

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par **l'Université Montpellier 1**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche
UMR 5815 – Dynamiques du droit

Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

Présentée par **Lolita HUPRELLE**

LA CAUTION DIRIGEANTE

Soutenue le 5 décembre 2014 devant le jury composé de :

Monsieur Olivier SAUTEL, Maître de
Conférences, Université Montpellier I

Directeur de thèse

Madame Manuella BOURASSIN, Professeur,
Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Madame Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND,
Professeur, Université Montpellier I

Rapporteur

Examineur

Monsieur Hervé LECUYER, Professeur,
Université Panthéon-Assas

Rapporteur

Madame Catherine LELONG, Présidente,
Tribunal de grande instance de Nîmes

Invité

« La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

REMERCIEMENTS

À Monsieur Olivier SAUTEL, pour
son précieux soutien, sa confiance et
ses sollicitations.

À Monsieur Stéphane DARMAISIN,
pour son éternelle bienveillance.

À mes proches.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LA CAUTION DIRIGEANTE : DE LA CAUTION PRÉSUMÉE AVERTIE AU *QUIDAM* DU DROIT DU CAUTIONNEMENT

Titre 1. La protection du consentement de la caution dirigeante

Chapitre 1. Le contenu de l'obligation de se renseigner dans la théorie du dol et de l'erreur substantielle

Chapitre 2. L'implication de la théorie de la cause subjective dans l'extorsion du consentement

Titre 2. Le droit à l'information de la caution dirigeante

Chapitre 1. Les obligations d'information subordonnées à une "asymétrie de compétences"

Chapitre 2. Les obligations d'information indifférentes à la "symétrie d'informations"

SECONDE PARTIE

LA CAUTION DIRIGEANTE : DU *QUIDAM* DU DROIT DU CAUTIONNEMENT À L'INSTRUMENT D'ORDRE ÉCONOMIQUE

Titre 1. Le "conformisme social" du cautionnement du dirigeant

Chapitre 1. Les exigences sociales relatives à la forme du cautionnement

Chapitre 2. Les exigences sociales relatives au contenu du cautionnement

Titre 2. L'instrumentalisation du sort de la caution dirigeante

Chapitre 1. La caution dirigeante, "un levier d'anticipation" des difficultés des entreprises

Chapitre 2. La caution dirigeante, un *quidam* du droit de la consommation ?

ABRÉVIATIONS

Actu. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
art.	Article
Banque	Revue Banque
Banque et droit	Revue Banque et droit
BO	Bulletin officiel
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
Bull. Joly	Bulletin Joly Sociétés
Bull. Joly Entreprises en difficulté	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
c/	contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C.G.I	Code général des impôts
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCI	Chambre de commerce et d'industrie
CE	Conseil d'État
ch.	Chambre
chron.	Chronique
circ.	Circulaire
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaires
Comm. com. électr.	Communication – Commerce électronique
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contrats, conc., consom.	Contrats, concurrence, consommation
D.	Dalloz (Recueil)
D. aff.	Dalloz Affaires
DA	Dalloz Analytique
décr.	Décret
Defrénois	Defrénois, la revue du notariat
DH	Dalloz (Hebdomadaire)
doctr.	Doctrine
DP	Dalloz Périodique
Dr.	Droit
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et procédures	Droit et procédures

Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> ("au même endroit")
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
J.-Cl. Civil code	Juris-Classeur Civil code
J.-Cl. Commercial	Juris-Classeur Commercial
JCP E	Juris-Classeur périodique, Édition Entreprises et affaires
JCP G	Juris-Classeur périodique, Édition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique, Édition notariale et immobilière
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française
L.	Loi
Lamy Droit économique	Lamy (ouvrage à refonte annuelle)
Lamy Droit du dirigeant d'entreprise	Lamy (ouvrage à refonte annuelle)
Lamy Droit du financement	Lamy (ouvrage à refonte annuelle)
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État
LEDC	L'essentiel droit des contrats
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> ("à l'endroit cité")
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> ("déjà cité auparavant")
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préf.	Préface
Procédures	Revue Procédures
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
Répertoire de droit civil	Dalloz Encyclopédie
Rev. dr. fisc.	Revue de droit fiscal
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Sirey
s.	suivant(s)
Somm.	Sommaire

Spéc.	Spécialement
Suppl.	Supplément
T.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i> (mot)

INTRODUCTION

« ¹Mon fils, si tu t'es porté garant envers ton prochain,
si tu as topé dans la main en faveur d'un étranger,
²si tu t'es lié par les paroles de ta bouche,
si tu t'es pris aux paroles de ta bouche,
³fais donc ceci, mon fils, pour te tirer d'affaire,
puisque tu es tombé aux mains de ton prochain :
Va, prosterne-toi, importune ton prochain,
⁴n'accorde ni sommeil à tes yeux,
ni repos à tes paupières,
⁵dégage-toi, comme du filet la gazelle,
ou comme l'oiseau de la main de l'oiseleur. »¹

« ²⁶Ne sois pas de ceux qui topent dans la main,
qui se portent garants pour dettes ;
²⁷si tu n'as pas de quoi t'acquitter,
on prendra ton lit en dessous toi. »²

1. – Exorde. Les Proverbes de l'Ancien Testament dressent un sombre portrait du contrat de cautionnement. Ils relatent la contrainte exercée sur la caution³, la forme d'aliénation à laquelle celle-ci se soumet volontairement *en faveur d'un étranger* : la caution est prise par ses paroles, tombée aux mains du créancier. La caution y est également blâmée : « *est court de sens qui tope dans la main et pour son prochain se porte garant* »⁴. Une personne sensée n'accepterait pas de se mettre en péril pour un *étranger* et de cautionner les dettes d'une personne qui n'a manifestement pas les moyens de les honorer ; elle n'accepterait pas davantage de se porter caution pour des sommes qu'elle ne peut elle-même pas prêter à la personne garantie. Ensuite,

1 Livre des Proverbes de l'Ancien Testament, « La caution imprudente », 6, 1-5.

2 *Ibid.*, « Recueil des sages », 22, 26-27.

3 « Caution » du latin *cautio*, dérivé de *cavere*, signifie « prendre garde » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2014, p. 155, V° *Caution*).

4 Livre des Proverbes de l'Ancien Testament, 17, 18.

le Proverbe issu du « *Recueil des sages* » met en garde la caution sur les conséquences de son engagement : « *si tu n'as pas de quoi t'acquitter, on prendra ton lit en dessous toi* ». Une caution n'est pas seulement susceptible de perdre une quotité de ses richesses ou de son patrimoine pour un *étranger*, elle peut, elle aussi, se retrouver dans l'impossibilité de payer le créancier lorsque celui-ci mettra le contrat à exécution. Elle risque alors de tout perdre, même les choses essentielles à sa vie ; « *on prendra ton lit en dessous toi* » est une formule suffisamment éloquente pour que la caution comprenne qu'elle a pris le risque insensé de perdre absolument tout ce qu'elle possède. Enfin, le Proverbe de l'Ancien Testament entièrement consacré à « *La caution imprudente* » conseille le garant sur le comportement qu'il doit adopter après avoir accepté de garantir les dettes d'autrui : la caution doit se prosterner, importuner son prochain (au sens de lui faire des instances), elle ne doit s'accorder aucun répit. La caution doit rester vigilante durant l'exécution du contrat et saisir la moindre opportunité pour se délier de ses engagements : « *dégage-toi, comme du filet la gazelle, ou comme l'oiseau de la main de l'oiseleur* ». La caution est ainsi considérée comme une proie prise au piège de sa propre volonté mais son instinct de survie peut l'épargner.

La représentation biblique du contrat de cautionnement est pour le moins pessimiste. Elle a pourtant des traits communs avec la conception contemporaine du « *petit contrat* »⁵, y compris celui conclu par un dirigeant en garantie des dettes de son entreprise⁶. Dans les sociétés archaïques, la caution risquait sa vie pour autrui ; dans les sociétés modernes, elle est seulement otage d'une obligation financière⁷. Le cautionnement est donc encore aujourd'hui perçu comme une contrainte exercée sur la caution⁸.

5 La doctrine classique opposait traditionnellement les « *grands contrats* » aux « *petits contrats* ». Le contrat de cautionnement était répertorié dans la catégorie des « *petits contrats* » – au même titre que le contrat de prêt, de dépôt ou encore de mandat – et s'opposait aux « *grands contrats* » considérés comme les conventions nommées les plus usitées (contrat de vente, de louage, etc.) et disposant, à ce titre, d'une réglementation conséquente et plus précise (A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2013, n° 6, p. 4).

6 L'Ancien Testament opérait déjà une « *distinction entre les cautions "intégrées" à l'opération garantie et celles qui ne le sont pas car elles cautionnent un étranger, ou s'engagent au profit d'inconnus* » (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 22, p. 26 à propos de « *La caution imprudente* », Pr. 6, 1-5).

7 D. VILLANI, « Les cautions "informées" sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD com.* 1995, n° 2, p. 291.

8 Pour s'assurer de la bonne gestion d'une société et de l'exécution du contrat principal, le créancier prend le dirigeant en otage : il perce l'écran de la personne morale et l'implique personnellement dans le projet cautionné. Si la société (personne morale) n'a pas de quoi payer, le dirigeant (personne physique) s'en trouvera personnellement mal. Le créancier

Durant l'exécution du contrat, il serait ainsi dans l'intérêt de la caution dirigeante d'adopter le comportement recommandé par l'Ancien Testament : elle ne devrait s'accorder aucun répit, veiller constamment à l'évolution du contrat principal et mettre tout en oeuvre pour que sa société règle elle-même les dettes cautionnées. La caution devrait également saisir toutes les opportunités qui se présentent pour se délier de ses engagements.

Cependant, après des siècles d'évolution et en l'état du droit positif, la caution n'est plus tout à fait une proie qui ne peut compter que sur son instinct de survie. Elle n'est d'ailleurs plus blâmée pour avoir garanti les dettes qu'un débiteur n'a pas les moyens d'honorer seul. Prise au piège de sa propre volonté ou des contraintes économiques, la caution peut désormais compter sur le soutien du législateur pour *qu'on ne lui prenne pas son lit en dessous d'elle*. Si une caution risque encore éventuellement de perdre une partie de son patrimoine, elle a désormais droit à un « *reste à vivre* ». À tel point que ce n'est peut-être plus la personne qui cautionne les dettes d'un *étranger* qui s'en trouve le plus mal et que l'homme « *court de sens* » serait devenu le créancier acceptant de prêter des fonds à un débiteur *qui n'a pas de quoi s'acquitter*.

2. – Plan. Étymologiquement, le terme de « sûretés » est synonyme de « sécurité »⁹. Les sûretés ont une fonction d'anticipation et de protection contre le risque d'insolvabilité du partenaire contractuel¹⁰. Les sûretés sont traditionnellement observées comme « *auxiliaires du crédit. Aujourd'hui plus que jamais, la formule lapidaire "pas de crédit sans sûretés" exprime une réalité* »¹¹. Si la personne qui sollicite un crédit n'est pas en mesure d'instaurer un climat de confiance, propice à l'octroi de celui-ci, le créancier subordonnera la conclusion de cette convention à l'obtention d'une garantie et définira unilatéralement les modalités de protection contre ce risque. Il exigera alors la conclusion d'une garantie sécurisant la relation contractuelle¹² et pourra notamment recourir à la sûreté personnelle favorite :

peut parfois également forcer le cautionnement des proches du dirigeant, la contrainte exercée sur le chef d'entreprise n'en sera que plus forte dans la mesure où il sait qu'il entraînera ses proches dans sa chute (N. PICOD, *La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, n° 3, p. 25).

9 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 2, p. 5.

10 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 3, p. 4.

11 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 3, p. 6.

12 M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachellier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, n° 315, p. 161.

le contrat de cautionnement (§1).

La création ou le développement d'une entreprise font naître des besoins de financements. Avant de percevoir des recettes, une entreprise va nécessairement opérer des dépenses¹³. Si la société n'est pas dotée d'une capacité financière de départ suffisante (capital social), elle sera contrainte de se procurer les fonds indispensables à son développement auprès de créanciers privés (établissements bancaires, fournisseurs, etc.). Or, si la société n'est pas capable d'instaurer un climat de confiance propice à l'octroi des crédits sollicités, le créancier subordonnera généralement la conclusion de ce contrat à l'engagement personnel du dirigeant (§2).

§ 1 : La notion de « cautionnement »

3. – Plan. *« Le coeur battant du droit des sûretés personnelles est le cautionnement, qui constitue le modèle des autres garanties : d'une certaine manière, toute autre garantie personnelle se définit d'abord par le fait qu'elle n'est pas un cautionnement. Le cautionnement est en effet la seule sûreté personnelle dont l'essence est le caractère accessoire. Cette figure unique s'oppose dès lors au monde pluriel des sûretés personnelles non accessoires. Il n'y a pas là une particularité du droit français. »*¹⁴

La sûreté personnelle accessoire n'est pas spécifique à notre droit. Le contrat de cautionnement français s'étant fortement inspiré du droit romain, il se retrouve nécessairement dans un grand nombre de systèmes juridiques étrangers (I). Si le contrat de cautionnement contemporain présente incontestablement des traits communs avec les sûretés personnelles imaginées par les juristes romains, il n'est cependant ni une copie conforme de ces modèles, ni l'exact mécanisme institué par les rédacteurs de 1804. Il peut être sommairement défini comme une convention de droit commun particulièrement sensible aux influences historiques, économiques, sociales ou encore juridiques¹⁵ et ayant pour principale caractéristique son « accessoriété » à l'obligation principale (II).

13 X. BOUTIRON, P.-J. CASTANET, H. LÉCUYER, C. MARÉCHAL, *L'entrepreneur et ses patrimoines*, coll. Les Intégrales, Paris, Lextenso, 2012, n° 457, p. 132.

14 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 3, p. 2-3.

15 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 100, p. 45.

I – L'évolution du contrat de cautionnement

4. – L'Histoire du contrat de cautionnement. « *La connaissance du régime juridique des sûretés personnelles et de leur utilisation pratique par les civilisations qui nous ont précédés restent assez floue. On pense communément qu'elles furent les premières sûretés à apparaître. Les tablettes conservées des civilisations sumériennes (en Mésopotamie, aux sources de la civilisation indo-européenne, 40 siècles avant notre ère) et babyloniennes laissent entrevoir un garant otage, tenu en remplacement temporaire du débiteur principal* »¹⁶.

Sous la Grèce antique, le cautionnement prenait la forme d'un service que l'on rendait à un ami, parfois au péril de sa vie. Selon une célèbre légende, Pythias (disciple de Pythagore) était terriblement affaibli par la sentence de mort qui venait d'être prononcée à son encontre par Denys le Jeune (Tyran de la colonie de Syracuse). Il avait néanmoins obtenu de celui-ci un délai pour confier sa famille et régler ses affaires avant de mourir. Le Tyran conditionna cependant l'octroi de ce délai à la constitution d'un *condamné à mort de secours* dans l'hypothèse où Pythias ne reviendrait pas. Damon, l'ami fidèle de Pythias, accepta de se porter garant du retour du condamné à mort. Si Pythias ne revenait pas, son ami Damon serait exécuté à sa place. Mais Pythias revint le jour de l'exécution, libérant ainsi sa caution. Denys de Syracuse, premier témoin de la confiance de Damon envers Pythias et de la loyauté de Pythias envers son ami Damon, décida de gracier le condamné à mort¹⁷.

Les principales sûretés personnelles, notamment le contrat cautionnement, ont cependant été imaginées ou sophistiquées par le droit romain¹⁸. Le mot « cautionnement » évoque d'ailleurs les origines romaines de cette sûreté personnelle : « *il traduit la prudence*¹⁹ – la "précaution" – *du créancier tentant de s'assurer de l'accomplissement futur de l'obligation principale* »²⁰. La première forme de cautionnement recensée sous l'Empire romain était

16 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 20, p. 22-23.

17 J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 418-419.

18 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 7, p. 14.

19 « *Le mot caution est un emprunt du latin classique "cautio", qui signifie "précaution, prudence"* »

20 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *op. cit.*, n° 11, p. 13.

fidèle à la conception du cautionnement sous la Grèce antique : la *sponsio* était un service que l'on rendait à un proche ou à une personne de confiance²¹. La caution était une personne bienveillante qui ne tirait aucun bénéfice d'un tel engagement et qui méritait, à ce titre, d'être protégée. Plusieurs lois firent ainsi leur apparition pour améliorer le sort des cautions. La loi *Publilia* prévoyait que le débiteur principal disposait d'un délai de six mois pour rembourser la caution ; la loi *Appuleia* organisait un recours entre les cautions (en cas de pluralité) ; la loi *Furia* contenait, quant à elle, deux dispositifs : d'une part, elle instaurait une prescription au bénéfice de la caution si celle-ci n'avait pas été appelée dans un délai de deux ans après la date d'échéance de la dette et, d'autre part, elle abolissait la solidarité entre les cautions²². Au début de l'époque classique, les romains adoptèrent encore deux lois visant à protéger les cautions. Premièrement, la loi *Cicéria* obligeait le créancier à déclarer tous les cautionnements obtenus pour une même créance²³. Ensuite, la loi *Cornelia* interdisait de se porter caution à l'égard d'une même personne pour une somme supérieure à 20.000 sesterces par an²⁴ afin de lutter contre l'endettement excessif des cautions.

La seconde forme de cautionnement recensée sous l'Empire romain, la *fidejussio*, devint une institution à l'époque classique lorsque la *sponsio* ne correspondait plus aux besoins de la société romaine. En effet, alors que les romains souhaitaient utiliser le cautionnement pour obtenir des crédits et développer leur commerce, les cautions étaient si protégées que les créanciers ne se contentaient plus de leur engagement. « *La création d'une nouvelle technique était donc devenue indispensable pour permettre aux débiteurs d'obtenir qu'on leur fasse à nouveau crédit* »²⁵. À cette époque, la

21 Il existait en réalité deux formes de cautionnements (*adpromissio*) : la *sponsio* et la *fidepromissio* qui ne se distinguaient que par leur champ d'application respectif. La *sponsio* n'était conclue qu'entre citoyens romains et la *fidepromissio*, réservée aux pérégrins, qui se développa en même temps que le commerce romain. (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *op. cit.*, n° 12, p. 14).

22 A. CASTALDO, J.-Ph. LÉVY, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2010, n° 745, p. 1088-1089.

23 Les créanciers ne pouvaient ainsi plus profiter de la solidarité familiale pour cumuler les cautionnements puisque les éventuelles cautions avaient les moyens de savoir si la créance avait déjà été garantie.

24 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 63, p. 64.

25 C. JALLAMION et C. LISANTI, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaine », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008/172, p. 46 : « *Au fur et à mesure que les liens familiaux se distendent, la pression sociale et la morale ne suffisent plus et il devient nécessaire de mieux protéger les cautions par la loi. Ainsi, vers 250 avant notre ère, des recours au profit de la caution sont organisés : recours contre le débiteur principal et recours contre les autres cautions, en même temps que la loi abolit la solidarité entre les cautions et introduit pour la première fois un bénéfice de division. Mais alors les cautions*

conception du cautionnement évolua considérablement, passant du service rendu à un ami à une technique utilisée dans les relations commerciales ; de ce point de vue, la *fidejussio* peut être considérée comme l'ancêtre du cautionnement consenti par un dirigeant pour sûreté des dettes de sa société. « *Après la chute de l'Empire romain d'Occident au V^e siècle, tous ces mécanismes ont été progressivement oubliés, avant d'être redécouverts dans l'Ancien droit français* »²⁶. À la période franque, « *les invasions barbares ne firent pas table rase du droit romain. Outre que les tribus installées au sud de la Gaule laissèrent aux romains l'usage de leur loi propre, ils acculturèrent certains principes romains* »²⁷. Cependant, le droit germanique était emprunt d'un conséquent formalisme et le caractère accessoire du cautionnement n'était pas admis. Ces contrats formalistes survécurent jusqu'à l'époque féodale et la réhabilitation d'une forme de cautionnement plus fidèle au droit romain : la *plègerie*. Ce contrat fit en effet son apparition sous deux formes distinctes, dont l'une, apparue à partir du XVI^e siècle, ressemblait étrangement à la *fidejussio* romaine²⁸.

Les mécanismes du droit romain s'exhumant peu à peu²⁹, les rédacteurs de 1804 s'inspirèrent tout naturellement de la conception romaine du contrat de cautionnement pour insérer un « *petit contrat de bienfaisance* »³⁰ dans le Code civil.

« *Longtemps considéré comme un long fleuve ayant tranquillement traversé le XIX^e siècle et une grande moitié du XX^e siècle, ne subissant que quelques modifications et améliorations, le droit des sûretés est entré dans une zone de turbulences à la fin des années 1970, marqué par la crise des sûretés classiques et l'apparition de nouvelles formes de garanties.* »³¹

Afin d'adapter le contrat de cautionnement à la société contemporaine et d'assurer la transition « *de l'enfance d'un petit contrat à la vie d'un contrat bancaire* »³², les interventions législatives se succédèrent dans de nombreux domaines du droit à partir des années 1980³³. Cependant, l'Histoire a souvent

apparaissent trop bien protégées et ne trouvent plus de créanciers qui se contentent de leur engagement. La création d'une nouvelle technique devient donc indispensable pour permettre aux débiteurs d'obtenir qu'on leur fasse à nouveau crédit. »

26 *Loc. cit.*

27 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *op. cit.*, n° 19, p. 20.

28 C. JALLAMION et C. LISANTI, *op. cit.* p. 46.

29 B. ROMAN, *Droit du cautionnement*, coll. Mise au point, Paris, Ellipses, 2005, n° 7, p. 7.

30 P.-A. FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Paris, Videcoq, 1829, p. 79.

31 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 23, p. 13.

32 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *op. cit.*, n° 21, p. 22.

33 Le droit du cautionnement est désormais disséminé dans le Code civil, le Code de la consommation, le Code de commerce ou encore dans le Code monétaire et financier. À tel

tendance à se répéter : « tout comme à l'époque romaine, lorsque la loi Furia acheva de détourner les créanciers de l'adpromissio, l'excès de dispositions protectrices de la caution détourne les créanciers du cautionnement et les incite à recourir à d'autres sûretés : au point que l'on peut se demander si le cautionnement contemporain n'est pas en crise »³⁴.

5. – Les sûretés personnelles contemporaines et la primauté du « petit contrat ». « La sûreté est une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, la loi, un jugement ou une démarche conservatoire et qui a pour finalité juridique exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur. »³⁵ La sûreté est ainsi conçue comme une superposition de droits qui permettent, non seulement aux créanciers d'avoir les mêmes prérogatives sur les biens d'un débiteur que les créanciers non munis d'une sûreté, mais qui leur permettent également d'échapper au concours de ces derniers en raison d'un droit de préférence ou en faisant appel à un débiteur de secours. Tandis que la sûreté réelle permet à un créancier d'échapper au concours des autres créanciers sur un ou plusieurs biens de son débiteur, la sûreté personnelle permet d'obliger un débiteur supplémentaire au paiement d'une créance. Les sûretés personnelles permettent ainsi aux créanciers de se constituer un débiteur de secours qui pallie temporairement la carence ou l'insolvabilité du débiteur principal sans supporter définitivement le paiement de la dette d'autrui³⁶. Le succès des sûretés personnelles tient à leur simplicité (pas de publicité à la différence des sûretés réelles) et à leur faible coût de constitution (pas de forme authentique imposée), tout en protégeant efficacement le créancier en cas d'insolvabilité du débiteur principal.

Surnommé par la doctrine le « petit contrat » en raison de son caractère accessoire aux grands contrats translatifs de propriété³⁷, le cautionnement était jadis enseigné comme l'unique sûreté personnelle en droit interne. Cependant, depuis la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006³⁸,

point que le Professeur Dominique Legeais contemple à ce jour une « balkanisation du droit du cautionnement » (D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 54, p. 56.)

34 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *op. cit.*, n° 21, p. 23.

35 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

36 En tant que débiteur de substitution (et non de codébiteur solidaire), la caution dispose de plusieurs recours contre le débiteur principal (C. civ., art. 2305 et s.).

37 Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 253, p. 211.

38 L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés opéra une nouvelle classification des sûretés personnelles aux articles 2287-1 à 2322 du Code civil.

l'existence d'autres sûretés personnelles³⁹ n'est plus contestée et l'article 2287-1 du Code civil énumère désormais les sûretés personnelles reconnues par notre droit. La prédominance du contrat de cautionnement est toutefois encore visible dans le Code civil : le Chapitre consacré au contrat de cautionnement comprend quatre Sections mais surtout trente-trois articles, tandis que la garantie autonome et la lettre d'intention doivent se satisfaire d'un article unique dans leur Chapitre respectif. Cette suprématie législative s'explique principalement par l'absence de réglementation propre à la garantie autonome jusqu'à l'ordonnance du 23 mars 2006⁴⁰. Avant cette date, la garantie autonome avait seulement été imaginée par la pratique pour pallier les lacunes du contrat de cautionnement⁴¹ mais elle n'offrait pas une lisibilité lui permettant de supplanter l'institution du cautionnement. La lettre d'intention, également proclamée « sûreté personnelle » par l'ordonnance du 23 mars 2006, ne remet pas davantage en cause la primauté du cautionnement puisqu'elle a principalement vocation à intervenir dans des relations entre groupes de sociétés⁴².

Plus rapide et moins onéreux que les sûretés réelles, plus connu que les autres sûretés personnelles qui ont une reconnaissance textuelle récente, le « *petit contrat* » reste ainsi « *la sûreté personnelle par excellence, ainsi que la référence permettant d'en différencier les autres espèces du genre* »⁴³.

6. – Le contrat de cautionnement en droit comparé. *« Le cautionnement n'est pas une spécificité française : du moins la sûreté personnelle accessoire semble-t-elle une figure quasi universelle. La lecture des "nationales notes" Principles of European Law, dirigés par Monsieur Ulrich Drobnig atteste de manière frappante des similitudes profondes des systèmes européens, qu'ils soient ou non romano-germaniques. Il serait*

39 L'article 2287-1 du Code civil (issu de l'ordonnance du 23 mars 2006) dispose que « *Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* ».

40 Avant l'ordonnance du 23 mars 2006, la garantie autonome relevait principalement du régime juridique applicable à la lettre de garantie (Cass. com., 20 déc. 1982, n° 81-12.579 : *Bull. civ.* IV, n° 417 ; D. 1983, p. 365, note M. Vasseur ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *Gaz. Pal.* 1983, n°1, p. 110, note S. Piedelièvre).

41 L'évolution du droit du cautionnement et la protection accrue des cautions, notamment depuis la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, n'offrant plus le niveau de sécurité attendu par les créanciers, ceux-ci ont naturellement cherché des alternatives au contrat de cautionnement.

42 La lettre d'intention est généralement utilisée par une société mère pour garantir le crédit accordé à sa filiale mais elle intervient aussi parfois dans les relations contractuelles entre une personne physique et une personne morale ou entre personnes physiques (Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882 : *Bull. civ.* IV, n° 62 ; *JCP E* 2008, 1036, obs. Ph. Simler).

43 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série Droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 38, p. 31.

*évidemment vain de prétendre entreprendre un examen complet de ces cautionnements au-delà de nos frontières. La plupart des systèmes sont cependant fort proches, parfois identiques. »*⁴⁴

Ainsi en va-t-il du Code civil québécois qui reprend certaines dispositions françaises relatives au contrat de cautionnement⁴⁵, ou plus significatifs encore, les articles 2011 et suivants du Code civil Belge qui reproduisent *in extenso* les dispositions du Code Napoléon⁴⁶. S'agissant des Pays-Bas, la rénovation de leur Code civil n'a pas eu d'incidence sur l'application du contrat de cautionnement emprunté aux français⁴⁷. Le Luxembourg – qui a également pris pour modèle le Code Napoléon – et la loi fédérale suisse du 10 décembre 1941 imposent quant à eux la rédaction d'une mention manuscrite pour les cautionnements non commerciaux (dispositifs émanant également du droit français).

Enfin, les systèmes juridiques traditionnellement plus éloignés du Code Napoléon ne sont pas en reste puisque « *le droit allemand connaît un cautionnement "ordinaire" similaire à celui que nous connaissons : la Bürgschaft, conditionnant la validité du contrat de cautionnement à la rédaction d'un écrit (BGB, § 766) [...] « les cautionnements – "contracts of guarantee" – des droits de la common law évoquent de près celui du droit français »*⁴⁸.

Les seules différences constatées en droit comparé du cautionnement portent *in fine* sur les récentes évolutions de ce contrat, notamment celles relatives à la protection accordée aux cautions⁴⁹. Il serait intéressant d'observer le traitement réservé aux cautions dirigeantes en droit comparé, notamment dans les législations proches du droit français. Il existe cependant deux raisons pour lesquelles les prochains développements ne s'adonneront pas à

44 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 23, p. 27.

45 Art. 2335 du Code civil du Québec : « *Le cautionnement ne se présume pas ; il doit être exprès* » ; art. 2340 : « *Le cautionnement ne peut exister que pour une obligation valable* » ; art. 2343 : « *Le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* » ; etc.

46 À titre d'exemple : art. 2011 du Code civil Belge : « *Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* » ; art. 2012 : « *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable* » ; art. 2013 : « *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses* » ou encore art. 2015 : « *Le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ».

47 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 21, p. 24.

48 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 24-25, p. 28-29.

49 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 27, p. 15.

tel examen. Premièrement, parce que « *le cautionnement du droit français est si proche des sûretés accessoires ou "dépendantes" des droits voisins, qu'il ne paraît pas urgent de gaspiller d'énergie à convaincre de la nécessité d'une réglementation uniforme.* »⁵⁰ Ensuite, parce qu'un fastidieux examen des législations et jurisprudences étrangères n'empêchera pas de se heurter à la conception de la caution dirigeante en droit communautaire. Ce droit supranational considère, en effet, que « *le dirigeant qui garantit une dette sociale n'est pas un consommateur au sens du règlement européen 44/2001 du 22 décembre 2000 dit Bruxelles I* »⁵¹. Ainsi, il ne sera même pas nécessaire de comparer le statut des cautions dirigeantes dans les droits voisins pour plaider en faveur d'une harmonisation ou d'une mise en conformité du droit interne. En effet, l'évolution de notre droit à l'égard des cautions dirigeantes se concilie manifestement mal avec cette définition européenne. Un premier conflit peut d'ailleurs être regretté en droit interne depuis la transposition de la directive européenne n°2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique⁵².

II – La présentation du contrat de cautionnement

7. – Un contrat nommé, solennel et unilatéral. La classification des contrats s'opère traditionnellement selon plusieurs critères. Premièrement, celle-ci peut être faite en tenant compte de leur réglementation : le contrat de cautionnement est-il un contrat auquel la loi a donné un nom et pour lequel elle a fixé un régime juridique⁵³ ? Une réponse favorable doit être apportée puisque le contrat de cautionnement dispose d'une reconnaissance légale depuis 1804⁵⁴ et que son régime juridique est désormais fixé par les articles 2288 à 2320 du Code civil. Le cautionnement est ainsi sans nul doute un contrat nommé.

Ensuite, au regard des effets que cette convention produit, le contrat de cautionnement doit être qualifié de convention unilatérale. En effet, dans le

50 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *op. cit.*, n° 26, p. 31.

51 CJUE, 1^{er} ch., 14 mars 2013, aff. 419/11, *Česká spořitelna c/ Feichter*.

52 En effet, la transposition du dispositif européen de conclusion des contrats par voie électronique serait susceptible de priver les cautions dirigeantes du bénéfice des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, la rédaction obligatoire d'une mention manuscrite par la caution se conciliant difficilement avec la conclusion d'un contrat par voie électronique.

53 Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013, n° 61, p. 78.

54 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 62, p. 28.

cadre d'un tel contrat, les parties ne s'obligent pas réciproquement les unes envers les autres à exécuter une obligation (contrat synallagmatique tel qu'il est défini par l'article 1102 du Code civil) mais la caution s'oblige envers le créancier sans qu'il n'y ait un engagement réciproque de la part de celui-ci ou une contrepartie directe à son avantage (contrat unilatéral tel qu'il est défini par l'article 1103 du Code civil)⁵⁵. Depuis quelques années, le caractère unilatéral du contrat de cautionnement est cependant quelque peu remis en question au regard de l'instauration de nouvelles obligations à la charge du créancier⁵⁶. La doctrine estime toutefois unanimement que *« ces obligations légales nouvelles pesant sur les créanciers, auxquels s'ajoutent des devoirs de mis en lumière par la jurisprudence à partir du principe d'exécution de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, ne modifient toutefois pas le caractère unilatéral du contrat de cautionnement, parce qu'ils ne constituent pas l'engagement symétrique de celui souscrit par la caution. Dit autrement, la cause de l'engagement de la caution ne peut, en aucun cas, être décelée dans l'existence ou le contenu des obligations assumées par le créancier, preuve de l'absence d'une réelle structure synallagmatique »*⁵⁷.

Enfin, il convient de se demander si, au regard de ses modalités de formation, le cautionnement doit être qualifié de contrat consensuel, réel ou encore solennel⁵⁸ ? La doctrine estime majoritairement que le contrat de cautionnement est un contrat consensuel, d'une part, parce que *« la formation du contrat de cautionnement n'est, en principe, soumise qu'à l'échange des consentements, ce qui écarte toute formalité par application du droit commun. (...) Aucun formalisme spécifique n'est exigé pour conclure un contrat de cautionnement, dès lors que la volonté de celui qui*

55 Il convient de préciser que le cautionnement peut parfois être qualifié de contrat conclu à titre onéreux lorsque la caution, dite *« caution professionnelle »* (généralement une caution bancaire ou un organisme d'assurance) perçoit une rémunération pour la garantie qu'elle offre au créancier (Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 24, p. 20). Le caractère onéreux de ce cautionnement ne lui confère cependant pas la qualification de « contrat synallagmatique » dans la mesure où la rémunération de la caution est généralement versée par le débiteur principal et non par le créancier (seul cocontractant de la caution).

56 *Ibid.*, n° 20, p. 18.

57 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 165, p. 57.

58 *« Le contrat consensuel est celui qui se conclut par le seul accord des volontés, sans qu'aucune condition de forme ne soit requise. Le contrat solennel est celui pour la validité duquel la loi exige que le consentement soit donné en certaines formes. Celles-ci consistent le plus souvent en la rédaction d'un écrit qui peut être, selon les cas, notarié ou sous seing privé. Le contrat réel est celui qui, pour sa formation, exige non seulement l'accord des parties, mais la remise d'une chose au débiteur. Tel est le cas du commodat ou prêt à usage et du dépôt. »* (Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 63, p. 83).

s'oblige est exprimée clairement »⁵⁹. D'autre part, parce que les exigences de forme récemment imposées par le législateur⁶⁰ n'écarteraient que ponctuellement le principe du consensualisme, dans l'unique but d'informer la caution ; il s'agirait donc d'un simple « *formalisme informatif* »⁶¹. Si cette qualification a le mérite de maintenir le principe selon lequel le cautionnement est un contrat consensuel, force est cependant de constater, qu'en pratique, la validité de cette convention est désormais généralement conditionnée à la rédaction d'un écrit⁶² comprenant certaines mentions obligatoires et ne satisfaisant plus du seul accord des volontés. Ainsi, il est sérieusement permis de douter du maintien du caractère consensuel du cautionnement lorsqu'une caution personne physique s'engage sous seing privé au profit d'un créancier professionnel.

8. – L'accessorité, la principale caractéristique. *« D'une certaine manière, toute sûreté paraît devoir être accessoire, puisqu'elle suppose par définition l'existence d'une obligation à garantir. Les sûretés classiques ne sont autres que les droits réels dits "accessoires". S'agissant du cautionnement, le même qualificatif est cependant chargé d'un sens plus fort. Preuve en est l'existence de garanties personnelles qui, précisément, ne sont pas accessoires, telles que les garanties autonomes, la délégation ou les garanties qu'on peut appeler "indemnitaires". Au-delà de la simple référence à une obligation principale, le caractère accessoire du cautionnement exprime une interconnexion étroite et de tous les instants entre l'obligation du débiteur et celle de la caution. »*⁶³

Même si le caractère accessoire du cautionnement n'est pas expressément reconnu par la loi⁶⁴, la notion « *d'accessorité* » est essentielle car elle est

59 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 21, p. 18.

60 Il est notamment fait référence aux articles L. 341-2, L. 341-3 et L. 313-7 du Code de la consommation.

61 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

62 Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 63, p. 83.

63 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 47, p. 41.

64 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 27, p. 21 : « *En dépit de l'importance de ce caractère accessoire, les rédacteurs du Code civil et les auteurs de l'ordonnance du 23 mars 2006 ne l'ont pas expressément énoncé au sein d'un texte spécifique* ».

« l'essence »⁶⁵ même du contrat de cautionnement : elle détermine la validité, l'étendue et les effets de l'obligation de la caution⁶⁶. La subsidiarité et la dépendance⁶⁷ du contrat de cautionnement à l'égard du contrat principal apparaissent d'ailleurs dès le premier article régissant le contrat de cautionnement dans le Code civil – celui-là même définissant le cautionnement – soit l'article 2288 du Code civil disposant que « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». Selon ce texte, la caution est un débiteur de substitution, elle n'a vocation à être appelée que lorsque le débiteur principal est défaillant⁶⁸. Elle ne satisfait pas une autre obligation que celle qui est due par le débiteur principal, « *la caution et le débiteur sont tenus d'une seule et même dette : il y a unicité de la dette, mais dualité de liens d'obligations* »⁶⁹. Le caractère accessoire du contrat de cautionnement est confirmé par l'article suivant – celui relatif à la validité du cautionnement –, l'alinéa premier de l'article 2289 du Code civil disposant que « *le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable* ». Sans obligation principale valable ou en cas de nullité de celle-ci, la caution – débiteur de substitution – ne peut pas être tenue au paiement de la dette. La caution ne s'engage pas à honorer le paiement d'une créance en dépit des circonstances affectant le contrat principal, elle s'engage à se substituer au débiteur si celui-ci n'est pas en mesure d'exécuter l'obligation valablement consentie. L'existence d'un contrat de cautionnement étant totalement

65 L. AYNÈS, P. CROCQ, Ph. MALAURIE, *Les sûretés : la publicité foncière*, 7^e éd., coll. Droit civil, Defrénois, 2013, n° 122, p. 28.

66 « *Le caractère accessoire a pris aujourd'hui d'autant plus d'importance que des sûretés personnelles non accessoires ont émergé et sont aujourd'hui consacrées par le Code civil. Il en résulte que le caractère accessoire est désormais catégorique : il n'est plus seulement un élément fédérateur et explicatif du régime du cautionnement, il en est aussi un élément d'identité, qui permet d'opposer cette garantie aux autres sûretés personnelles.* » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 61, p. 54).

67 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 217, p. 66 : « *Le terme "accessoire" développe communément deux significations. Ce qui est accessoire est ce qui est dépendant, mais également ce qui est secondaire, subsidiaire, subalterne. Dans une certaine mesure, les deux sens du terme "accessoire" se déploient dans le contrat de cautionnement.* »

68 Lorsque la solidarité n'est pas expressément stipulée dans le contrat de cautionnement, celui-ci est qualifié de *cautionnement simple*. La caution peut alors se prévaloir du *bénéfice de discussion* qui impose au créancier de poursuivre préalablement le débiteur principal et de ne l'appeler qu'en cas d'échec des procédures judiciaires entreprises contre celui-ci. En revanche, si le contrat de cautionnement prévoit une clause de solidarité – ce qui est très fréquent en pratique –, la caution ne peut pas se prévaloir du *bénéfice de discussion* et le créancier est en droit de l'appeler sans avoir préalablement poursuivi le débiteur principal (Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 37 à 43, p. 26 à 29).

69 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 47, p. 41.

dépendante de celle du contrat principal, force est de constater que la notion « *d'accessorité* » détermine la validité du contrat de cautionnement.

Les incidences pratiques du caractère accessoire sur le contrat de cautionnement sont exposées par les dispositions suivantes. Premièrement, par l'alinéa premier de l'article 2290 du Code civil disposant que le cautionnement ne peut pas excéder ce qui est dû par le débiteur (ni être contracté sous des conditions plus onéreuses). L'étendue de l'obligation de la caution est ainsi déterminée par celle consentie par le débiteur principal puisque le montant et le terme de son engagement ne peuvent pas dépasser les stipulations du contrat principal. « *En d'autres termes, la dette principale forme un plafond : la caution ne peut devoir plus que le débiteur principal, en principal et en intérêts.* »⁷⁰ Le cautionnement qui excède la dette principale (ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses) est réductible à la mesure de l'obligation principale⁷¹. Enfin, les incidences du caractère accessoire sur les effets de l'obligation de la caution sont édictées par l'alinéa premier de l'article 2213 du Code civil : « *la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette* »⁷². Le principe d'opposabilité des exceptions témoigne de « *l'interconnexion étroite* »⁷³ caractérisant le contrat de cautionnement puisque la garantie autonome, autre sûreté personnelle, est justement gouvernée par le principe d'inopposabilité des exceptions⁷⁴.

Pour conclure sur le caractère accessoire du cautionnement, il est nécessaire de préciser que de la même manière que le législateur a volontairement affaibli le caractère consensuel du cautionnement consenti par une personne

70 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 28, p. 22.

71 L'obligation de la caution pouvant cependant être contractée sous des conditions moins onéreuses que le débiteur principal, « *l'accessorité* » semble être une caractéristique plus favorable à la caution qu'au créancier.

72 Appliquant littéralement l'alinéa 2 de l'article 2213 du Code civil, la Chambre mixte de la Cour de cassation estima « *que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal* » et, qu'à ce titre, elle n'est pas recevable à « *invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal* » (Cass. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602 ; *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *D.* 2007, p. 1782, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2007, p. 2201, note D. Houtcieff ; *JCP G* 2007, II 10138, note Ph. Simler ; *JCP N* 2007, 1286, note S. Piedelièvre ; *JCP E* 2007, 1861, note S. Piedelièvre ; *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 145, obs. A. Cerles ; *RTD civ.* 2008, p. 331, obs. P. Crocq ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 269, obs. L. Leveneur). Sous prétexte d'interprétation littérale, la solution retenue par la Chambre mixte de la Cour de cassation remet en cause le caractère accessoire du cautionnement, la caution étant en effet tenue, dans certaines circonstances purement personnelles au débiteur, d'exécuter un contrat principal annulé.

73 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 47, p. 41.

74 La garantie autonome, autre sûreté personnelle, est notamment gouvernée par le principe d'inopposabilité des exceptions. En effet, conformément à l'alinéa 3 de l'article 2321 du Code civil, « *le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ».

physique envers un créancier professionnel, le droit des entreprises en difficulté constitue parfois un sérieux tempérament à « l'accessorité » du cautionnement. En effet, lorsque le débiteur principal bénéficie d'une procédure collective – ou d'une procédure de désendettement des particuliers – la règle de l'accessoire s'efface devant « la finalité du cautionnement qui est de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur et de lui assurer la ponctualité du paiement. Cette finalité prime sur le caractère accessoire, chaque fois qu'il peut y avoir conflit »⁷⁵.

9. – Le cautionnement civil et le cautionnement commercial. « Par principe, l'engagement d'un cocontractant en qualité de caution est considéré comme un acte de nature civile, conformément aux termes retenus ponctuellement par la Cour de cassation : "le cautionnement est, par sa nature, un contrat civil" (Com. 23 févr. 1988, Bull. civ. IV, n° 78). Or la jurisprudence a estimé que cet engagement pouvait avoir la qualité d'acte de nature commerciale, en fonction de certaines circonstances. »⁷⁶

La distinction entre les cautionnements civils et les cautionnements commerciaux revêtait autrefois un réel intérêt pratique, elle permettait de définir le régime juridique applicable à un contrat de cautionnement. L'éventuelle commercialité d'un contrat de cautionnement déterminait la compétence de la juridiction (civile ou commerciale)⁷⁷, « la présomption coutumière de solidarité »⁷⁸ ou encore le régime de la preuve puisque, en matière de cautionnement, cette distinction permet de déterminer quels contrats sont concernés par les règles probatoires prescrites par l'article 1326 du Code civil. Cette disposition prévoit, en effet, que la rédaction d'une mention manuscrite n'est obligatoire que pour les cautionnements civils – plus exactement pour tous les engagements unilatéraux civils – tandis que les cautionnements commerciaux sont exemptés de cette formalité et se prouve par tous moyens⁷⁹.

75 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 67, p. 58. Le législateur n'hésite cependant pas à faire primer le caractère accessoire du contrat de cautionnement sur sa finalité pour atteindre certains objectifs. Il procéda de la sorte pour instituer des procédures destinées à anticiper les difficultés des entreprises et inciter les dirigeants-cautions à y recourir.

76 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 34, p. 24.

77 C. com., art. L. 721-3, 3° : Les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

78 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 66, p. 59.

79 C. com., art. L. 110-3 : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. »

Le cautionnement peut être contrat commercial en raison de sa forme (le cautionnement d'un engagement cambiaire régi par l'article L. 511-21 du Code de commerce), lorsqu'il est souscrit par un établissement de crédit dans les conditions fixées par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier (acte de commerce par nature), lorsque le cautionnement est souscrit par un commerçant pour les besoins de son activité professionnelle (acte de commerce par accessoire) ou encore lorsque la caution a un intérêt patrimonial à la réalisation de l'opération principale et à la souscription du cautionnement. Cette dernière hypothèse de commercialité, appelée « *commercialité par l'intérêt personnel de la caution* »⁸⁰ fut créée de toute pièce par la jurisprudence afin de rendre commercial un acte de nature civile donné par une personne qui n'a pas la qualité de commerçant mais qui est néanmoins intéressée par les affaires du débiteur principal.

La commercialité par l'intérêt personnel de la caution avait ainsi été spécialement élaborée par la jurisprudence pour exclure certaines cautions du bénéfice de l'article 1326 du Code civil, réservant ainsi cette disposition aux seules cautions qui n'étaient pas intéressées par l'opération cautionnée. « *Il en est ainsi lorsqu'un dirigeant se porte caution lors de l'obtention d'un crédit au bénéfice de son entreprise. Même si ces dirigeants ne sont pas commerçants, ils ont un intérêt direct dans la réalisation de l'opération, pour que la société obtienne ce crédit.* »⁸¹ Se fondant sur cet intérêt patrimonial, la jurisprudence considéra que la garantie donnée par un dirigeant avait un caractère commercial au même titre que l'emprunt contracté par sa société pour les besoins de son commerce et érigea une présomption de commercialité à l'égard des dirigeants ayant cautionné les dettes de leur entreprise⁸².

La distinction entre les cautions ayant un intérêt patrimonial à l'opération garantie et les cautions n'ayant aucun intérêt à la conclusion du contrat principal perdit cependant son sens lorsque la loi du 1^{er} août 2003 réforma « *la présomption coutumière de solidarité* »⁸³ en matière commerciale et instaura un certain formalisme en droit du cautionnement. En effet, depuis lors, la commercialité par l'intérêt personnel de la caution « *n'est plus que*

80 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *op. cit.*, n° 81, p. 68.

81 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 35, p. 25.

82 Cass. com., 4 juin 1973, n° 72-10.859 : *Bull. civ.* IV, n° 191 ; *D.* 1973, somm., p. 129 ; *Banque* 1974, p. 309, obs. L. Martin. Précisons toutefois que la commercialité par l'intérêt personnel de la caution ne lui permet pas d'acquérir la qualité de « commerçant », de sorte que la caution ne peut prétendre au bénéfice des procédures relevant du Livre VI du Code de commerce.

83 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 66, p. 59.

virtuelle et ne se justifie plus que la présence des tribunaux de commerce. Plutôt que d'opposer, de façon quelque peu désuète, le cautionnement commercial au cautionnement civil, il serait probablement plus opportun de distinguer le sort des cautionnements offerts par des personnes physiques selon qu'elles interviennent ou non à titre professionnel »⁸⁴.

§ 2 : La notion de « caution dirigeante »

10. – Plan. *« L'obtention d'un crédit est un effet de levier qui permet de constituer un capital en remboursant l'emprunt aux moyens des revenus produits par le capital acquis. Le patrimoine de l'entrepreneur est alors un élément déterminant du levier, en tant que garantie, qui va permettre d'obtenir ou augmenter le crédit nécessaire au développement de l'entreprise. La possibilité d'étendre les garanties augmente dans les mêmes proportions la possibilité d'obtention de financement. Toutefois, cette fourniture de garantie ne doit pas se faire au détriment du patrimoine personnel afin de préserver le patrimoine nécessaire à la vie de la cellule familiale. »⁸⁵*

En tant qu'auxiliaire du crédit⁸⁶, l'étendue du cautionnement du dirigeant conditionne le capital octroyé à sa société. Plus le dirigeant accepte de grever son patrimoine personnel en faveur des créanciers de sa société, plus volontiers celle-ci obtiendra ou augmentera le crédit nécessaire à son développement. Le cautionnement du dirigeant ne remplit ainsi qu'une seule fonction : percer l'écran de la personnalité morale afin d'instaurer un climat de confiance propice à l'octroi de financements (I). La conclusion de tels cautionnements a cependant d'importantes conséquences sur la situation personnelle du dirigeant. La caution dirigeante ne se contente pas d'insuffler un climat de confiance entre sa société et les créanciers de celles-ci, elle supporte personnellement le risque d'insolvabilité et de faillite. Ce risque ayant été aggravé par la volonté « d'encourager l'octroi de crédit et relancer par là même la croissance économique »⁸⁷, les réformes législatives

84 M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 72.

85 X. BOUTIRON, P.-J. CASTANET, H. LÉCUYER, C. MARÉCHAL, *L'entrepreneur et ses patrimoines*, coll. Les Intégrales, Paris, Lextenso, 2012, n° 460, p. 132.

86 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 3, p. 6.

87 M. BOURASSIN, « L'attrait limité du gage de choses fongibles de droit commun » in *Réformes du droit civil et vie des affaires : actes du séminaire organisé par le Centre de*

intervenues ces dernières années ont imposé une redéfinition de la « caution dirigeante » (II).

I – La présentation du cautionnement du dirigeant

11. – La fonction du cautionnement du dirigeant. Pour comprendre l'intérêt du cautionnement souscrit par un dirigeant en garantie des dettes de sa société, il convient de s'intéresser au *modus operandi* lors de la création d'une entreprise et au choix de la forme sociétaire. Ce choix va s'opérer en fonction de l'objet social de la future entreprise, de la dimension souhaitée pour celle-ci ou encore du nombre d'associés concernés. La création d'une entreprise peut soit résulter de l'*affectio societatis*, c'est-à-dire de la volonté commune de plusieurs personnes physiques ou morales de s'associer pour exercer ensemble une activité, soit résulter d'un acte de volonté d'une seule personne désirant créer une entreprise pour exercer une activité professionnelle ou économique. L'autre notion incontournable dans le choix de la forme sociétaire est celle de « risque » : l'entrepreneur ou l'apporteur en société souhaite-t-il limiter sa contribution aux dettes sociales ou, au contraire, est-il prêt à engager l'intégralité de son patrimoine personnel ?

Pour une personne qui souhaite exercer seule son activité, le choix est le suivant : créer une entreprise individuelle et prendre le risque d'engager l'intégralité de son patrimoine personnel envers ses créanciers professionnels⁸⁸, choisir le récent régime de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)⁸⁹ ou enfin opter pour une société à responsabilité limitée unipersonnelle qui restreint sa contribution à son apport en société. Dans l'hypothèse d'une pluralité d'associés, écartant d'office l'entreprise individuelle, le choix se fera selon les mêmes critères et ces derniers choisiront une forme sociétaire en fonction du degré de responsabilité admissible pour eux et de la dimension souhaitée pour leur société. Si cette dernière a vocation à exercer une activité civile

droit civil des affaires et du contentieux économique, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2014, n° 1, p. 71.

88 L'entrepreneur individuel n'est pas responsable sur l'intégralité de son patrimoine personnel s'il a pris le soin de mettre certains de ses biens (immobiliers) à l'abri de ses créanciers professionnels en effectuant une déclaration d'insaisissabilité.

89 L'EIRL est une création législative à mi-chemin entre l'entreprise individuelle et la SARL unipersonnelle car elle combine la simplicité de création de l'entreprise individuelle et le principe de responsabilité limitée d'une SARL en permettant à l'entrepreneur individuel de créer un *patrimoine affecté* spécialement réservé à ses créanciers professionnels et de mettre le reste de son patrimoine personnel à l'abri de ceux-ci (loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée).

(construction et gestion immobilière, profession libérale, agriculture, etc.⁹⁰), les associés pourront choisir l'une des nombreuses formes de sociétés civiles existantes mais ils seront personnellement et indéfiniment responsables des dettes de la société au *prorata* de leurs apports respectifs⁹¹. Si la société a vocation à exercer une activité commerciale, les associés pourront recourir aux sociétés commerciales par la forme. Sont commerciales par la forme, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions⁹². S'agissant de ces sociétés commerciales, le choix des créateurs d'entreprise se porte majoritairement sur la société à responsabilité limitée (SARL)⁹³ qui est la forme sociétaire de prédilection depuis sa création en 1925⁹⁴. Les futurs chefs d'entreprise choisissent ainsi massivement les formes sociétaires qui présentent le moins de risques pour leur patrimoine personnel.

Cependant, le succès de ces sociétés à responsabilité limitée – principalement des SARL et des SAS – a d'importantes conséquences sur la notion de « risque » et de « confiance ». En effet, en limitant la responsabilité des associés à leurs apports, ces formes de sociétés n'offrent pas les garanties attendues par les créanciers. Par ailleurs, il convient de préciser que le montant de ces apports (et donc du capital social) est désormais librement défini dans les statuts depuis la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 pour la SARL⁹⁵ et depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 pour la SAS⁹⁶, de sorte qu'il est désormais envisageable de créer une SARL ou une SAS avec seulement 1 euro de capital social. Ainsi, la principale fonction du capital social – à

90 C. civ., art. 1845, al. 2 : « *Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet.* »

91 En d'autres termes, l'associé d'une société civile engage, à l'égard des créanciers de la société, l'intégralité de son patrimoine personnel. Cependant, en l'absence de solidarité, ceux-ci ne peuvent lui réclamer que la fraction de dette proportionnelle à son apport. À titre d'exemple, l'associé d'une société civile détenteur de 51 % des parts n'engagera son patrimoine personnel que pour 51 % des dettes de la société.

92 C. com., art. L. 210-1, al. 2. Les associés d'une société en nom collectif et les commandités ayant la qualité de commerçant d'une société en commandite simple (ou commandite par actions) sont indéfiniment et solidairement tenus des dettes sociales.

93 C. ALEXANDRE-CASELLI, « La société à directoire en chiffres : état des lieux », *RLDA* 2007/18, suppl., n° 1131, p. 45 : « *En 2009, on comptait en France 1.729.788 SARL sur un total d'environ 2 043 000 sociétés commerciales. Vient ensuite la société par actions simplifiée avec 128.634 structures de ce type. Les autres chiffres sont les suivants : 117.705 pour la SA ; 65.068, pour la SNC ; 2.581, pour la société en commandite.* »

94 La SARL est une création de la loi du 7 mars 1925 reprenant les grands principes du modèle allemand existant depuis 1892 : la GmbH (B. LAURIN, « La GmbH, un modèle de forme sociale », *JCP E* 2012, 1043).

95 C. com., art. L. 223-2 : « *Le montant du capital de la société est fixé par les statuts. Il est divisé en parts sociales égales.* »

96 C. com., art. L. 227-2, al. 2 : « *Le montant du capital social est fixé par les statuts.* »

savoir : sécuriser les créanciers contre le risque d'insolvabilité – ne joue manifestement plus son rôle⁹⁷ ! Ces sociétés impécunieuses, avec de faibles capitaux propres, n'inspirent plus confiance aux créanciers et n'obtiennent plus les investissements nécessaires à leur développement.

Ainsi, si les créanciers veulent un véritable gage de solvabilité, ils devront s'attaquer à une autre institution créée par le législateur : la responsabilité limitée des associés, en exigeant de ces derniers – et en premier lieu du dirigeant – qu'ils s'engagent à payer les dettes de la société sur leur patrimoine personnel en cas de défaillance de celle-ci. Même s'il s'avère économiquement inévitable, le recours au cautionnement donné par un dirigeant en garantie des dettes souscrites par sa société est fondamentalement contraire au principe de limitation de responsabilité des associés. Il réduit à néant les plus récentes créations du législateur⁹⁸ et infléchit la notion de personnalité morale⁹⁹. Pour lutter contre la réfaction générale du crédit aux PME¹⁰⁰, on laisse ainsi progressivement disparaître l'écran de la personne morale au profit d'une relation dirigeant/créancier quasiment identique à celle existant dans une entreprise individuelle.

12. – Le profil des dirigeants-cautions. Il est désormais acquis que les sociétés concernées par le cautionnement de leur dirigeant sont

97 Tandis que certains observateurs militent pour un relèvement du capital social minimum à un montant « *pertinent au regard des besoins d'une exploitation moderne* » (D. DANET, « *Le dirigeant et l'omnibus* », *RTD com.* 1994, n° 2, p. 173. Didier Danet espérait que le capital social « *retrouverait sa fonction interne de financement de l'activité et sa fonction externe de gage des créanciers* »), d'autres observateurs expliquent que la démarche du législateur est loin d'être économiquement absurde et reflète, au contraire, la triste réalité du capital social qui ne jouait plus son rôle depuis longtemps, tant il était dépensé rapidement par les associés pour les besoins de la société. Ces mêmes analystes expliquent que même si le montant du capital social affecte directement les associés, les créanciers n'ont pas intérêt à utiliser ce capital social comme une garantie et à exiger, en dépit des dispositions légales, un capital social minimum comme condition *sine que non* à l'obtention d'un crédit étant donné qu'ils n'ont ni les moyens de surveiller la destination des fonds, ni la possibilité de bloquer cette somme (comme ils pourraient le faire avec un dépôt de garantie).

98 La récente EIRL ne semble pas échapper à cette fatalité : si la constitution d'une sûreté personnelle en garantie d'une créance relevant du patrimoine affecté semble fondamentalement contraire au principe même de l'EIRL, en ce qu'elle rétablit une unité des patrimoines que le législateur a voulu supprimer ou, pis encore, revient à se cautionner soi-même, aucune disposition légale n'interdit expressément un tel cautionnement (articles L. 526-6 à L. 526-21 du Code de commerce). Cependant, selon le Professeur Augustin Aynès, si légalement rien n'empêche un tel cautionnement, il peut être rendu impossible si l'on considère que le débiteur principal et la caution sont les mêmes personnes et que « *celui qui est débiteur d'une obligation ne peut être tenu de la même obligation comme caution* » (A. AYNÈS, « EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* 2011/86, n° 4380, p. 28).

99 A. PIEDELIÈVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 1982, n° 1, p. 85.

100 D. DANET, « *Le dirigeant et l'omnibus* », *RTD com.* 1994, n° 2, p. 173.

principalement les sociétés commerciales¹⁰¹ limitant la responsabilité des associés à leurs apports en raison du fort risque d'impayé pesant sur le créancier, ainsi que les sociétés civiles pour la fraction de dettes qui n'est pas couverte par les associés (en l'absence de solidarité). Il faut cependant écarter des généralités du développement les formes sociétaires les plus marginales (les sociétés en commandite simple) ou les moins concernées par le cautionnement de leur dirigeant (les sociétés anonymes).

La société anonyme est, en effet, la forme sociétaire favorite des entreprises de grande dimension, celles qui sont susceptibles de réunir d'importants capitaux et de recourir à l'appel public à l'épargne. La création d'une société anonyme nécessite la réunion d'au moins sept associés, d'une importante capacité financière de départ (capital social minimum de 37.000 euros et 225.000 euros en cas d'appel public à l'épargne) et de conséquents frais de constitution. Pour l'ensemble de ces raisons, les sociétés anonymes sont *a priori* moins concernées par le sujet des cautions dirigeantes et les créateurs de TPE et PME ne disposant des moyens ou des ambitions susmentionnés préfèrent se tourner, comme les statistiques le démontrent, vers les SARL ou les SAS. Enfin, même s'il ne semble pas nécessaire de le préciser, il convient d'exclure expressément l'entreprise individuelle du développement, la confusion des patrimoines ôtant tout intérêt au cautionnement du dirigeant. Ainsi, lorsque le terme « entreprise » sera employé, il faudra l'entendre au sens de « *d'organisation unitaire de moyens humains, matériels et financiers en vue d'une activité de production ou de prestation de services* »¹⁰² ; sous une forme plus synthétique, les Professeurs Jean-Marc Mousseron et Bernard Teyssié parlaient d'une « *organisation au service d'une action* »¹⁰³. S'agissant ensuite de l'attribution de la qualité de « chef d'entreprise » et de l'identification des dirigeants susceptibles d'entrer dans la catégorie des « cautions dirigeantes » : « *d'une société à l'autre et d'un organe à l'autre, les pouvoirs sont variables et la notion de chef d'entreprise peut être entendue de différentes manières. Au sens strict, seuls méritent cette dénomination ceux qui sont personnellement investis des fonctions de direction générale : gérants et directeurs généraux. Il apparaît cependant*

101 Dans les sociétés civiles, les associés sont indéfiniment responsables des dettes contractées par la société alors que dans le cadre d'une entreprise individuelle, les patrimoines personnel et professionnel sont confondus.

102 J.-B. BLAISE, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 7^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 319, p. 164.

103 J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ, *Dix ans de droit de l'entreprise*, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairies techniques, 1978, avant-propos, p. 1.

*que les véritables maîtres d'une affaire ne sont pas nécessairement ceux qui occupent le devant de la scène. Il semble donc préférable de retenir une notion plus large englobant l'ensemble des dirigeants sociaux, y compris les membres des organes collégiaux d'administration ou de surveillance. Doivent en revanche être exclus les associés, même majoritaires, qui n'exercent pas en cette qualité les fonctions de chefs d'entreprise, sous réserve des cas où ils se comporteraient en dirigeants de fait »*¹⁰⁴. La Cour de cassation considère, en effet, de façon constante depuis un arrêt du 14 décembre 1993¹⁰⁵, que le dirigeant de fait relève pleinement du régime juridique applicable aux cautions dirigeantes de droit. Ainsi, même s'il n'existe aucune définition légale du « dirigeant de fait », la jurisprudence considère que « *toute personne qui assume les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, qui exerce en fait en toute souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion ou de direction* »¹⁰⁶ relève du régime applicable aux dirigeants de droit lorsqu'ils se sont portés caution des dettes contractées par leur société envers un établissement bancaire, un crédit-bailleur, un bailleur, un fournisseur ou tout autre créancier.

Les prochains développements concerneront ainsi prioritairement les dirigeants de droit ou de fait d'une société civile ou d'une société commerciale de très petite, petite ou moyenne dimension (principalement les SARL et les SAS).

II – La définition de la « caution dirigeante »

13. – La distinction caution profane / caution avertie et la notion de « caution dirigeante ». L'expression "caution dirigeante" ne dispose

104 B. PETIT, Ch. ROBBEZ-MASSON, *Le statut du chef d'entreprise*, coll. Droit de l'entreprise, Paris, Liaisons, 1994, n° 2, p. 2.

105 Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-21.896 : *Bull. civ. IV*, n° 468. À cette période, la Cour de cassation considérait que la mention manuscrite imposée par l'article 1326 du Code civil s'appliquait aux cautionnements donnés par les dirigeants sociaux (sous peine de nullité). L'acte pouvait néanmoins être sauvé si des éléments extérieurs à l'acte palliaient cette absence de mention et prouvaient le consentement de la caution. Pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la seule qualité de dirigeant était un élément extrinsèque rendant parfaite la preuve de l'acte de cautionnement (V. par exemple : Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-12.493, inédit). Ce raisonnement fut également adopté pour le dirigeant de fait afin de pallier l'insuffisance de la mention manuscrite d'un cautionnement donné en faveur d'une société. La Chambre commerciale affirma alors que l'acte constituait un commencement de preuve par écrit qui, corroboré par la qualité de dirigeant de fait de la caution, était devenu une preuve parfaite.

106 D. LEGEAIS, « Responsabilité du banquier service du crédit », in *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, LexisNexis, 2008, Fasc. 151, n° 111.

d'aucune reconnaissance textuelle, ni même jurisprudentielle. Il s'agit d'une formule consacrée par la doctrine, notamment attribuée au Professeur Dominique Legeais. En effet, si de nombreux auteurs utilisent le syntagme « caution dirigeante » dans leurs ouvrages, le seul véritable écrit consacrant cette formule revient au Professeur Legeais. Celui-ci est, en effet, le seul auteur à s'être adonné à la rédaction d'un article d'une quinzaine de pages portant exclusivement et expressément sur le thème de « La caution dirigeante »¹⁰⁷. Il rendait alors hommage au Professeur Bernard Bouloc qui avait lui-même consacré quelques années auparavant un article au « *cautionnement donné par un dirigeant de société* »¹⁰⁸ sans avoir expressément consacré la formule « caution dirigeante ».

Selon le Professeur Dominique Legeais, « *au sein des différentes cautions, la caution dirigeante a toujours eu une place à part. Elle n'est pas un professionnel comme un établissement de crédit. Elle n'est pas non plus un simple consommateur. La caution dirigeante a donc un statut intermédiaire. C'est une caution avertie* »¹⁰⁹. L'affirmation selon laquelle le dirigeant serait une « caution avertie » explique sans nul doute l'absence de reconnaissance jurisprudentielle de l'expression « caution dirigeante ». La jurisprudence n'eut, en effet, nul besoin d'accorder une reconnaissance expresse à cette formule dans la mesure où, restant fidèle à la conception romaine du contrat de cautionnement, elle préféra cacher ses intentions à l'égard des cautions dirigeantes en opérant une distinction plus générale entre les cautions profanes et les cautions averties et en faisant du dirigeant l'archétype des cautions averties.

En se référant aux enseignements du droit romain, la caution profane pourrait être caricaturée comme le contractant qui rend un service désintéressé à un ami¹¹⁰. La caution profane et le débiteur principal sont unis par un lien d'affection justifiant la conclusion d'un engagement de bienfaisance mais ôtant également toute objectivité face au risque contracté. Trahie par l'affection qu'elle porte au débiteur principal, la caution profane engage son patrimoine personnel sans se préoccuper des conséquences et

107 *Id.*, « La caution dirigeante », in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 599 et s.

108 B. BOULOC, « Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Rev. sociétés* 1992, n° 1, p. 1.

109 D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 600.

110 M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 72.

parfois même sans détenir les compétences ou les moyens lui permettant d'évaluer les risques liés à son engagement. À l'inverse, la caution avertie est un contractant qui s'engage parce qu'il a un intérêt patrimonial à la conclusion de la dette. Le dirigeant qui se porte caution pour les dettes de sa société était traditionnellement considéré comme la caution la plus avertie qui soit puisqu'il était censé connaître la situation financière de sa société (et sa prévisible évolution), la nature et l'étendue des engagements souscrits au nom de sa société et, par conséquent, la portée de son propre engagement és-qualités de caution. Contrairement à la caution profane qui accomplit un acte bénévole, le dirigeant était ainsi présumé agir en parfaite connaissance de la situation et pour son propre intérêt patrimonial puisque ses revenus personnels sont directement liés à ceux de la société cautionnée.

Au demeurant, nul ne peut contester que le fossé est grand entre ces deux catégories de cautions et qu'il est difficile de considérer *in abstracto* la caution dirigeante comme une caution avertie dans la mesure où « *la catégorie des cautions dirigeantes est en elle-même assez hétérogène. Certaines sont parfaitement informées de la vie des affaires. Elles ont une large expérience de cette dernière ; elles sont bien conseillées. D'autres sont en réalité de véritables profanes, n'ayant de dirigeant que la fonction. Leur inexpérience les rapproche assurément des consommateurs* »¹¹¹. Il existe en effet des cautions qui dirigent la société débitrice sans en être les décideurs ou des dirigeants qui n'ont pas les compétences pour apprécier le caractère non viable du projet et qui paient au prix fort leur manque d'expérience dans le monde des affaires.

Les critères de distinction entre les cautions profanes et les cautions averties étant en constante évolution, l'actuelle position du dirigeant ayant cautionné les dettes de sa société dans la catégorie des cautions averties est loin d'être certaine. Notre droit éprouve incontestablement des difficultés à « *offrir un statut satisfaisant à la caution dirigeante. Il est vrai qu'il faut trouver le juste équilibre entre deux tentations. La première consiste à considérer que la caution dirigeante, en sa qualité de professionnelle, n'a besoin d'aucune protection particulière. La seconde consiste à considérer que le cautionnement demeure un acte dangereux alors même qu'il est souscrit par un dirigeant. Il l'est peut-être même encore plus dès lors que les sommes en jeu sont souvent plus conséquentes* »¹¹².

111 D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 600.

112 *Loc. cit.*

14. – L'intéressement de la caution, le premier critère de distinction entre les cautions profanes et les cautions averties. La notion « d'intérêt personnel de la caution » fit son apparition dans un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 3 mai 1954¹¹³. Il permettait de distinguer les cautions ayant un intérêt patrimonial à l'octroi du financement garanti des cautions n'en retirant aucun profit¹¹⁴ afin d'appliquer le régime civil de la preuve aux seules cautions non intéressées.

Cette notion constitua le premier critère dégagé par la jurisprudence pour opérer une distinction entre les cautions personnes physiques. Les cautions dirigeantes ont immédiatement personnifié la catégorie des cautions intéressées puisqu'elles avaient *a minima* un intérêt indirect à la conclusion de la dette principale. La Cour de cassation s'était notamment prononcée en ce sens dans un arrêt en date du 21 avril 1964¹¹⁵, estimant qu'un dirigeant de société a nécessairement un intérêt personnel à garantir les obligations souscrites par sa société. L'emploi de l'adverbe « *nécessairement* » témoignait de l'existence d'une présomption irréfragable d'intérêt personnel du dirigeant.

La caution dirigeante venait en réalité de naître. En effet, si ce syntagme n'a aucune reconnaissance textuelle ou jurisprudentielle, elle fit sans nul doute son apparition en même temps que la commercialité par l'intérêt personnel de la caution, celle-ci ayant justement vocation à appliquer un régime juridique dérogoratoire aux cautions ayant un intérêt patrimonial à la conclusion de la dette.

La Cour de cassation accentua la stigmatisation des cautions dirigeantes dans une décision du 17 octobre 1977¹¹⁶ en cassant un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui s'était abstenue de répondre au moyen selon lequel un dirigeant a « *un intérêt beaucoup plus grand* » à la conclusion du contrat qu'une caution non-dirigeante. Elle reconnut ainsi implicitement qu'il existait différentes cautions (des cautions intéressées et des cautions non intéressées)

113 Paris, 3 mai 1954 : *JCP G* 1955, IV 95.

114 D. VILLANI, « Les cautions "informées" sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD com.* 1995, n° 2, p. 291 : « *Mais les buts poursuivis étant multiples et divergents, cette référence est imparfaite pour assimiler "caution ayant un intérêt personnel" et "caution informée".* »

115 Cass. com., 21 avr. 1964 : *Bull. civ. IV*, n° 200 : « *Il résulte de l'exposé des faits et de l'examen des documents produits que les graves difficultés survenues à la société démontrent que la caution, porteur de parts et gérant, avait un intérêt personnel à garantir les obligations souscrites par sa société pour la maintenir in bonis, l'arrêt peut retenir le caractère commercial du cautionnement et, partant, la compétence de la juridiction commerciale pour connaître de l'action introduite par le créancier contre la caution.* »

116 Cass. com., 17 oct. 1977, n° 75-15.600 : *Bull. civ. IV.*, n° 226 ; *RTD com.* 1978, p. 91.

et que la caution dirigeante incarnait l'archétype de la caution intéressée.

15. – L'intégration de la caution, le deuxième critère de distinction entre les cautions profanes et les cautions averties. La notion de « caution intégrée » aux affaires du débiteur principal fit son apparition lorsque celle de « caution intéressée » montra ses premières limites. « L'intérêt personnel de la caution » avait certes permis à la jurisprudence de faire une première différenciation entre les cautions personnes physiques mais elle avait également eu pour effet de ranger dans une même catégorie toutes les personnes qui étaient intéressées, de près ou de loin, à la conclusion du contrat (les dirigeants, les associés, les conjoints des dirigeants ou associés ainsi que les proches du dirigeant).

La doctrine désapprouvait la catégorie des cautions intéressées en ce qu'elle appliquait indistinctement la présomption de solidarité et la liberté de la preuve à toutes les cautions ayant un quelconque intérêt patrimonial à la conclusion de la dette, sans jamais prêter attention à leur réel degré d'implication dans la société garantie ou à leur niveau de compréhension des engagements souscrits. Ce n'est pas parce qu'une personne peut tirer un quelconque bénéfice de la dette cautionnée, qu'elle connaît forcément la situation financière de la société et qu'elle est en mesure d'apprécier la portée de son engagement.

Dans les années 1980, la jurisprudence fit mine d'entendre cet argument et opéra un tri entre les cautions intéressées. Il fallait désormais distinguer les contractants intégrés aux affaires de la société des cautions étrangères à la gestion de l'entreprise : « *il doit être tenu compte de la qualité, des fonctions et des connaissances de la caution, de ses relations avec le débiteur, ainsi que des caractéristiques de la dette* »¹¹⁷. Les juges du fond ne pouvaient dès lors plus se contenter d'être en présence d'une caution intéressée, ils devaient vérifier *in concreto* si la caution était suffisamment intégrée à l'entreprise garantie pour avoir « *conscience de la nature et de l'étendue de leur engagement* »¹¹⁸. Cette appréciation s'effectuait principalement au regard de la qualité, des fonctions et de la relation que la caution entretenait avec le débiteur principal. Le dirigeant étant *a priori* la personne qui entretient les liens les plus étroits avec la société cautionnée¹¹⁹, la Chambre commerciale

117 Cass. com., 15 nov. 1982, n° 81-13.405 : *Bull. civ. IV*, n° 349.

118 Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.626 : *Bull. civ. IV*, n° 310 ; *D.* 1990, p. 3, note P. ANCEL.

119 Cass. com., 9 nov. 1993, n° 91-18.337 : *Bull. civ. IV*, n° 384 ; *RTD com.* 1994, p. 86, obs.

de la Cour de cassation en déduisit naturellement qu'aucune équivoque ne pouvait naître dans l'esprit d'une caution dirigeante lorsqu'elle contractait un tel engagement¹²⁰.

Étant à la fois intéressée et intégrée aux affaires du débiteur principal, la caution dirigeante était ainsi irréfragablement présumée avertie et consciente de la portée de ses engagements.

16. – L'information de la caution, le troisième critère de distinction entre les cautions profanes et les cautions averties. Traditionnellement, la jurisprudence considérait que les cautions dirigeantes étaient nécessairement intéressées et intégrées aux affaires du débiteur principal, faisant ainsi d'elles des cautions irréfragablement présumées averties¹²¹. À ce titre, bien que ne pouvant être qualifiées de commerçantes, les cautions dirigeantes en subissait le régime juridique au regard de leur qualité, de leurs fonctions et de leurs relations avec le débiteur principal.

Une exception au régime de présomption pesant sur les cautions dirigeantes fut cependant reconnue dans une première décision du 12 novembre 1997¹²². Évoquant pour la première fois l'existence de *circonstances exceptionnelles* au bénéfice des cautions dirigeantes, cet arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ne fut cependant pas immédiatement perçu comme un assouplissement de la jurisprudence en leur faveur. En effet, dans les faits, la Cour refusait encore de reconnaître la responsabilité de la banque au bénéfice d'un gérant qui s'était porté caution des engagements de sa société puisque celui-ci ne parvenait pas à démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant que le créancier ait eu connaissance d'informations sur sa société que lui-même ignorait. Si la décision s'était effectivement soldée par un échec pour ce dirigeant, il fallait néanmoins retenir qu'*a contrario* la démonstration de circonstances exceptionnelles permettait désormais aux cautions dirigeantes de prouver que bien qu'étant des contractants intéressés et intégrés aux affaires du débiteur principal, elles n'étaient pas toujours informées de la nature et de l'étendue de leurs

M. Cabrillac et B. Teyssié ; *RD bancaire et bourse* 1994, p. 236, obs. F. Crédot et Y. Gérard.

¹²⁰ Cass. com., 15 nov. 1988, *op. cit.*

¹²¹ Cass. com., 6 juillet 1993, n° 91-13.734 : *Bull. civ. IV*, n° 279 : Les fonctions de gérant exercées par le signataire du cautionnement ne permettent aucune ambiguïté sur la nature de l'engagement et sa portée générale.

¹²² Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681 : *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *JCP E* 1998, p. 182, note D. Legeais : « *Le gérant de la société débitrice principale qui s'est porté caution des engagements de celle-ci n'est pas fondé, à défaut de circonstances exceptionnelles, à mettre en oeuvre la responsabilité de la banque créancière pour soutien abusif de crédit.* »

engagements. Certes, la présomption de « conscience » pesant autrefois sur les cautions dirigeantes existait toujours mais elle n'était plus irréfragable et pouvait être exceptionnellement renversée.

Quelques mois plus tard¹²³, la Chambre commerciale de la Cour de cassation réitéra sa position et reconnut, cette fois expressément, l'existence de circonstances exceptionnelles de nature à libérer les cautions dirigeantes. En l'espèce, deux cautions dirigeantes dénonçaient le comportement du créancier qui avait financé un projet qu'il savait voué à l'échec dès l'origine (puisqu'il détenait des informations sur la viabilité de l'opération que les cautions dirigeantes ignoraient). Le créancier invoquait justement la solution du 12 novembre 1997 selon laquelle une caution dirigeante ne peut pas engager la responsabilité du créancier. C'était sans compter sur la position réellement adoptée dans cette précédente décision qui consistait, non pas à priver la caution dirigeante d'un tel recours mais, au contraire, à le rendre exceptionnellement envisageable lorsque la caution parvenait à légitimer son ignorance. L'arrêt du 23 juin 1998 permit ainsi à la Chambre commerciale de la Cour de cassation d'officialiser son raisonnement et d'illustrer la notion de « circonstances exceptionnelles »¹²⁴ Un premier équilibre venait d'être trouvé en faveur des cautions dirigeantes qui le méritaient véritablement¹²⁵.

17. – La compétence particulière de la caution, le dernier critère de distinction entre les cautions profanes et les cautions averties. Le critère « d'intérêt personnel » des cautions fut abandonné par la jurisprudence car il traitait de façon analogue des cautions aux profils disparates¹²⁶. Force est de constater que la notion de « cautions intégrées » qui permit d'opérer un tri entre les cautions intéressées montra, elle aussi, ses limites à l'égard des cautions dirigeantes. En effet, si les cautions dirigeantes sont théoriquement intégrées aux affaires de leur société et sont, à ce titre, présumées disposer des informations leur permettant de mesurer la portée leurs engagements ; en

123 Cass. com., 23 juin 1998, n° 95-16.117 : *Bull. civ. IV*, n° 208 ; *JCP E* 1998, p. 157, note D. Legeais.

124 En l'espèce, la banque dispensatrice de crédit ne pouvait ignorer l'absence de viabilité du projet : la société était déjà en état de cessation des paiements au jour de la demande de prêt et était dans l'impossibilité manifeste de rembourser les mensualités. Le crédit n'ayant été accordé à la société que parce que celle-ci était cautionnée par ses dirigeants, la Cour de cassation estima que la banque avait commis une faute délibérée à l'égard des cautions dirigeants en ne les informant pas de faits qu'elles pouvaient légitimement ignorer au regard des circonstances.

125 D. LEGEAI, « Conditions de l'engagement par la caution-dirigeant de la responsabilité d'une banque pour soutien abusif à une société en difficultés », *JCP E* 1998, p. 182.

126 Cass. com., 15 nov. 1982, n° 81-13.405 : *Bull. civ. IV*, n° 349 – Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.626 : *Bull. civ. IV*, n° 310 ; *D.* 1990, p. 3, note P. ANCEL.

pratique, elles n'en disposent pas toujours et le créancier peut exceptionnellement détenir des informations qu'elles ignorent. Au fil du temps et des réformes législatives, la jurisprudence comprit également que certaines cautions dirigeantes, bien qu'intégrées et intéressées aux affaires du débiteur principal et détenant toutes les informations utiles à la compréhension de leur engagement, ne disposent cependant pas des compétences leur permettant de lire ces informations et de comprendre la portée réelle de leurs engagements.

Un arrêt de la cour d'appel de Caen¹²⁷ illustra parfaitement ce constat, reconnaissant la qualité de « cautions profanes » à un couple de cautions dirigeantes qui s'était porté acquéreur d'un fonds de commerce suite à leur licenciement économique. Ces cautions ne disposaient manifestement d'aucune compétence en gestion d'entreprise ou même en comptabilité puisque la banque – auprès de laquelle elles avaient sollicité le prêt pour cette acquisition – leur avait spontanément proposé une formation en analyse financière. Le Professeur Dominique Legeais résumait alors à la perfection la situation de ces cautions dirigeantes : *« aucun diplôme n'est requis pour créer ou diriger une entreprise, toute personne peut un jour ou l'autre se prétendre dirigeante. Pour cette raison, il est peu réaliste de soumettre tous les dirigeants à des règles identiques. Certains sont en réalité des profanes et ont besoin d'être protégés comme pourraient l'être des consommateurs. D'autres sont de véritables professionnels parfaitement en mesure d'apprécier l'opportunité de leurs engagements. Tout au plus est-il possible de présumer qu'un dirigeant est compétent »*¹²⁸.

La jurisprudence contemporaine semble ainsi progressivement reconnaître qu'une caution peut être dirigeante sans nécessairement détenir les informations lui permettant d'évaluer la viabilité du projet cautionné¹²⁹ ou, bien que disposant de ces informations, n'est pas dotée des compétences lui permettant de mesurer les risques de l'opération garantie¹³⁰.

127 Caen, 1^{er} ch. civ. com., 20 juin 2002, n° 01/00148.

128 D. LEGEAIS, « Une caution dirigeante peut se prévaloir d'un dol commis par un établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt », *JCP E* 1998, p. 1831.

129 Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-15.914, inédit : *Dr. et patr.* 2001, n° 94, p. 92, obs. B. Saint-Alary.

130 Un couple d'anciens salariés du secteur bancaire qui avaient décidé d'exploiter ensemble un fonds de commerce sans avoir aucune compétence en gestion d'entreprise ont notamment été considérés comme des cautions dirigeantes profanes (T. com. Paris, 2^e ch., 12 sept. 2006 : *JurisData* n° 2006-316112). De même, s'agissant d'une caution dirigeante âgée de seulement 26 ans et dépourvue de toute expérience dans le monde des affaires (Aix-en-Provence, 8^e ch. C, 29 nov. 2007, n° 07/04242).

18. – La distinction entre les cautions profanes et les cautions averties en droit positif. Il convient premièrement de préciser que le législateur n'a jamais souhaité entériner la distinction prétorienne entre les cautions averties et les cautions profanes. La seule catégorisation des cautions opérée par les textes repose, en effet, sur la distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales. Depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, la dichotomie prétorienne peut même apparaître *contra legem*¹³¹ aux yeux de certains dans la mesure où le législateur a clairement refusé de stigmatiser certaines personnes physiques et a souhaité accorder sa bienveillance aux cautions dirigeantes¹³².

La volonté d'abandonner toute stigmatisation à l'égard des cautions dirigeantes résulte en premier lieu de celle de résoudre certaines difficultés sociales (perte d'emploi, augmentation du chômage) et de relancer l'économie de la France. En effet, le législateur du 1^{er} août 2003 n'a pas fait preuve de clémence à l'égard des cautions dirigeantes de façon désintéressée, il espérait que les mesures prises en leur faveur favorisent la création de nouvelles entreprises, relancent l'économie et inversent la courbe du chômage. Pour parvenir à un « *baby-boom des entreprises* »¹³³, le législateur du 1^{er} août 2003 comprit qu'il ne pouvait pas se contenter d'agir sur le droit des sociétés et d'adopter des mesures telles que la suppression d'un capital social minimum pour la constitution d'une société à responsabilité limitée. Il réalisa que lorsqu'on mène une « *guerre contre l'échec économique* »¹³⁴ et que l'on souhaite favoriser la création de nouvelles entreprises, la technique juridique de la sûreté doit être mise au service de l'économie¹³⁵. Il se devait dès lors d'instrumentaliser le sort des cautions dirigeantes¹³⁶.

Dans le cadre d'une politique tendant à la prolifération des entreprises, la

131 A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 220, p. 153.

132 D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 600.

133 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 41, p. 45.

134 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde à l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

135 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *Les Petites Affiches*, 14 juin 2007, n° 119, p. 70.

136 L'objectif du législateur peut, d'une certaine manière, paraître atteint dans la mesure où, selon les chiffres communiqués par l'INSEE : depuis l'adoption de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, le nombre de créations d'entreprises augmenta de 49,6 % sur la période 2003-2007 et, depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (qui institua notamment le statut d'auto-entrepreneur) le nombre de créations d'entreprises passa de 321.478 pour l'année 2007 à une moyenne désormais stable de 545.000 depuis 2011.

bienveillance du législateur à l'égard des cautions dirigeantes était par ailleurs devenue une nécessité puisque « *la situation économique et la crise ont donné lieu à un nouveau type de dirigeant : le salarié, le licencié et au chômage, qui décide de créer son entreprise et qui n'est pas plus au fait des affaires que quiconque. Ce dernier, caution "profane" par excellence, se devait d'être protégé alors même que son statut de dirigeant l'aurait soumis à la jurisprudence peu protectrice existante. En outre, ces modalités, qui doivent permettre à la caution de mieux mesurer l'ampleur de son engagement, font un contrepoids salutaire aux pratiques de cautionnements bancaires dont l'ampleur a mis à mal l'objectif poursuivi de tout temps par celui qui crée une entreprise, à savoir la protection de son patrimoine personnel derrière l'écran de la personnalité morale de sa société.* »¹³⁷

19. – Problématique. Ces propos introductifs ne permettent pas d'affirmer que la caution dirigeante est devenue une caution personne physique ordinaire, un *quidam* du droit du cautionnement. Ils autorisent néanmoins à constater que le législateur a manifesté une certaine bienveillance à leur égard et que la jurisprudence s'est assouplie sur le sujet des cautions dirigeantes.

Les réformes législatives intervenues depuis le début du XXI^e siècle, tendant à instaurer un véritable « *droit des cautions personnes physiques* »¹³⁸, semblent contrarier la tradition jurisprudentielle consistant à présumer qu'une caution dirigeante, intéressée et intégrée aux affaires du débiteur principal, est nécessairement consciente de la situation de sa société et du risque lié à son engagement personnel. La Cour de cassation pouvait encore statuer de la sorte lorsque les dirigeants avaient majoritairement un profil d'homme d'affaires averti, « *d'homme de valeur et d'opiniâtreté et non d'homme sans consistance* »¹³⁹. Cependant, à l'heure où les préoccupations d'ordre économique ont façonné de nouveaux profils de dirigeants – demandeurs d'emploi désirant se créer une activité, salariés en activité qui créent ou reprennent une entreprise pour compléter leurs revenus, jeunes diplômés voulant se lancer dans la vie entrepreneuriale ou encore salariés dont le

137 R. BESNARD GOUDET, « La coexistence de deux régimes pour les cautions dirigeants », *Dr. sociétés* 2010, étude 16.

138 N. PICOD, *La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, n° 283, p. 213.

139 P. MORVAN, « Absence de validité du cautionnement solidaire signé sous l'emprise d'une violence morale », *D.* 1992, n° 13, p. 166.

licenciement économique imminent les poussent à reprendre l'entreprise en faillite qui les emploient –, la jurisprudence peut difficilement affirmer que toutes les cautions dirigeantes sont *in abstracto* des contractants avertis. La Cour de cassation aurait ainsi été contrainte de revoir sa copie à l'égard des cautions dirigeantes et de fixer de nouveaux critères de distinction entre les cautions profanes et les cautions averties. La conception prétorienne de la caution dirigeante aurait si notablement changé d'allure ces dernières années, qu'il serait même désormais envisageable de parler de *caution dirigeante profane*¹⁴⁰.

L'emploi du conditionnel n'est pas anodin car s'il est aisé de démontrer que la caution dirigeante bénéficie théoriquement de la protection insufflée par le législateur, il n'est pas certain que l'unicité des régimes juridiques voulue par celui-ci pour toutes les cautions personnes physiques soit concrètement appliquée aux dirigeants. La tenace présomption selon laquelle la caution dirigeante est réputée comprendre et connaître la portée des engagements souscrits en son nom personnel et au nom de sa société n'est peut-être pas définitivement abolie. Seul un minutieux examen de l'application des récents dispositifs législatifs aux cautions dirigeantes et des prérogatives autrefois refusées à celles-ci par la jurisprudence permettra de savoir si les cautions dirigeantes sont effectivement devenues des *quidam* du droit du cautionnement.

20. – Plan général. Au titre des principaux vices du consentement, il sera ainsi démontré que la caution dirigeante n'est plus une caution présumée avertie au regard de sa qualité de dirigeant ou de son implication dans les affaires de sa société et qu'elle est désormais une *caution capable de se renseigner* ordinaire. À ce titre, elle est tout au plus présumée détenir les moyens matériels de s'enquérir de la portée réelle de son engagement. En tant que nouveau *quidam* du droit du cautionnement, elle aurait même désormais la faculté de légitimer son ignorance et d'excuser son erreur en démontrant que celle-ci a été provoquée par un dol du créancier.

S'agissant ensuite du « *droit à l'information* »¹⁴¹ – plus précisément des obligations d'information au stade précontractuel –, il sera établi que la Cour de cassation considère désormais qu'une caution dirigeante ne peut plus être

140 R. BESNARD GOUDET, « La coexistence de deux régimes pour les cautions dirigeants », *Dr. sociétés* 2010, étude 16.

141 D. LEGAIS, « La caution dirigeante », in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 604.

présumée informée au regard de son intéressement ou de son implication dans les affaires du débiteur principal mais qu'il convient à présent d'observer l'information réellement détenue par celle-ci au jour de la conclusion du cautionnement¹⁴². De récentes décisions tendent même à faire reconnaître que la caution dirigeante ne peut être considérée comme un contractant averti que si elle dispose d'une « *compétence particulière en matière financière* »¹⁴³ la qualifiant pour mesurer les risques de l'opération cautionnée. La caution avertie n'est donc plus une caution intéressée, intégrée ou même informée ; la caution avertie est ainsi devenue une caution spécialisée en matière de financement et de gestion d'entreprise¹⁴⁴ (partie 1). Il conviendra également de s'intéresser à l'esprit des réformes législatives intervenues depuis le début du XXI^e siècle. En effet, celles-ci ne se sont pas contentées d'unifier les règles applicables à toutes les cautions personnes physiques, elles ont littéralement fait basculer la caution dirigeante vers un régime si favorable que celle-ci pourrait désormais être considérée comme une caution « *paradoxalement mieux protégée qu'une caution non dirigeante* »¹⁴⁵. Afin d'asseoir un plan de relance économique fondé sur la création de nouvelles entreprises et d'inciter utilement les futurs dirigeants à se porter caution des dettes de leur société, le législateur du 1^{er} août 2003 instaura des dispositifs protégeant les intérêts des cautions personnes physiques. Il inséra premièrement un « *formalisme informatif* »¹⁴⁶ dans le contrat de cautionnement qui mit fin à la présomption de consentement pesant jadis sur les cautions dirigeantes¹⁴⁷. La loi ne distinguant pas entre les

142 Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429 : *Bull. civ.* IV, n° 76 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 562, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2012, p. 382, obs. D. Legeais – Cass. com., 13 nov. 2012, n° 11-24.178, inédit.

143 Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-26.262, inédit.

144 E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* 2012, n° 218, p. 36.

145 D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 601.

146 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

147 Cette présomption, uniquement fondée sur la qualité de dirigeant, était possible au regard du seul caractère probatoire reconnu à l'article 1326 du Code civil. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, la Cour de cassation n'est plus en mesure de considérer que le formalisme imparfait d'un contrat de cautionnement peut être sauvé par une exécution volontaire et consciente de la caution dirigeante. Elle est désormais contrainte de procéder à l'identique pour toutes les cautions personnes physiques et ne peut plus utiliser la seule qualité de dirigeant pour affirmer que la caution a agi en parfaite connaissance de cause. Le législateur du 1^{er} août 2003 voulut manifestement contraindre les juridictions à reconnaître qu'il n'y avait plus lieu de

cautions personnes physiques, la Cour de cassation est ainsi désormais contrainte d'appliquer le même système de validation à toutes les cautions personnes physiques, faisant, par voie de conséquence, de la caution dirigeante un *quidam* du droit du cautionnement. L'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* fit également des émules concernant l'étendue de l'obligation souscrite par une caution dirigeante depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. La loi ne distinguant également pas entre les cautions personnes physiques, les cautions dirigeantes ne peuvent désormais plus cautionner les dettes de leur société de manière indéfinie ou *omnibus* et les créanciers ne peuvent plus leur opposer leur qualité de dirigeant pour étendre le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté¹⁴⁸. De même, depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil, toutes les cautions personnes physiques, y compris les cautions dirigeantes, bénéficient d'un principe légal de proportionnalité¹⁴⁹.

L'incitation à la création de nouvelles entreprises par l'instrumentalisation du sort des cautions dirigeantes dans le droit des sûretés ne suffisant cependant pas à atteindre l'objectif de relance économique, le législateur du 26 juillet 2005 comprit qu'il devait également s'assurer de la sauvegarde des entreprises déjà existantes pour assoir son plan de relance. Il se rendit alors à une évidence : « *le chef d'entreprise stratège va examiner la situation réservée aux garants afin de choisir la procédure qui procure la plus grande protection pour lui-même* »¹⁵⁰. Ainsi, lorsqu'on mène une « *guerre contre l'échec économique* »¹⁵¹, lorsqu'on souhaite éviter les faillites d'entreprises

distinguer entre les personnes physiques ayant agi dans le cadre de leur profession ou à titre privé, entre les cautions profanes et les cautions averties.

148 Même si les créanciers essaient de trouver des parades au dispositif Dutreil, ils doivent désormais agir de la même manière à l'égard de toutes les cautions personnes physiques.

149 En revanche, les cautionnements consentis par les dirigeants en garantie des dettes de leur société avant le 7 août 2003 restent soumis au principe jurisprudentiel de proportionnalité. Le créancier qui ne s'assure pas de la proportionnalité de l'engagement commet une faute engageant sa responsabilité uniquement à l'égard d'une caution non-avertie lorsque l'article L. 341-4 du Code de la consommation n'est pas applicable compte tenu de la date de conclusion du contrat de cautionnement (Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-28.331 : *Bull. civ. IV*, n° 174). Il en résulte que la caution personne physique non-avertie est en droit de se prévaloir du principe jurisprudentiel de proportionnalité, tandis que la caution personne physique avertie peut seulement prétendre au bénéfice du principe légal de proportionnalité depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 (Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-11.657, inédit). Cette position est éminemment contestable en ce qu'elle s'inscrit en totale contradiction avec la volonté du législateur et fait coexister deux régimes juridiques radicalement opposés en droit positif à l'égard de certaines cautions personnes physiques. On ne peut qu'encourager la Cour de cassation à faire un effort d'harmonisation et à adopter une ligne jurisprudentielle conforme aux textes en vigueur pour les cautionnements souscrits avant le 7 août 2003.

150 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde à l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

151 *Loc. cit.*

couramment cautionnées par leur dirigeant, il serait également nécessaire de réformer le droit des entreprises en difficulté afin d'encourager utilement les dirigeants-cautions à se tourner vers les procédures les plus favorables à la relance économique. La sauvegarde des entreprises passant par la protection des intérêts personnels des dirigeants, le droit des entreprises en difficulté prit en considération le sort des cautions dirigeantes afin de promouvoir l'anticipation des difficultés auprès des TPE et PME.

Cependant, à trop promouvoir la création et la sauvegarde d'entreprises auprès de dirigeants ne disposant pas des compétences nécessaires pour gérer une société et pour mesurer les risques de l'opération dans laquelle ils s'engageaient personnellement, le législateur a finalement aggravé leur situation économique et sociale. Manifestement conscient des bêtises du passé, les récentes réformes législatives ont ainsi pour *leitmotiv* d'offrir aux cautions dirigeantes des solutions ou des modes d'accompagnement pour les aider à rebondir en tant qu'acteur économique¹⁵². Et quel meilleur outil que le droit de la consommation pour permettre aux cautions dirigeantes de se rétablir personnellement¹⁵³? Contraint par le contexte économique et les incidences des réformes précédemment entreprises, le législateur se serait ainsi résigné à appliquer aux cautions dirigeantes le célèbre « *droit de ne pas payer ses dettes* »¹⁵⁴ du Doyen Ripert.

« *L'évolution politique, économique et sociale [du siècle précédent] amena à considérer que l'intérêt de l'entreprise et sa nécessaire sauvegarde devaient prendre le pas sur celui, privé, des créanciers* »¹⁵⁵. Le XXI^e siècle amène déjà à considérer que l'intérêt de la caution dirigeante et sa nécessaire sauvegarde doivent prendre le pas sur celui, privé, des créanciers (partie 2).

152 L'objectif prioritaire du législateur n'est plus de prévenir les difficultés des entreprises le plus tôt possible mais, comme l'a clairement expliqué la garde des Sceaux lors de la 9^e édition des « Entreprises de la sauvegarde » le 27 janvier 2014, d'accompagner le chef d'entreprise et de prévenir les difficultés économiques et psychologiques qu'il peut rencontrer : « *Nous avons conscience des réalités humaines qui se trouvent derrière les difficultés des entreprises. (...) Ce qui compte pour nous c'est de repérer assez rapidement ses difficultés et de lui soumettre une palette de solutions ou de modes d'accompagnement qui peuvent l'aider à trouver la meilleure réponse à la situation de son entreprise et si la meilleure réponse est la liquidation éventuelle de cette entreprise, l'aider lui-même à rebondir en tant qu'acteur économique donc à se créer une nouvelle activité* ».

153 Si le législateur du 1^{er} août 2003 avait choisi d'exclure expressément les cautions dirigeantes de droit ou de fait des dispositifs relatifs au surendettement des particuliers, celui du 4 août 2008 avait eut le courage (ou peut-être l'obligation ?) d'avouer que les cautions dirigeantes étaient devenues de simples particuliers surendettés pouvant bénéficier de tous les dispositifs caractéristiques du droit de la consommation.

154 G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH*, 1936, chron. 57.

155 M.-J. CAMPANA, « Le cautionnement et l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 25 nov. 1986, p. 717.

Première partie

LA CAUTION DIRIGEANTE : DE LA CAUTION PRÉSUMÉE AVERTIE AU *QUIDAM* DU DROIT DU CAUTIONNEMENT

21. – Plan. *« Les parties au contrat de cautionnement doivent donner un consentement libre et éclairé. Cette exigence est spécialement prévue à l'égard des cautions à l'article 2292 du Code civil qui prévoit que le consentement doit être exprès, c'est-à-dire exprimé et non tacite. Il existe cependant d'autres mécanismes protecteurs des intérêts de la caution émanant toujours du droit commun des obligations, d'origine textuelle comme l'erreur, le dol ou la violence, mais aussi jurisprudentielle avec le devoir de mise en garde. »*¹⁵⁶

S'agissant des mécanismes protecteurs des intérêts de la caution émanant des textes du droit commun des obligations, la jurisprudence estimait que le consentement des cautions dirigeantes pouvait difficilement avoir été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. Les dirigeants étaient, en effet, autrefois considérés comme des cautions particulièrement informées de la situation du débiteur, de la portée de leur engagement ou encore des dangers de l'opération garantie au regard de leur implication ou de leur intérêt aux affaires du débiteur principal¹⁵⁷. Celles-ci ne pouvaient dès lors qu'exceptionnellement bénéficier des dispositions du droit commun des obligations réservées aux *quidam* du droit du cautionnement et obtenir la

¹⁵⁶ Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 53, p. 49.

¹⁵⁷ Les développements suivants établiront que les dirigeantes cautions étaient autrefois présumées avoir parfaitement connaissance de la situation financière de la société qu'elles dirigeaient lorsqu'elles consentaient au contrat de cautionnement.

nullité de leur engagement sur de tels fondements¹⁵⁸ (titre 1).

S'agissant des mécanismes du droit commun des obligations institués par la jurisprudence pour protéger les intérêts de la caution, le dirigeant était *in abstracto* exclu d'un droit à l'information précontractuelle et pouvait seulement bénéficier des obligations d'information imposées par le législateur pendant l'exécution du contrat de cautionnement. La jurisprudence ayant procédé à une catégorisation des cautions pour ériger un droit à l'information précontractuelle des cautions, elle estimait que si les créanciers bénéficiaires d'un cautionnement avaient l'obligation d'informer leurs cocontractants sur les risques de l'opération envisagée, cette obligation ne valait que pour les contrats conclus entre les professionnels du crédit et les cautions non-averties¹⁵⁹ (titre 2).

Cependant, sous l'impulsion du législateur qui intervint à plusieurs reprises pour rétablir un équilibre entre les parties pendant l'exécution du contrat de cautionnement¹⁶⁰, la jurisprudence admit progressivement que « *dans ses rapports avec le banquier-créancier, la caution ne fait que souscrire un contrat d'adhésion* »¹⁶¹ et, qu'à ce titre, la caution dirigeante est également en droit de se prévaloir des mécanismes du droit commun des obligations, d'origine textuelle ou jurisprudentielle, pour assurer la protection de son consentement¹⁶².

158 Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-14.388 et n° 91-16.075 : *Bull. civ.* IV, n° 404 ; *JCP G* 1994, 106 – Cass. com., 20 oct. 1992, n° 89-20.704, inédit : *Banque et droit*, janv.-févr. 1993, p. 32.

159 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n°s 419-421, p. 136-137.

160 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 151, p. 113.

161 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 28, p. 37.

162 Les mécanismes protecteurs des intérêts de la caution émanant du droit du cautionnement n'offrent manifestement pas une protection satisfaisante aux cautions dirigeantes. En effet, même si l'article 2292 du Code civil s'applique indistinctement à toutes les cautions – disposant que « *le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* » – force est de reconnaître que ce texte n'a jamais joué son rôle et que l'acceptation tacite de la caution dirigeante et l'extension de son cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il avait été contracté étaient admises par la jurisprudence jusqu'à de récentes interventions législatives ; d'où la nécessité pratique de s'interroger sur un éventuel cumul de cette protection des intérêts de la caution avec celles de droit commun des obligations.

Titre 1

LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DE LA CAUTION DIRIGEANTE

22. – Plan. *« C'est grâce à la théorie des vices du consentement que les cautions sont aujourd'hui principalement protégées. Le droit du cautionnement apparaît même comme l'un des domaines d'application privilégiés de la théorie. C'est même souvent le cautionnement qui est à l'origine des principales évolutions concernant l'erreur ou le dol. »*¹⁶³

L'erreur constitue un vice du consentement, au sens de l'article 1110 du Code civil, lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet¹⁶⁴. En droit du cautionnement, la notion de « substance » ne concerne pas la matière qui compose la chose, l'objet de l'obligation unique n'étant pas palpable¹⁶⁵. La substance est ainsi caractérisée par les qualités essentielles du contrat, celles ayant déterminé le consentement de la caution. Si la jurisprudence continue d'exclure l'erreur sur la durée ou le montant cautionné¹⁶⁶ – qui équivalent à une erreur sur la valeur – elle admet en revanche, depuis un arrêt de principe du 25 mai 1964, qu'une caution peut

163 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 98, p. 80. Si la théorie des vices du consentement – dol, erreur et plus rarement violence – était auparavant les fondements protégeant le plus favorablement le consentement des cautions, le Professeur Legeais observait que « la loi du 1^{er} août 2003 pourrait être une cause de reflux de la théorie des vices du consentement. En effet, il sera difficile à la caution de prétendre qu'elle a été trompée alors même qu'à peine de nullité, elle aura rédigé une mention manuscrite précisant l'étendue de son engagement. Cependant, cette évolution contemporaine du droit des contrats conduit à une prédiction opposée. L'information du contractant par le créancier sur la portée de son engagement est devenue un élément essentiel. Dès lors, on peut penser que la caution va en réalité continuer à pouvoir bénéficier d'un cumul des protections ».

164 Selon une jurisprudence constante depuis le début du XX^e siècle, « l'erreur sur la substance s'entend non seulement de celle qui porte sur la matière même dont la chose est composée, mais aussi et plus généralement de celle qui a trait aux qualités substantielles en considération desquelles les parties ont contracté » (Cass. civ., 28 janv. 1913 : S. 1913, I, p. 487).

165 Selon la conception *objective* de l'erreur, soutenue par une partie de la doctrine, la « substance » est la matière qui compose matériellement l'objet du contrat. Cette conception de la substance ne peut cependant pas être retenue pour le contrat de cautionnement dans la mesure où aucune matière palpable ne compose l'objet du contrat. La jurisprudence favorise d'ailleurs, depuis le début du XX^e siècle, la théorie *subjective* de l'erreur (Cass. civ., 28 janv. 1913 : S. 1913, I, p. 487).

166 Cass. com., 16 févr. 1982, n° 80-13.901 : *Bull. civ.* IV, n° 61.

commettre une erreur substantielle sur l'obligation contractée¹⁶⁷.

*« Le dol est un fondement plus fréquemment évoqué par les cautions que l'erreur, dès lors que les conditions requises par l'article 1116 du Code civil sont constatées. Il en est ainsi lorsque les cautions considèrent qu'elles ont été insuffisamment informées et que des manoeuvres ont révélé l'intention de tromper. À titre d'exemple, un établissement de crédit commet un tel vice du consentement à l'égard d'une caution quand il obtient l'engagement de cette dernière tout en dissimulant la situation irrémédiablement compromise du débiteur principal. De même est constitutif d'un dol le fait pour le créancier de mettre un terme au concours qu'il s'était engagé à maintenir après l'obtention du cautionnement alors qu'aucun élément nouveau ne s'est produit dans les relations de la banque avec la société caution. »*¹⁶⁸

Traditionnellement, la jurisprudence considérait que les dirigeants étaient particulièrement mal fondés à solliciter l'annulation du cautionnement sur le fondement d'une erreur ou d'un dol dans la mesure où ils étaient réputés être les contractants les mieux informés de la situation du débiteur principal et de la nature de leur engagement¹⁶⁹. Cette solution subissait néanmoins un tempérament lorsque les cautions dirigeantes démontraient, qu'en raison de circonstances exceptionnelles, elles avaient commis une erreur sur la substance de leur engagement ou qu'elles avaient été trompées sur la situation de leur société¹⁷⁰. Il convient d'apprécier si cette jurisprudence a évolué à l'égard des cautions dirigeantes et si celles-ci peuvent désormais se prévaloir de ces mécanismes protégeant autrefois le seul consentement des *quidam* du droit du cautionnement (chapitre 1).

« La violence est encore plus rarement admise que les deux précédents vices du consentement. (...) Concernant les dirigeants-cautions, s'ils sont fréquemment obligés, de facto, de garantir les dettes de leur entreprise, ils ne sauraient obtenir l'annulation de leur engagement pour violence, car la Cour de cassation refuse d'assimiler "la pression des circonstances

167 Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1964 : *Bull. civ.* I, n° 269. La Cour de cassation avait tenu à spécifier que l'erreur invoquée par les cautions ne portait pas sur les conséquences du cautionnement mais sur la substance même de l'engagement. Ce raisonnement avait certes le mérite d'annuler le contrat de cautionnement sur le fondement de l'erreur sur la substance mais il n'en restait pas moins discutable. Affirmer que le consentement des cautions était erroné car ils pensaient apporter « une simple garantie morale sans risque pour leur patrimoine » revenait, en effet, à dire qu'ils avaient commis une erreur sur les conséquences de leur engagement.

168 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 60, p. 52.

169 Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-14.388 et n° 91-16.075 : *Bull. civ.* IV, n° 404 ; *JCP G* 1994, 106 – Cass. com., 20 oct. 1992, n° 89-20.704, inédit : *Banque et droit*, janv.-févr. 1993, p. 32.

170 Cass. com., 28 mai 2002, n° 98-20.212, inédit : *Bull. Joly* 2002, p. 1039, obs. J. Devèze.

économiques" qu'ils subissent à une violence au sens juridique du terme »¹⁷¹. De récentes décisions tendent cependant à démontrer que cette sévérité jurisprudentielle n'est plus réservée aux seules cautions dirigeantes et que les contractants qui ne sont pas intégrés aux affaires du débiteur principal rencontrent les mêmes difficultés pour se prévaloir d'un vice de violence¹⁷². Ainsi, le vice de violence n'affecterait qu'exceptionnellement le contrat de cautionnement¹⁷³ et l'extorsion du consentement d'une caution (dirigeante ou non) ne pourrait être retenue que lorsque le créancier lui a fait perdre tout libre arbitre pour la cause subjective de son engagement (chapitre 2).

171 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 259, p. 82.

172 Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-17.954, inédit.

173 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 63, p. 54.

CHAPITRE 1. LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE SE RENSEIGNER DANS LA THÉORIE DU DOL ET DE L'ERREUR SUBSTANTIELLE

23. – Plan. Dans un arrêt de principe du 25 mai 1964¹⁷⁴, la Cour de cassation considéra qu'un couple d'agriculteurs illettrés, pensant donner une simple garantie morale sans incidence sur leur patrimoine personnel, avaient commis une méprise sur la substance de leur engagement¹⁷⁵. La première Chambre civile de la Cour de cassation avait adopté une position clémente à l'égard de ces cautions qui avaient accepté de garantir la dette d'autrui sans que le contrat de cautionnement ne leur soit préalablement lu. La Cour de cassation annula le cautionnement litigieux sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, estimant que « *la méprise invoquée avait porté non sur les conséquences, mais sur la substance de l'engagement et que l'erreur en résultant avait été le motif principal et déterminant de l'obligation contractée* ». La Cour de cassation avait pratiquement considéré qu'il s'agissait là d'une erreur-obstacle, proche de l'absence de consentement. À l'occasion de décisions ultérieures, la jurisprudence réitéra parfois cette cause de nullité, admettant que l'engagement d'une caution pouvait être annulé lorsque celle-ci n'avait pas été en mesure de comprendre la nature de son engagement en raison des indications du créancier qui lui assurait

174 Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1964 : *Bull. civ. I*, n° 269. Les cautions, non dirigeantes et béotiennes, pensaient que cet « *engagement moral* » n'aurait aucune incidence sur leur patrimoine personnel. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait tenu à spécifier que la méprise invoquée ne portait pas sur les conséquences du cautionnement mais sur la substance même de l'engagement. Ce raisonnement avait certes le mérite d'aboutir sur l'annulation du contrat de cautionnement sur le fondement de l'erreur sur la substance mais il n'en restait pas moins discutable. En effet, affirmer que le consentement des cautions était erroné car celles-ci pensaient apporter « *une simple garantie morale sans risque pour leur patrimoine* » revenait finalement à dire qu'elles avaient commis une erreur sur les conséquences de leur engagement.

175 La jurisprudence refusa par la suite de tenir compte de la méconnaissance du monde des affaires dans le milieu rural qui avait pourtant été évoquée dans l'arrêt de 1964, affirmant que « *le cautionnement est maintenant d'un usage courant chez les agriculteurs en raison du développement des prêts bancaires* » (Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1980, inédit) – Paris, 1^{er} ch., 9 avr. 1992 : *JurisData* n° 1992-021195 : « *Le fait de se porter caution relève d'une pure initiative prise par celui qui s'engage et ne répond à la pression d'aucune nécessité ou contrainte actuelle obligeant celui-ci vis-à-vis du prêteur bénéficiaire de son engagement. La simplicité du jeu du cautionnement étant à la portée de toute intelligence moyenne et la notion même de caution se retrouvant dans la pratique de nombreuses sociétés humaines, fussent-elles éloignées de la nôtre dans le temps ou dans l'espace, la caution est mal fondée à vouloir exciper de son ignorance* ».

« qu'elle n'avait rien à craindre, qu'elle ne s'engageait à rien et que c'était une formalité nécessaire »¹⁷⁶. La Cour de cassation procédait également à l'annulation du contrat lorsque la caution ne maîtrisait pas suffisamment la langue française pour comprendre la portée de son engagement¹⁷⁷.

Cependant, dans le cadre d'une telle erreur-obstacle, la grande majorité des demandes en nullité étaient rejetées, notamment celles émanant des cautions dirigeantes. Les juges du fond avaient par exemple débouté une caution dirigeante de nationalité étrangère qui prétendait ne pas être suffisamment intégrée dans la culture française pour connaître le mécanisme juridique français du cautionnement. La cour d'appel de Rennes refusa cet argument, validant le cautionnement au motif qu'il appartenait à la caution, qui ne pouvait légitimement croire que la banque n'exigeait qu'une simple garantie morale, de combler lui-même ses lacunes et de « s'enquérir de la portée réelle de son engagement »¹⁷⁸. Les juges du fond transposaient en réalité au contrat de cautionnement la solution selon laquelle « on ne peut pas se prévaloir d'une erreur que sa négligence rend inexcusable »¹⁷⁹. La cour d'appel de Riom¹⁸⁰ avait, elle aussi, refusé d'annuler un contrat de cautionnement au motif que les cautions, inaptes à gérer leur entreprise, étaient néanmoins en mesure de comprendre la nature de leur engagement grâce à leur qualité respective d'associé et de dirigeant. Cet arrêt était très révélateur de la position alors retenue à l'égard des cautions dirigeantes : il convient de ne pas confondre incompétence professionnelle et ignorance intellectuelle¹⁸¹.

Afin d'éviter une épidémie de nullités fondées sur l'erreur sur la nature de l'engagement¹⁸², la jurisprudence fit ainsi savoir que la nullité du contrat de

176 Nancy, 2^e ch., 4 nov. 1996 : *JurisData* n° 1996-056169.

177 Orléans, 2^e ch. civ., 3 sept. 1996 : *JurisData* n° 1996-055637 – Paris, 15^e ch. A, 8 juin 1999, *JurisData* n° 1999-023363 : La caution était un réfugié cambodgien d'une vingtaine d'années, arrivé en France depuis seulement trois ans au jour de la conclusion du contrat. Il ne maîtrisait pas suffisamment la langue française et ne détenait aucune connaissance lui permettant de comprendre la portée de son engagement.

178 Rennes, 1^{re} ch., 18 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-049999.

179 R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2014, n° 62, p. 60.

180 Riom, ch. com., 7 mai 2008 : *JurisData* n° 2008-366899.

181 L'erreur sur la nature de l'engagement peut être invoquée par une caution qui ne sait légitimement pas ce qu'est un contrat de cautionnement et qui commet une erreur excusable mais ne peut pas être invoquée par une caution dirigeante, apte à comprendre la nature de son engagement mais incapable de gérer son entreprise. Être un mauvais dirigeant ne signifie pas être une caution ignorante !

182 Si elles n'émanaient pas de circonstances exceptionnelles quasiment constitutives d'une erreur-obstacle, de telles solutions seraient dangereusement transposables aux cautionnements consentis par les dirigeants en garantie des dettes de leur société. En effet, il suffirait à ceux-ci d'expliquer qu'ils pensaient apporter une simple garantie morale au créancier – sans avoir eu l'intention de prendre un risque pour leur patrimoine personnel – pour être libérés de leurs engagements. La caution dirigeante pourrait arguer que cet

cautionnement ne pouvait être prononcée que dans des circonstances particulières (paysans illettrés, réfugiés étrangers) et qu'elle ne donnerait pas lieu à une admission systématique. Les seules erreurs véritablement admises en jurisprudence concernent ainsi une représentation erronée de la solvabilité du débiteur principal (section 1) ou une méprise sur les promesses faites par le créancier et en considération desquelles le contrat a été conclu par la caution (section 2).

Si la jurisprudence tient peu compte de la qualité de la caution dans le cadre d'une erreur sur la contrepartie promise par le créancier – s'agissant d'une erreur sur la cause ou sur l'objet de l'engagement –, il sera démontré que l'erreur sur la solvabilité de la société cautionnée crée une véritable fracture entre les cautions détenant les moyens de s'informer sur la situation financière du débiteur principal et les cautions qui n'étaient pas en mesure de s'enquérir des informations sur la substance de leur engagement. La caution dirigeante, comme n'importe quelle autre caution susceptible de s'informer, devra ainsi légitimer son erreur et prouver qu'elle n'était pas en mesure de connaître la situation financière de sa société en raison de circonstances exceptionnelles. L'erreur ainsi commise par la caution dirigeante étant très rarement excusée par la jurisprudence, il est permis de se demander si la faute du créancier ayant provoqué une représentation erronée de la situation est éventuellement de nature à excuser l'erreur de la caution.

Section 1. L'erreur sur la solvabilité d'une société cautionnée par son dirigeant

24. – Plan. L'erreur sur la nature de l'engagement et l'erreur sur la personne¹⁸³ étant écartées en raison de leur fictivité en droit du

engagement n'avait été conclu que sur la demande insistante du créancier qui lui assurait qu'il ne s'agissait là que d'une simple formalité en vue d'obtenir le prêt sollicité par la société.

¹⁸³ L'erreur porte sur la personne du cocontractant lorsque le contrat est formé en considération de celle-ci. Cependant, ce type d'erreur, présent dans les contrats intuitu personæ, intéresse marginalement le droit du cautionnement. À l'image du contrat de prêt, le cautionnement est effectivement un contrat qui prend en considération la personne qui s'engage (du moins à l'égard du créancier). La prise en considération de la personne de la caution et de certaines de ses qualités – faisant du cautionnement un contrat intuitu personæ – est induite par l'article 2295 du Code civil : « *Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter et qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation* ». Cela étant, cette cause de nullité ne se voit jamais en pratique puisque le créancier n'a aucun intérêt à faire annuler le cautionnement et parce que la caution ne peut se prévaloir de règles protégeant le consentement du créancier pour se soustraire à son engagement (Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1988, n° 86-18.264 : *Bull. civ. I*, n° 173). L'erreur sur la personne du créancier viciant le consentement de la

cautionnement, seules l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal et l'erreur sur la contrepartie promise par le créancier seront approfondies sur le sujet du cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société¹⁸⁴.

En matière d'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, la caution dirigeante doit démontrer qu'elle ne connaissait pas la réelle situation de son entreprise et qu'elle s'est engagée dans la croyance légitime que celle-ci pourrait rembourser seule les dettes contractées. Toutes les cautions, y compris les cautions dirigeantes, souhaitant invoquer ce vice du consentement pour obtenir la nullité du cautionnement doivent, dans un premier temps, conformément à l'article 1110 du Code civil, démontrer qu'elles ont commis une erreur déterminante sur la substance de leur engagement (§1). En sus de cette démonstration, tout contractant souhaitant invoquer ce vice du consentement doit également prouver que l'erreur dont il se prévaut n'a pas été rendue inexcusable par sa négligence¹⁸⁵. À l'égard des cautions dirigeantes, on pressent d'ores et déjà que cette seconde démonstration s'avèrera plus complexe dans la mesure où les fonctions exercées par celle-ci dans la société cautionnée lui permettent *a priori* d'en connaître les données de solvabilité et les capacités de remboursement. Pourtant, la jurisprudence refuse désormais de subordonner le caractère averti des cautions à la seule qualité de dirigeant. De récentes décisions rendues par la Cour de cassation permettent d'affirmer que cette présomption de connaissance ne concerne plus seulement les cautions dirigeantes et s'applique à toutes les cautions qui détiennent les moyens de s'informer sur la solvabilité du débiteur principal. L'ensemble des cautions capables de

caution ne peut, quant à elle, être retenue puisque l'identité du créancier n'est pas un élément essentiel ayant déterminé son engagement. Il est, en revanche, envisageable que la caution invoque une erreur sur la personne du débiteur principal pour obtenir la nullité du contrat. Les juges du fond ont déjà admis une telle erreur sur la personne ayant vicié le consentement de parents qui pensaient cautionner leur fils alors qu'ils cautionnaient en réalité une société dans laquelle leur fils était associé minoritaire (Pau, 5 juill. 1988 : *Cah. jurispr. Aquitaine* 1988, p. 2184). Cependant, il est difficilement concevable qu'une caution dirigeante puisse invoquer une telle erreur sur la personne puisque le débiteur principal est justement la société qu'il dirige.

184 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n^{os} 324 à 337, p. 225-236 : Les auteurs traitent successivement de l'erreur sur la nature de l'engagement, l'erreur sur la solvabilité, l'erreur sur la cause, l'erreur sur la personne et l'erreur sur la fourniture d'autres sûretés. L'erreur sur la nature de l'engagement et l'erreur sur la personne sont écartées en raison de leur rare admission en droit du cautionnement. Seules l'erreur sur la solvabilité et l'erreur sur la contrepartie promise par le créancier (l'erreur sur la cause et l'erreur sur la fourniture ou le rang d'autres sûretés) devront être approfondies sur le sujet du cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société.

185 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 13^e éd., coll. Domat Droit privé, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2012, n^o 83, p. 67.

« s'enquérir de la portée réelle de leur engagement »¹⁸⁶ sont ainsi soumises à l'obligation de légitimer leur ignorance par l'existence de circonstances exceptionnelles. Circonstances tellement exceptionnelles qu'elles coïncident *in fine* avec le fait fautif d'un tiers, plus précisément, avec le dol du créancier (§2).

§ 1 : Le caractère déterminant de l'erreur sur la solvabilité

25. – Plan. L'erreur ne constitue un vice du consentement, au sens de l'article 1110 du Code civil, que si elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet¹⁸⁷. En matière de cautionnement, la substance ne concerne pas la matière qui compose la chose mais elle est caractérisée par les qualités essentielles du contrat, qualités en vertu desquelles la caution a accepté de s'engager. Si les cautions dirigeantes sont susceptibles de se prévaloir d'une erreur sur la substance, elles doivent toutefois démontrer que la solvabilité de leur société constitue l'une de ces qualités substantielles (I).

*« Il est aujourd'hui admis de façon certaine que l'erreur n'emporte la nullité du contrat que si elle a été déterminante du consentement du demandeur. Autrement dit, le contractant victime doit établir que s'il n'avait pas commis cette erreur, il n'aurait pas conclu le contrat, ou à tout le moins, qu'il l'aurait conclu à des conditions différentes. À défaut, il ne sera pas possible de dire que son consentement s'est trouvé vicié. »*¹⁸⁸ Contrairement à l'erreur sur la personne – pour laquelle l'article 1110, alinéa 2, du Code civil conditionne expressément la nullité du contrat à la démonstration du caractère déterminant de cette erreur –, aucun texte n'impose au contractant souhaitant se prévaloir d'une erreur sur la substance d'opérer une démonstration du caractère déterminant de celle-ci. Cette condition fut cependant posée par la jurisprudence qui précisa, dès le début du XIX^e siècle, que *« l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance même de la chose, lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté »*¹⁸⁹.

Depuis lors, la caution qui entend faire valoir une erreur sur la substance doit

¹⁸⁶ Rennes, 1^{re} ch., 18 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-049999.

¹⁸⁷ « L'erreur sur la substance s'entend non seulement de celle qui porte sur la matière même dont la chose est composée, mais aussi et plus généralement de celle qui a trait aux qualités substantielles en considération desquelles les parties ont contracté. » (Cass. civ., 28 janv. 1913, *S.* 1913, I, p. 487).

¹⁸⁸ J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2006, n° 121.

¹⁸⁹ Cass. civ. 28 janv. 1913 : *S.* 1913, I, p. 487.

démontrer que cet élément a été décisif dans son choix de contracter et qu'elle n'aurait jamais consenti si elle avait connu la réelle substance de son engagement¹⁹⁰. Une telle démonstration a nécessité plus ou moins d'effort selon les positions successivement retenues par la jurisprudence. Les développements suivants démontreront que la preuve de ce caractère déterminant doit désormais *a minima* se faire à l'appui d'une condition tacite contenue dans le contrat de cautionnement (II).

I – La solvabilité de la société garantie : un aléa susceptible de chasser l'erreur

26. – L'erreur sur l'existence d'un aléa dans le contrat de cautionnement. Pour comprendre la notion de « substance » en droit du cautionnement, il convient d'observer l'objet de l'obligation unique. La caution accepte de garantir les dettes d'une tierce personne (obligation de couverture) et s'engage à les honorer en cas de défaillance de la personne cautionnée (obligation de règlement)¹⁹¹. Lorsqu'elle conclut un tel contrat, la caution souhaite simplement adopter « *une conduite propre à faire naître la confiance du créancier* »¹⁹². Une caution accepte généralement de garantir les dettes d'autrui parce qu'elle connaît la situation du débiteur principal et qu'il est en mesure d'évaluer le probable recours à son patrimoine personnel en cas de défaillance de celui-ci. Sans cette éventualité favorable de ne pas honorer les dettes qui incombent normalement au débiteur principal, la caution ne s'engagerait probablement pas. Le contrat de cautionnement est ainsi caractérisé par cette part d'aléa. Sans elle, la nature même du contrat de cautionnement du contrat pourrait être contredite¹⁹³. Ainsi, en matière de

190 Les juges du fond – puisqu'il s'agit d'une appréciation factuelle – doivent apprécier en quoi l'erreur invoquée était déterminante pour la caution au jour de son engagement. Ils n'usent cependant pas des mêmes exigences probatoires à l'égard d'une caution qui invoque une erreur sur la solvabilité du débiteur principal ou d'une caution qui invoque une erreur sur la contrepartie promise par le créancier. En raison du rôle actif joué par le créancier dans ces types d'erreurs sur la substance, il est en effet plus difficile pour le créancier d'affirmer qu'il n'avait pas connaissance de ce caractère déterminant pour la caution. En revanche, la solvabilité de la société cautionnée n'est pas naturellement considérée comme un élément déterminant pour la caution dirigeante qui est censée connaître la solvabilité de son entreprise et qui n'a dès lors aucune raison d'en faire une condition de son engagement. Le dirigeant devra donc prouver qu'il avait entendu faire de cet élément une condition déterminante de son engagement.

191 Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du contrat de cautionnement*, préf. Michel Cabrillac, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairies techniques, 1979, spéc. n^{os} 324 à 364, p. 427 à 464.

192 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n^o 102, p. 81.

193 Il existe des contrats de prêt prévoyant spécifiquement la pluralité d'emprunteurs ou des

cautionnement, l'erreur sur la substance consiste en une erreur d'appréciation sur la situation financière du débiteur principal et sur sa capacité à honorer les dettes garanties.

Cette erreur sur la substance est cependant délicate à prouver en pratique puisque l'objet même du contrat de cautionnement est de garantir un risque d'insolvabilité. Dès lors, pour obtenir la nullité du contrat sur le fondement de ce vice du consentement, la caution ne doit pas se contenter de démontrer que le débiteur principal était dans une situation financière morose ou compromise au jour de la conclusion de la garantie. En effet, si le créancier exige un cautionnement, il peut être communément admis que le débiteur principal présentait déjà un risque pour le créancier et que ce dernier entendait se protéger contre cette éventuelle insolvabilité. La caution doit donc démontrer que si elle a effectivement pris le risque d'aider un débiteur en difficulté, elle n'a jamais eu l'intention de s'engager pour une personne dont « *la situation financière était déjà irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée* »¹⁹⁴ au jour de la conclusion du cautionnement. Cette formule jurisprudentielle explique dans quelles situations il est possible de dire que l'état de solvabilité de la société ne présentait aucun caractère aléatoire au jour de la conclusion du contrat de cautionnement. La part d'aléa, requise dans tout contrat de cautionnement, n'existe manifestement pas au jour de la conclusion du contrat lorsque la santé financière du débiteur principal était déjà définitivement incurable ou lorsqu'il n'existait aucune chance de guérison et que la cessation des paiements était imminente ou déjà avérée. En d'autres termes, la caution devra prouver que l'aléa qui caractérise le contrat de cautionnement et qui constitue la qualité essentielle de son engagement n'existait pas au jour de la conclusion du contrat puisque l'insolvabilité du débiteur était déjà avérée et irrémédiable.

27. – La présomption d'aléa dans le cautionnement consenti par un dirigeant. La preuve de l'absence d'aléa dans le contrat de cautionnement relève d'une délicate démonstration pour les cautions dirigeantes. En effet, le

contrats ayant pour objet le changement de débiteur (novation par changement de débiteur ou encore cession de créance).

194 Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511 : *Bull. civ.* I, n° 114 ; *JCP G* 2003, II 10144, note R. Desgorges ; *RJDA* 2003/12, p. 124. Lorsqu'une situation financière est lourdement obérée, le débiteur est endetté au point de compromettre gravement sa viabilité et de ne pas pouvoir faire face à son passif exigible avec son actif disponible (risque certain de cessation des paiements).

dirigeant d'une société accepte de se porter caution des dettes de sa société afin d'obtenir le financement sollicité pour les besoins de son entreprise. La logique impose que cet aléa existe au jour de la conclusion de la garantie et que le dirigeant cautionne sa société en pensant que cette dernière pourra elle-même répondre des dettes contractées. Si le dirigeant avait su avec certitude, au jour de la conclusion du cautionnement, que sa société ne serait pas en mesure d'honorer ces dettes, il n'aurait certainement pas consenti à l'acte, à moins d'adopter un comportement irrationnel.

La caution dirigeante s'engage donc parce qu'elle estime qu'il existe à son profit une éventualité favorable de ne pas régler les dettes de la société avec ses deniers personnels. Cette présomption est envisageable car le dirigeant est en principe la caution la plus compétente pour opérer cette évaluation et parce qu'elle est censée cautionner en parfaite connaissance de cause. En témoigne un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 5 novembre 2003¹⁹⁵, retenant que la caution était présumée détenir toutes les informations nécessaires pour consentir en parfaite connaissance de cause eu égard à ses fonctions de président du conseil d'administration et d'actionnaire majoritaire de la société cautionnée. En tant que dirigeant, il disposait de toutes les informations nécessaires pour évaluer les capacités de remboursement de sa société et le risque de recours à son patrimoine personnel. Si le dirigeant est présumé capable d'évaluer ce risque et qu'il s'engage en parfaite connaissance, il est possible de déduire l'existence d'un aléa dans le contrat de cautionnement de sa seule signature. Sans la présence de cet aléa et d'une éventualité favorable, le dirigeant ne se serait pas raisonnablement engager. C'est la cohérence que l'on attend du comportement de la caution dirigeante¹⁹⁶ qui fait présumer l'existence d'un

195 Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-11.238, inédit.

196 Au-delà de la cohérence du comportement du dirigeant, il s'agit même, pour certains auteurs, d'un devoir de connaissance. Selon Jean-Pierre Legros et J.-J. Ansault (J.-P. LEGROS, ref. par J.-J. ANSAULT, « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in *J.-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2013, Fasc. 36-50, n° 44) : « dans certaines situations, le juge souligne même qu'ils doivent impérativement la connaître ; le tribunal de commerce de Paris n'a pas permis à un PDG d'invoquer une telle ignorance. Cela reviendrait à invoquer un comportement fautif "tant il est particulièrement grave pour un PDG de se désintéresser de la personne morale qu'il gère, au point de ne pas savoir dans quelle situation elle se trouve" (T. com. Paris, 14 févr. 1983 : *RJ com.* 1984, p. 305, note Ch. Mouly et Ph. Delebecque). La Cour de cassation estime, dans une affaire où un associé et son épouse s'étaient portés cautions, qu'ils "pouvaient et devaient, en vue d'un engagement aussi important et aussi grave, prendre tous les renseignements de nature à assurer la défense de leurs intérêts" (Cass. com., 16 févr. 1982, n° 80-13.901 : *Bull. civ.* IV, n° 61 ; *Banque* 1983, p. 99, note L. Martin). D'une manière générale, les juges n'acceptent pas la libération des cautions dès lors qu'elles avaient le moyen de s'informer. S'agissant en l'espèce des dirigeants eux-mêmes, l'on voit donc que les tribunaux sont peu enclins à leur donner satisfaction lorsqu'ils invoquent l'ignorance dans laquelle ils se trouvaient de la situation financière réelle de la société cautionnée,

« *aléa chassant l'erreur* »¹⁹⁷.

28. – Une présomption étendue à toutes les cautions capables de s'informer. La jurisprudence faisait jadis peser une présomption de connaissance de la solvabilité du débiteur principal – et l'existence corrélatrice d'un aléa dans le contrat de cautionnement – sur les seules cautions dirigeantes. À partir du moment où la caution exerçait pleinement ses fonctions de dirigeant, la jurisprudence admettait très rarement une erreur sur la solvabilité à son bénéfice. Cette rigueur n'est cependant plus réservée aux cautions dirigeantes et s'étend désormais à toutes les cautions capables de s'informer sur la solvabilité du débiteur principal eu égard à leurs fonctions, leurs compétences ou encore leur implication dans les affaires du débiteur principal.

La Cour de cassation estime en effet qu'un associé détenant la moitié du capital social est en mesure de se renseigner sur la situation de la société cautionnée et d'obtenir les informations lui permettant d'apprécier l'existence d'un aléa dans le contrat de cautionnement¹⁹⁸. Il en va de même s'agissant de la caution-associée et épouse du gérant ayant procuration sur le compte-courant de l'entreprise cautionnée. La Cour de cassation avait déduit de ces constatations de fait que cette caution avait une parfaite connaissance de la situation financière de la société débitrice ou, à tout le moins, avait la possibilité d'obtenir les renseignements nécessaires sur la situation de l'entreprise avant de s'engager¹⁹⁹. La même rigueur est également appliquée à l'égard de cautions, associées et parents du gérant qui, eu égard à la taille de la société et à leur participation dans celle-ci, pouvaient disposer de tous les renseignements utiles pour apprécier l'opportunité de leurs engagements²⁰⁰.

Par ailleurs, les proches du dirigeant, non associés de la société cautionnée, sont dans certaines situations soumis au même régime que le dirigeant lui-même et ne peuvent pas se prévaloir d'un vice du consentement. En refusant de reconnaître l'erreur commise par le père d'un dirigeant qui s'était porté caution pour la société de son fils au motif que celui-ci « *se trouvait*

ou du risque qu'ils encouraient en la garantissant (Cass. com., 10 oct. 1995, n° 93-11.374 : *Bull. civ.* IV, n° 223 – Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1985, n° 84-10.533 : *Bull. civ.* I, n° 98 – Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-14.388 et 91-16.075 : *Bull. civ.* IV, n° 404 – Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1990, n° 89-13.270 : *Bull. civ.* I, n° 242 ; *D.* 1991, p. 385, note L. Aynès.) »

197 Célèbre affaire du « *Verrou de Fragonard* » : Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, n° 85-15.736 : *Bull. civ.* I, n° 105.

198 Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-12.879, inédit : *RJDA* 8/2005, p. 895.

199 Cass. com., 1^{er} avr. 2003, n° 99-19.072, inédit.

200 Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-20.884, inédit.

certainement au courant de la situation de la société dont son fils était le gérant et en particulier de la situation du compte courant déjà fort débiteur »²⁰¹, la Chambre commerciale de la Cour de cassation manifesta son hostilité face à l'annulation des contrats de cautionnement sur le fondement d'une telle erreur²⁰². Elle démontra également que la qualité de dirigeant n'était plus le seul critère permettant de présumer que la caution était effectivement au courant de la solvabilité de l'entreprise cautionnée.

Désormais, l'erreur sur la solvabilité ne doit plus être appréciée *in abstracto* en tenant compte des fonctions exercées par la caution mais *in concreto* au regard des moyens effectifs dont celle-ci disposait pour connaître la situation financière du débiteur principal. En présumant que le père du dirigeant de la société cautionnée était « *certainement au courant* » de la situation de celle-ci, la Chambre commerciale indiqua que la présomption de connaissance ne s'appliquait plus aux seules cautions dirigeantes mais indistinctement à toutes les cautions ayant les moyens de s'informer sur la solvabilité du débiteur principal.

En poussant ce raisonnement à son paroxysme, la Cour de cassation estima même qu'un salarié qui s'était porté caution pour la société qui l'employait ne pouvait pas reprocher à la banque créancière de lui avoir caché que cette société était en état de cessation des paiements et de lui avoir laissé croire à la mise en place d'un montage financier destiné à sauver l'entreprise (et *in fine* sauvegarder son emploi) puisqu'il avait pris part aux discussions préalables et était ainsi nécessairement informé de la situation financière de la société débitrice²⁰³.

29. – Une présomption étendue à toutes les cautions ayant l'obligation de se renseigner. De récentes décisions rendues par la Cour de cassation refusent de restreindre la présomption de connaissance de la solvabilité de la société cautionnée aux seules cautions dirigeantes, créant ainsi une nouvelle catégorie de cautions : « les cautions capables de s'informer ». Le critère d'appréciation de l'insuffisance d'information va au-delà de la simple aptitude à comprendre l'état d'insolvabilité du débiteur principal et se situe

201 Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-11.810, inédit.

202 La Cour de cassation refuse généralement de reconnaître une telle erreur sur la solvabilité, soit en invoquant que la caution (dirigeante ou non) est en mesure de connaître la situation financière de la société, soit en déportant la problématique sur le terrain de la preuve du caractère déterminant de l'erreur (Cass. com., 28 juin 2011, n°10-15.412, inédit).

203 Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-11.996, inédit.

d'avantage dans la volonté de rechercher l'information.

Au regard des décisions précitées, les juges refusent de reconnaître un vice du consentement lorsque la caution ne s'est pas donnée les moyens de rechercher l'information alors qu'elle était en mesure de le faire. La Cour de cassation ne se contente ainsi plus d'évaluer la qualité de la caution (dirigeante ou non), mais elle s'intéresse désormais aux moyens effectifs dont disposaient les cautions pour se renseigner. Ce constat est évident avec la situation très particulière de la caution-salariée qui n'exerçait pas de fonctions de direction dans l'entreprise et qui n'avait peut-être pas toutes les compétences pour comprendre la réelle situation de la société qui l'employait ou son avenir proche²⁰⁴. La Cour de cassation avait pourtant considéré que cette caution aurait nécessairement dû comprendre que la société qu'elle garantissait (et qui l'employait) était dans une très mauvaise situation au regard du montage financier qui était mis en place, peu importe si ses compétences et le peu d'informations dont elle disposait ne lui permettaient pas de comprendre que l'opération cautionnée n'avait aucune chance de sauver l'entreprise²⁰⁵. Ce qui comptait pour la Cour de cassation, c'est que la caution-salariée avait nécessairement eu accès aux informations en participant aux discussions préalables au projet cautionné. De la même façon, l'épouse du gérant et associée de la société cautionnée se voyait reprocher de ne pas avoir recherché les renseignements sur la situation de l'entreprise alors qu'elle en avait la possibilité²⁰⁶. Les proches du dirigeant, non associés de la société cautionnée, étaient coupables de s'être engagés sans avoir recherché les données de solvabilité de la société alors que leur qualité « *d'hommes d'affaires avisés* »²⁰⁷ leur permettait de le faire. Enfin, une caution domiciliée à la même adresse que le débiteur principal s'était même vue reprocher son ignorance²⁰⁸.

En faisant peser une obligation de se renseigner sur toutes les cautions en mesure de le faire, la Cour de cassation entendait sanctionner leur incurie et leur paresse²⁰⁹. En raisonnant de la sorte, la Cour de cassation n'isole ainsi

204 Cass. com., 11 mai 1993, *op. cit.*

205 Les risques liés à l'opération cautionnée s'apprécient, non seulement au regard des bénéfices réalisés, mais également en tenant compte du chiffre d'affaires et des perspectives d'évolution envisagées par l'emprunteur (Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, n° 98-20.109, inédit).

206 Cass. com., 1^{er} avr. 2003, n° 99-19.072, inédit.

207 Cass. com., 3 janv. 1989, n° 86-13.557, inédit – Dijon, 1^{er} ch., 6 mai 1997 : *JurisData* n° 1997-041223 ; *RD bancaire et bourse* 1997, p. 241, obs. M. Contamine-Raynaud.

208 Paris, 15^e ch. B, 23 juin 2000, n° 1997/07725.

209 Si les cautions n'avaient pas pris la peine de se renseigner alors qu'elles étaient en mesure de le faire, elles ne pourraient pas se prévaloir d'une erreur sur la solvabilité du débiteur principal. *Nul ne peut se prévaloir de sa propre incurie*.

plus les cautions dirigeantes et les assimile aux autres cautions susceptibles d'avoir eu accès aux informations sur la solvabilité de l'entreprise cautionnée et capables de se rendre compte de l'absence d'aléa dans le contrat de cautionnement. Seules les cautions (dirigeantes ou non) effectivement ignorantes en raison de circonstances exceptionnelles sont ainsi en mesure d'invoquer ce vice du consentement.

II – La preuve du caractère déterminant de l'erreur sur la solvabilité

30. – Une jurisprudence initialement défavorable aux cautions dirigeantes. La Cour de cassation développa, dès 1964²¹⁰, une jurisprudence favorable aux cautions, estimant que c'était au créancier de prouver que la solvabilité du débiteur principal n'était pas un élément déterminant pour le consentement de son cocontractant, sans quoi elle prononçait la nullité de l'acte pour « *erreur sur le motif principal et déterminant de l'engagement* ». La Cour de cassation adoptait alors un comportement protecteur à l'égard des cautions, admettant très largement l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal et déduisant ce caractère déterminant de la nature même de l'engagement. La solvabilité du débiteur principal était présumée être un motif déterminant de l'engagement de la caution, sauf si le créancier pouvait démontrer que ce motif était indifférent pour elle. Pour preuve, une décision du 1^{er} mars 1972 par laquelle la première Chambre civile de la Cour de cassation, « *sans renverser la charge de la preuve* »²¹¹, décida que l'erreur sur la solvabilité était un motif principal et déterminant de l'engagement soumis à la signature de la caution et que, faute pour le créancier de réussir à prouver le contraire, le cautionnement devait être annulé pour vice de consentement. Ce n'était donc pas à la caution de prouver qu'elle avait fait de la situation financière du débiteur principal une condition essentielle de son engagement mais c'était au créancier qu'il incombait de prouver que la caution n'avait pas commis une erreur sur le motif principal et déterminant de son engagement.

Tandis que la Cour de cassation faisait preuve d'une grande indulgence à l'égard des cautions, elle refusait néanmoins d'appliquer le même régime

210 Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1964 : *Bull. civ. I*, n° 269.

211 Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1972, n° 70-10.313 : *Bull. civ. I*, n° 70 ; *D.* 1973, p. 133, note Ph. Malaurie.

probatoire aux cautions dirigeantes. En témoigne une décision rejetant le pourvoi formé par une caution qui avait joué un rôle prépondérant dans la gestion de la société garantie et qui dirigeait celle-ci de manière effective au jour de la conclusion du cautionnement²¹². Il était dès lors possible de distinguer deux régimes juridiques distincts en matière de cautionnement : à l'égard d'une caution non dirigeante, la jurisprudence présuait que la solvabilité de la personne cautionnée constituait une erreur sur le motif principal de son engagement et imposait au créancier de prouver que cette solvabilité n'était pas un élément déterminant pour la caution s'il comptait sauver le contrat de cautionnement ; à l'égard d'une caution dirigeante, elle ne niait pas que cette solvabilité puisse également constituer un élément déterminant de son engagement mais elle considérait que l'erreur fondée sur ce motif nécessitait avant tout une démonstration par le dirigeant de ce caractère déterminant. Selon elle, le dirigeant était présumé connaître la situation financière de son entreprise et n'avait par conséquent aucune raison évidente d'en faire une condition déterminante de son engagement. Si tel était néanmoins le cas, il incombait à la caution dirigeante d'en faire la démonstration.

31. – Un revirement exigeant la preuve d'une « erreur commune » pour toutes les cautions. Le 25 octobre 1977²¹³, la première Chambre civile de la Cour de cassation imposa à toutes les cautions qui souhaitaient se prévaloir d'une erreur sur la substance de prouver que la solvabilité du débiteur était une condition déterminante de leur engagement. Dans les faits, deux personnes étaient entrées dans le capital d'une société en mai 1967, s'étaient portées cautions en juillet 1967 des dettes contractées par l'entreprise qui avait finalement bénéficié d'une liquidation judiciaire quelques mois après. Tout laissait penser que les associés-cautions connaissaient les risques d'un tel acte et les difficultés rencontrées par la société mais ils ne connaissaient manifestement pas la situation irrémédiablement compromise de la société (société déjà en cessation des paiements), sans quoi ils n'auraient pas contracté le contrat de cautionnement. La Cour de cassation exigea que les cautions associées prouvent que la solvabilité du débiteur principal était une

212 Cass. com., 19 juin 1973, n° 72-10.387 : *Bull. civ. IV*, n° 214 : Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le recours aux vices du consentement était « *dénué de vraisemblance et contredit par les circonstances de la cause* ».

213 Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 1977, n° 76-11.441 : *Bull. civ. I*, n° 388.

condition déterminante de leur engagement²¹⁴. Toutes les cautions devaient dès lors prouver que la solvabilité du débiteur principal était la condition déterminante de leur engagement et que cette qualité substantielle était connue du créancier pour espérer obtenir la nullité du contrat de cautionnement sur ce fondement.

La première Chambre civile de la Cour de cassation rejeta ainsi le pourvoi formé par des cautions non dirigeantes aux motifs que « *les intéressés, cautions personnelles, ne peuvent être déliés de leur obligation contractuelle en raison de l'erreur sur la solvabilité que s'ils démontrent qu'ils avaient fait de cette circonstance la condition de leur engagement* »²¹⁵. En définitive, il importait peu que la caution ait véritablement commis une erreur sur la solvabilité du débiteur principal si elle n'était pas en mesure de prouver que cette solvabilité était une condition déterminante de son engagement et connue du créancier. La même rigueur était par conséquent appliquée à toutes les cautions qui devaient prouver qu'elles avaient fait de la solvabilité présente du débiteur cautionné une condition substantielle de leur engagement²¹⁶.

32. – L'exigence d'une condition tacite déterminante. La jurisprudence admettait que la démonstration de ce caractère déterminant se réalise par des « *circonstances de nature à établir que c'était en fonction de cette solvabilité que les cautions s'étaient engagées* »²¹⁷. Il était, semble-t-il, admis que la caution puisse démontrer par des éléments extérieurs à l'acte de cautionnement – voire même par son comportement²¹⁸ – que la solvabilité du débiteur était déterminante pour son consentement. La jurisprudence ne semblait pas fermer la porte à la démonstration du caractère déterminant par d'autres éléments qu'une stipulation expresse.

214 Cette décision ne faisait finalement que se conformer à la jurisprudence applicable à l'erreur-vice du consentement, selon laquelle l'erreur doit être commune aux parties : « *la jurisprudence n'exige pas une erreur des deux parties, mais que le cocontractant ait su l'importance attachée par son partenaire à une qualité de la chose objet du contrat. Le demandeur qui se prévaut d'une erreur qui est à ses seuls yeux substantielle doit prouver que son cocontractant connaissait l'importance qu'il avait conférée à cette qualité* » (R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, n° 63, p. 60-61).

215 Cass. 1^{re} civ., 11 fév. 1986, n° 84-11.117 : *Bull. civ. I*, n° 22 ; *D.* 1987, p. 446, note L. Aynès.

216 Spécifiquement à propos de la caution dirigeante : Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-14.388 et 91-16.075 : *Bull. civ. IV*, n° 404.

217 Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989, n° 87-15.450 : *Bull. civ. I*, n° 127.

218 Cass. com., 8 déc. 1987, n° 85-18.460 : *Bull. civ. IV*, n° 263 : « *le comportement des époux X... ne démontrait pas qu'ils aient fait de la solvabilité des emprunteurs la condition déterminante de leur engagement* ».

Cette solution fut confirmée par une décision rendue le 1^{er} octobre 2002²¹⁹. En l'espèce, une caution non dirigeante avait cautionné les dettes bancaires d'une société qui fut placée en redressement judiciaire quatre mois plus tard. La caution fit valoir que si elle avait souhaité prendre le risque d'aider une société en difficulté, elle n'avait eu aucunement l'intention de s'engager pour une société dont la situation était déjà irrémédiablement compromise. Selon la banque – qui connaissait la situation de la société au jour de son engagement –, la caution aurait dû expressément indiquer dans le contrat de cautionnement que la solvabilité du débiteur principal était une condition déterminante de son engagement. Cependant, la Cour de cassation refusa l'argument du créancier, affirmant que la condition déterminante de l'engagement d'une caution pouvait être tacite : *« M. X..., tiers à la société, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque, qui était en relation d'affaires avec cette société depuis 1984, ne pouvait ignorer cette situation, l'arrêt retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution ; qu'ainsi, ayant fait ressortir que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition tacite de sa garantie, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »*.

Sans renverser la charge de la preuve, la Chambre commerciale de la Cour de cassation admit ainsi que la solvabilité du débiteur principal pouvait être une condition déterminante de l'engagement de la caution, bien qu'elle ne fut pas expressément mentionnée comme telle dans l'acte.

33. – L'exigence d'une condition déterminante tacite intrinsèque au contrat de cautionnement. S'il était acquis, depuis la décision du 1^{er} octobre 2002, que toutes les cautions pouvaient désormais faire de la solvabilité du débiteur principal une condition tacite de leur engagement, la Cour de cassation précisa les règles de preuve de cette condition déterminante dans un arrêt en date du 30 octobre 2012²²⁰. En l'espèce, une société unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) s'était portée acquéreur des actions d'une autre société. La convention de cession des actions de la

219 Cass. com., 1^{er} oct. 2002, n° 00-13.189 : *Bull. civ.* IV, n° 131 ; *JCP E* 2003, II, 10072, note F. Buy.

220 Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-27.280, inédit.

société prévoyait une clause de révision du prix en fonction de certains éléments de solvabilité de la société et faisait donc de cette solvabilité un élément essentiel du contrat de cession. Un mois après, le dirigeant se porta caution des dettes de la société acquise par son EURL et deux ans plus tard la société bénéficia d'une procédure collective. Pour se délier de ses engagements, la caution fit alors valoir que son consentement au cautionnement était erroné en raison de l'insolvabilité de la société qui était pourtant une condition déterminante de son engagement. Forte de l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 2002 qui n'exigeait pas de condition expresse, la caution tenta de démontrer ce caractère déterminant par des éléments tacites et extérieurs au contrat de cautionnement, à savoir la clause contenue dans l'acte de cession des actions de la société. Les juges du fond avaient estimé que la solvabilité de la société était une condition déterminante de l'engagement de la caution et avaient prononcé la nullité en se référant à la clause révision du prix contenue dans la convention de cession des actions de la société.²²¹

La Chambre commerciale cassa cependant l'arrêt au visa de l'article 1110 du Code civil, estimant que « *les clauses de la convention de cession étaient étrangères à la banque* » et ne démontraient pas le caractère déterminant de la solvabilité dans le contrat de cautionnement.

Le fait que la solvabilité d'une entreprise soit une condition déterminante dans le contrat de cession ne signifiait pas qu'elle constituait également une condition déterminante de l'engagement de la caution dirigeante, s'agissant de deux contrats distincts et indépendants. En appliquant le principe de l'effet relatif des contrats²²¹, la Cour de cassation compléta l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 2002, expliquant que si la caution n'a effectivement pas à démontrer que la solvabilité du débiteur cautionné est une condition expresse de son engagement, elle doit néanmoins prouver que c'est une condition tacite intrinsèque à l'acte, ne pouvant émaner d'une autre convention. « *S'il est vrai que la clause de réajustement du prix et ses modalités de mise en oeuvre contenues dans le contrat d'achat de la société révélaient la volonté de la caution de s'enquérir de la situation financière de la société, cette volonté,*

221 « *Le principe de l'effet relatif signifie que le contrat ne saurait faire naître un droit au profit ou à l'encontre d'un tiers. Seules les parties au contrat peuvent devenir créanciers ou débiteurs par l'effet de celui-ci. La formule de l'article 1165 est directement inspirée de l'adage latin *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* (les actes conclus par les uns ne peuvent ni nuire, ni profiter aux autres)* » (Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 485, p. 543.

*aussi réelle soit-elle, n'apparaissait pas, semble-t-il, dans le contrat de cautionnement lui-même. En invoquant ces clauses, la société n'apporte que la preuve de son ignorance de l'état d'insolvabilité du débiteur cautionné au moment de la conclusion du cautionnement. Mais, en l'occurrence, la solvabilité du débiteur n'était pas entrée dans le champ contractuel du cautionnement et la preuve de l'ignorance de l'insolvabilité du débiteur par la caution est, à elle seule, insuffisante »*²²². Ainsi, toutes les cautions souhaitant se prévaloir d'une erreur sur la substance doivent, d'une part, démontrer « *qu'elles avaient expressément conditionné leur cautionnement à la solvabilité de la société emprunteuse, soit qu'elles avaient fait de la solvabilité de celle-ci la condition tacite de leur garantie* »²²³ ; et d'autre part, que cette condition tacite résulte du contrat de cautionnement lui-même.

Si les cautions dirigeantes peuvent se prévaloir d'une erreur sur la solvabilité de l'entreprise cautionnée lorsqu'elles sont en mesure de prouver que cette solvabilité était une condition déterminante (tacite et intrinsèque) de leur engagement, il semble néanmoins toujours complexe pour elles de légitimer leur ignorance à propos de l'insolvabilité de leur société et de l'absence d'aléa inhérent à tout contrat de cautionnement.

§ 2 : Le caractère excusable de l'erreur sur la solvabilité

34. – Plan. Les cautions dirigeantes bénéficient des mêmes règles de preuve que les autres cautions s'agissant du caractère déterminant de l'erreur la solvabilité du débiteur principal. La principale difficulté rencontrée par les cautions dirigeantes qui souhaitent se prévaloir d'une telle erreur ne se situe ainsi pas sur le terrain de la preuve du caractère déterminant mais davantage sur la légitimation de leur ignorance²²⁴.

Les cautions dirigeantes étant présumées informées de la solvabilité de leur entreprise, elles doivent démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles excusant leur erreur. Pour se prévaloir d'une erreur sur la solvabilité de la société, la caution dirigeante doit ainsi démontrer qu'elle

222 J. CLAVEL-THORAVALL, « Preuve de l'erreur sur la solvabilité du débiteur cautionné », *RLDC* 2013/102, n° 5010, p. 31.

223 Lyon, 1^{re} ch., 7 févr. 2012, n° 11/00818.

224 « *Lorsqu'elle est inexcusable, c'est-à-dire facile à éviter, l'erreur cesse d'être une cause de nullité, même si elle porte sur les qualités substantielles : de non vigilantibus non curat praetor (le juge ne s'occupe pas de ceux qui ne s'occupent pas de leurs affaires ; familièrement traduit : la loi ne protège pas les imbéciles).* » (L. AYNÈS, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 506, p. 247).

avait des raisons légitimes d'ignorer la situation financière de sa société (I). Cependant, lorsque la caution dirigeante ne peut pas renverser la présomption de connaissance pesant sur elle pour invoquer une erreur sur la solvabilité et que son cocontractant lui a intentionnellement caché des informations ayant déterminé son consentement à la convention, il est intéressant de se demander si le recours au dol lui permet de faire annuler le contrat de cautionnement. Le caractère intentionnel du dol devrait, en effet, ouvrir d'autres moyens de défense à la caution dirigeante qui pourrait alors se prévaloir du fait que son erreur a été provoquée par la réticence du créancier²²⁵. Pour ce faire, encore faut-il que tous les éléments constitutifs du dol, délit civil, soient réunis et que la caution dirigeante soit en mesure de démontrer que la rétention intentionnelle d'informations par le créancier sur la solvabilité de son entreprise a déterminé son consentement (II).

I – Une erreur excusée par l'existence de circonstances exceptionnelles

35. – Plan. En matière d'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, la jurisprudence n'est pas clémentine à l'égard des cautions ayant l'obligation de se renseigner sur la situation du débiteur principal, leur ignorance est sévèrement sanctionnée lorsqu'elle relève de leur propre négligence. Considérant que l'erreur résultant du manquement à l'obligation de renseignement est inexcusable, la Cour de cassation exige la démonstration de circonstances exceptionnelles expliquant que la caution n'a pas été en mesure d'exécuter cette obligation. Elle exige en réalité que la caution démontre l'existence de circonstances exceptionnelles extérieures et imputables au fait d'un tiers (A).

Les décisions rendues en la matière démontrent *in fine* que l'erreur sur la solvabilité invoquée par une caution dirigeante n'est recevable que lorsque celle-ci ignorait la solvabilité de son entreprise en raison d'un comportement dolosif du créancier et qu'elle était, de ce fait, dans l'impossibilité de connaître les informations relatives à la situation du débiteur²²⁶. La caution

²²⁵ Selon la Cour de cassation, une caution est également en droit d'ignorer les informations relatives à la situation du débiteur principal au moment de la conclusion de son engagement lorsque les manœuvres pratiquées par le créancier sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, elle n'aurait pas contracté (Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-12.226, inédit : *Gaz. Pal.* 5-6 mai 2010, n° 126, p. 16, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 92, obs. D. Legeais.)

²²⁶ Cass. com., 16 mars 2010, *op. cit.* La formule utilisée par la Chambre commerciale – « toutes les informations relatives à la situation du débiteur au moment de la conclusion

ne peut ainsi se prévaloir de son erreur que lorsque le créancier s'est volontairement abstenu de lui dire que la situation financière du débiteur principal était irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée²²⁷ ou que le projet cautionné était voué à l'échec par manque de réalisme²²⁸. En d'autres termes, la caution peut se prévaloir d'un dol par réticence lorsque le créancier aura eu connaissance de l'absence d'aléa dans le contrat de cautionnement et aura provoqué l'erreur de la caution, la rendant ainsi excusable (B).

A) Les circonstances excusant exceptionnellement l'erreur de la caution dirigeante

36. – La détermination des « circonstances exceptionnelles ». La jurisprudence admet rarement que les cautions dirigeantes puissent ignorer la situation financière de leur société au jour de la conclusion du cautionnement, présupposant qu'elles ont eu nécessairement connaissance de l'absence d'aléa. Une décision rendue le 7 mai 1975²²⁹ témoignait déjà de la position retenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation à leur égard. En l'espèce, la caution – qui était aussi administrateur de la société cautionnée – affirmait ne disposer d'aucun élément lui permettant de vérifier la solvabilité, telle qu'elle était présentée par le créancier, puisque c'était justement celui-ci qui détenait toute la comptabilité de l'entreprise. La Cour de cassation avait néanmoins estimé que « *l'impossibilité prétendue de toute vérification comptable* » ne pouvait pas être admise en raison de la qualité d'administrateur de la caution qui était clairement antérieure à la conclusion du contrat de cautionnement. Le fondement de l'erreur sur la solvabilité était ainsi fermé aux cautions dirigeantes qui n'étaient pas en mesure d'expliquer pourquoi elles n'avaient pas recherché des informations que leurs fonctions leur imposaient de connaître²³⁰. Pendant longtemps, la jurisprudence stigmatisa ainsi les cautions dirigeantes et durcit les conditions d'accès aux

d'un engagement de caution » – est suffisamment large pour concerner potentiellement toutes les informations que pourraient détenir un créancier sur la situation du débiteur principal et que la caution est en droit d'ignorer.

227 Cass. com., 25 févr. 2004, n° 01-13.332, inédit – Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2008, n° 06-14.072, inédit : *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 38, obs. D. Legeais.

228 Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-15.914, inédit : *Dr. et patr.* 2001, n° 94, p. 92, obs. B. Saint-Alary.

229 Cass. com., 7 mai 1975, n° 74-10.551 : *Bull. civ.* IV, n° 125.

230 C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, n° 41, p. 3338.

vices du consentement à leur égard, considérant qu'elles étaient les cautions les plus à même de connaître la situation de leur société. Sauf circonstances exceptionnelles, les cautions dirigeantes étaient ainsi présumées être informées ou en mesure de se renseigner sur la situation de leur société au jour de la conclusion du contrat de cautionnement²³¹.

Leur carence étant une faute de gestion, les cautions dirigeantes ne peuvent pas se contenter de dire qu'elles ne savaient pas ou justifier de l'existence de circonstances exceptionnelles relevant de leur propre fait. En revanche, la Cour de cassation admet que les cautions dirigeantes puissent commettre une erreur excusable lorsque certaines circonstances, imputables au créancier, les ont exceptionnellement privé de la possibilité de connaître la réelle solvabilité de l'entreprise. La Cour de cassation prononça notamment la nullité d'un cautionnement obtenu par le rédacteur d'un acte de location gérance d'un fonds de commerce qui, connaissant parfaitement la solvabilité du fonds sur le point d'être vendu, s'était volontairement abstenu d'informer la caution dirigeante de la « *situation pour le moins périlleuse de la société bailleuse qui continuait son activité malgré la perte des 3/4 de son capital* »²³². Cette décision mérite une attention particulière en ce qu'elle reconnaît expressément qu'une caution dirigeante a la possibilité de se délier de ses engagements en démontrant qu'elle ignorait la situation de sa société en raison de circonstances exceptionnelles imputables au créancier²³³. La même solution avait été retenue lorsque l'erreur de la caution résultait d'une présentation erronée des pertes dans l'acte de vente d'un fonds de commerce. Dans cet arrêt, la Cour de cassation réitéra non seulement la position retenue en 1976 mais elle alla plus loin encore, affirmant que la caution dirigeante ne connaissait pas la réelle situation de la société alors même qu'il existait une clause stipulant que « *la caution reconnaît avoir une parfaite connaissance de la situation financière et juridique du cautionné* ». La Cour de cassation estima que cette clause « *ne suffit pas à établir qu'il ait eu connaissance de la comptabilité du vendeur, tandis que la présentation erronée de bénéfices*

231 Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-23.001, inédit : La caution dirigeante ne peut pas se prévaloir d'un dol par réticence à propos de la situation lourdement obérée de sa société, celle-ci en étant informée grâce à ses fonctions de dirigeant dans la société cautionnée.

232 Cass. com., 10 juin 1976, n° 75-11.629 : *Bull. civ.* IV, n° 188.

233 Dans les faits, la caution était effectivement le dirigeant de la société cautionnée mais elle avait signé le cautionnement en même temps que l'acte de location gérance du fonds de commerce. Dès lors, elle n'était pas encore en mesure de connaître, par elle-même, la solvabilité de l'entreprise qu'elle était sur le point de prendre en gérance et était contrainte de se fier aux seuls éléments de solvabilité présentés par le rédacteur de l'acte. Elle s'était donc portée caution sans être réellement en mesure de savoir si la situation de la société bailleuse était périlleuse. Son ignorance avait été jugée excusable par la Cour de cassation qui avait ainsi prononcé la nullité du cautionnement.

au lieu de pertes est constante, que les cautions ont contracté sur ces données erronées et qu'elles n'auraient pas contracté ou auraient hésité à fournir leur cautionnement si elles avaient connu le caractère déficitaire et surtout l'évolution néfaste de l'exploitation du fonds »²³⁴.

37. – Des circonstances exceptionnelles dolosives légitimant l'erreur de la caution dirigeante. L'erreur est une cause de nullité du contrat de cautionnement lorsqu'elle ne résulte pas de la seule carence de la caution²³⁵. Les arrêts susmentionnés démontrent que ces circonstances exceptionnelles coïncident étrangement avec des agissements dolosifs du créancier. Ainsi, en matière de cautionnement, l'erreur requiert qu'un délit civil soit constitué et *« le dol permet de pallier l'absence d'obligation générale d'information reposant sur le créancier : c'est la réticence plus que les manoeuvres dolosives ou le mensonge qui sera en effet le plus fréquemment retenue »²³⁶.*

Une étude attentive de ces décisions permet d'affirmer que l'existence de « circonstances exceptionnelles » permet aux cautions dirigeantes d'être libérées de leurs engagements lorsqu'elles ignoraient effectivement la solvabilité de leur société mais elle permet surtout d'affirmer que ces circonstances exceptionnelles sont circonscrites aux situations dans lesquelles le créancier a volontairement retenu des informations sur les revenus, le patrimoine et les facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération commerciale financée²³⁷. En matière de cautionnement, l'erreur-vice du consentement se résumerait ainsi à une erreur provoquée par le créancier sur la solvabilité du débiteur principal.

Les arrêts précitées démontrent que les cautions dirigeantes peuvent être libérées de leurs engagements et obtenir la nullité du contrat lorsque le créancier a volontairement retenu des informations sur la solvabilité de l'entreprise²³⁸ ou intentionnellement donné une représentation erronée de la situation de la société²³⁹. Cependant, ces décisions retiennent également que

234 Cass. com., 10 déc. 2002, n° 98-21.174, inédit.

235 Lyon, 1^{er} ch., 7 févr. 2012, n° 11/00818.

236 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 65, p. 100.

237 Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-11.591 : *Bull. civ. IV*, n° 60 – Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681 : *Bull. civ. IV*, n° 284 – Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-01.204, inédit – Cass. com., 19 mai 2004, n° 03-11.578, inédit. La jurisprudence retient une notion restreinte de la réticence dolosive en matière de cautionnement et la réduit pratiquement à la non-information de la situation irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée du débiteur principal (B. ROMAN, *Droit du cautionnement*, coll. Mise au point, Paris, Ellipses, 2005, n° 79, p. 39).

238 Cass. com., 10 juin 1976, n° 75-11.629 : *Bull. civ. IV*, n° 188.

239 Cass. com., 10 déc. 2002, n° 98-21.174, inédit.

l'erreur de ces cautions dirigeantes était excusable uniquement en raison de la particularité des faits : les cautions avaient signé les cautionnements en même temps qu'elles étaient devenues dirigeants des sociétés cautionnées, de sorte qu'elles n'étaient pas en mesure de connaître par elles-mêmes la solvabilité de leur société et étaient contraintes de se fier aux éléments présentés par les créanciers. En dehors de ces situations, la jurisprudence aurait tendance à considérer que le dol du créancier ne rend pas l'erreur de la caution dirigeante excusable, celle-ci ne pouvant se prévaloir de la réticence d'informations qu'elle avait l'obligation de rechercher²⁴⁰. À l'égard des cautions dirigeantes, la réticence dolosive serait ainsi rarement retenue par la jurisprudence « *pour la bonne et simple raison que le dol consiste à cacher la situation financière compromise du débiteur ce qui suppose l'absence de relation entre ce dernier et la caution* »²⁴¹.

La qualité de dirigeant de la société cautionnée ne permet plus d'affirmer que la caution avait parfaitement conscience et connaissance de la situation de sa société, de sorte que la réticence dolosive est envisageable mais qu'il sera concrètement compliqué pour elle de la prouver²⁴². Compliqué ne voulant pas dire impossible, le recours au dol est envisageable pour la caution dirigeante – certaines décisions illustrent d'ailleurs parfaitement cette faculté²⁴³ – et il est intéressant de se demander si l'erreur commise sur la solvabilité ne devrait pas toujours être excusée lorsqu'elle a été provoquée par la réticence dolosive du créancier.

B) Les circonstances excusant toujours l'erreur de la caution dirigeante

38. – La réticence dolosive du créancier provoquant une erreur de la caution dirigeante. Traditionnellement, la Cour de cassation considère que l'erreur n'est une cause de nullité que si elle est excusable : « *en s'abstenant de prendre les précautions élémentaires, l'errans a manqué à son devoir de s'informer. Il a commis une faute de négligence qui sera sanctionnée par un refus d'annulation. De non vigilantibus non curat praetor (des insouciantes le prêteur n'a cure)* »²⁴⁴. Si un contractant ne cherche pas à s'enquérir

240 Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-23.001, inédit.

241 J.-P. LEGROS, ref. par J.-J. ANSAULT, « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in J.-Cl. Sociétés Traité, LexisNexis, 2013, Fasc. 36-50, n° 51.

242 B. ROMAN, *op. cit.*, n° 80, p. 40.

243 Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511 : *Bull. civ. I*, n° 114 ; *JCP G* 2003, II 10144, note R. Desgorges.

244 Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll.

d'informations qui sont à portée, il commet une erreur inexcusable qui ne lui permet pas d'obtenir la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1110 du Code civil. En matière de dol, la logique n'est pas identique. Depuis une décision rendue par la troisième Chambre civile le 21 février 2001²⁴⁵, reprise par la première Chambre civile le 18 janvier 2005²⁴⁶, la Cour de cassation considère que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée²⁴⁷ : « l'idée première qui anime cette jurisprudence est que la faute intentionnelle, que présuppose obligatoirement la notion de dol, doit, dans tous les cas, prévaloir sur l'éventuelle faute de la victime qui s'est laissée trompée. »²⁴⁸

En matière de cautionnement, plus particulièrement dans le cadre d'une erreur sur la solvabilité du débiteur principal, le dirigeant commet une faute excusable uniquement s'il prouve que des circonstances exceptionnelles l'ont empêché de satisfaire son obligation de se renseigner. Si la caution n'est pas en mesure de rapporter cette preuve, elle ne pourra pas faire annuler le contrat de cautionnement : *De non vigilantibus non curat praetor*. L'intérêt de recourir au fondement du dol – et à la jurisprudence initiée par l'arrêt du 21 février 2001 – est ainsi indiscutable mais rien n'indique que la réticence dolosive du créancier rende systématiquement excusable l'erreur provoquée de la caution.

En principe, « une fois la réticence dolosive établie, l'obligation d'information qui pesait sur l'auteur du dol va primer également sur l'obligation de se renseigner, qui pourrait rendre l'erreur, commise par la victime de la rétention d'information, parfois inexcusable. En effet, rappelons que dans l'arrêt du 21 février 2001 (...) les juges ont estimé que le

Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013, n° 223, p. 251.

245 Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817 : *Bull. civ.* III, n° 20 ; *JCP G* 2002, II 10027, note Ch. Jamin ; *Defrénois* 2001, p. 703, obs. R. Libchaber ; *D.* 2001, p. 2702, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2001, p. 3236, obs. L. Aynès ; *D.* 2002, p. 927, obs. Ch. Caron et O. Tournafond ; *JCP E* 2002, 764, obs. P. Chauvel ; *JCP G* 2001, I 330, obs. A. Constantin ; *RTD civ.* 2001, p. 353, B. Fages et J. Mestre ; *Les Petites Affiches*, 30 oct. 2001, n° 216, p. 16, note Ch. Gentili.

246 Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 2005, n° 03-15.115, inédit.

247 Selon cette jurisprudence, constante depuis 2001, l'erreur inexcusable peut néanmoins fonder la nullité du contrat si elle a été provoquée par la réticence dolosive du cocontractant. La partie qui souhaite se prévaloir d'un dol par réticence doit bien évidemment prouver la faute intentionnelle du contractant et, dans le cas où elle y parviendrait, ne pourrait pas se voir opposer une quelconque faute ou manquement de sa part. Le dol du cocontractant excuse tout simplement la faute commise par la partie souffrant du dol. Ainsi, si la victime avait l'obligation de se renseigner et qu'elle ne peut pas se fonder sur l'article 1110 du Code civil, elle pourra toujours utiliser le fondement du dol pour faire annuler le contrat puisque la réticence dolosive du créancier excuse toujours sa défaillance dans la recherche de l'information.

248 J. BETOULLE, « L'aspect délictuel du dol dans la formation des contrats », *Rapport annuel Cour de cassation* 2001, Études et documents, p. 259.

caractère professionnel de l'opération et le caractère élémentaire des vérifications qui auraient normalement rendu inexcusable l'erreur commise par le cocontractant, soumis à une obligation de se renseigner, ne suffisaient pas à exclure l'existence d'une réticence dolosive des informations qui avaient en l'occurrence provoqué l'erreur. Ainsi, cet arrêt se place plus sur le terrain délictuel, la volonté de sanctionner un comportement malhonnête, que sur le terrain du vice du consentement de la victime »²⁴⁹. Si l'on considère que la caution a l'obligation de se renseigner lorsqu'elle a accès aux informations sur la solvabilité du débiteur principal et que le manquement à cette obligation est excusable lorsque l'erreur a été provoquée par la réticence dolosive du créancier, alors, il est possible de penser que tous les silences dolosifs du créancier rendent excusable l'erreur de la caution dirigeante.

39. – La réticence dolosive du créancier rend-elle toujours excusable l'erreur de la caution dirigeante ?

De nombreuses cautions se fondent sur l'arrêt du 21 février 2001 pour être libérées de leurs engagements, estimant que si la Cour de cassation souhaite faire peser sur elles une obligation de se renseigner, le manquement à cette obligation doit néanmoins être excusé par la réticence dolosive du créancier²⁵⁰. Dans un premier temps, la Cour de cassation fut peu réceptive à la transposition de cette solution au contrat de cautionnement et se contentait généralement de répondre par l'ignorance injustifiée de la caution qui ne démontrait pas que le créancier détenait des informations qu'elle n'était pas en mesure de se procurer par ses propres moyens.

Cependant, le fait d'exclure le contrat de cautionnement de cette jurisprudence n'est pas conforme à l'esprit de la décision du 21 février 2001 qui affirmait, en des termes très généraux, que la partie qui a commis une erreur provoquée par la réticence dolosive de son cocontractant doit toujours être excusée de l'inexécution de son obligation de se renseigner. Ainsi, ce moyen de défense ne devait pas être abandonné par les cautions obligées de se renseigner et celles-ci devaient continuer à fonder leurs prétentions sur

249 E. MAZUYER, « Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information », *D.* 2004, n° 4, p. 262.

250 Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-21.725, inédit : La caution prétendait que la réticence dolosive rend excusable l'erreur provoquée et, qu'en la déboutant de sa demande d'annulation des garanties litigieuses pour réticence dolosive et pour erreur au motif qu'il lui appartenait de s'informer, la cour d'appel avait violé les articles 1110 et 1116 du Code civil.

cette jurisprudence et obliger la Cour de cassation à reconnaître que la création d'une obligation de se renseigner à l'égard des cautions dans la théorie des vices du consentement doit conduire à l'application d'une jurisprudence qui concerne justement des parties dans l'obligation de se renseigner !

En effet, ce ne sont désormais plus seulement les fonctions exercées par la caution dans la société garantie qui sont prises en compte pour apprécier si celle-ci était ou non informée, mais les réels moyens dont la caution disposait pour obtenir ces renseignements. Il n'existe dès lors plus aucune raison sérieuse d'écarter le contrat de cautionnement de cette conception du dol par réticence. Quand la jurisprudence se contentait de présumer *in abstracto* que les cautions dirigeantes détenaient nécessairement toutes les informations indispensables sur la solvabilité de leur entreprise, il n'était pas question d'une obligation de se renseigner – puisqu'elles étaient présumées déjà informées – mais, depuis que la Cour de cassation, considère que toutes les cautions ayant accès de près ou de loin aux informations sur la solvabilité du débiteur principal ont l'obligation de se renseigner, il n'existe plus de raison sérieuse de les écarter d'une jurisprudence excusant la victime d'un dol par réticence.

40. – Vers une erreur toujours excusable de la caution dirigeante. Une récente décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation²⁵¹ tend à assouplir la conception retenue à l'égard des cautions en mesure de se renseigner et à admettre que « *la réticence dolosive, qui est un dol, excuse toujours, en raison du caractère intentionnel du délit, l'erreur inexcusable de l'autre partie. "Toujours" et donc alors même qu'elle n'était pas dans l'impossibilité de se renseigner* »²⁵².

Dans les faits, une société en nom collectif avait obtenu un prêt destiné à l'acquisition d'un ensemble immobilier d'hôtellerie et de thalassothérapie contre le cautionnement solidaire de ses associés. Suite à la défaillance de la société, l'établissement de crédit assigna les cautions en exécution de leurs engagements. Le créancier se prévalait du fait que les cautions disposaient des moyens d'accéder à l'information puisqu'elles étaient toutes des personnes fortunées qui avaient l'expérience des opérations cautionnées et

²⁵¹ Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-20.398, inédit.

²⁵² J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G* 2011, doct. 703.

qui avaient soit la qualité de professionnels de l'immobilier, d'hommes de loi, de professionnels du chiffre ou d'entrepreneurs et qui étaient, au surplus, entourés de conseils. L'établissement bancaire en déduisit donc que les cautions avaient l'obligation de se renseigner sur le risque de l'opération garantie et que l'erreur commise par les cautions n'était pas excusée par l'existence de circonstances exceptionnelles. La Cour de cassation refusa de suivre ce raisonnement, jugeant que l'établissement de crédit avait délibérément dissimulé le risque élevé de l'opération garantie qui, excédant par son niveau, celui inhérent à toute activité économique, aurait pu les conduire à renoncer à s'engager. Le créancier aurait dû informer les cautions de la grande fragilité économique de l'opération – dont il avait conscience – même si celles-ci avaient l'obligation de se renseigner. Elle condamna ainsi l'établissement de crédit sur le fondement du dol et prononça la nullité des cautionnements.

Une telle décision, bien qu'inédite, semble amorcer une importante évolution de la jurisprudence puisque, en l'espèce, les cautions avaient les compétences et les moyens pour se renseigner sur la viabilité du projet. Pourtant, la Cour de cassation ne s'en préoccupa pas et sanctionna simplement le créancier qui avait volontairement dissimulé le risque élevé de l'opération garantie. Même s'il n'est pas encore possible d'affirmer que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée en matière de cautionnement, il est néanmoins possible de commencer à concevoir que l'incurie de la caution dirigeante peut être excusée par la réticence dolosive du créancier. À condition que la caution prouve les éléments constitutifs de ce vice du consentement, les silences dolosifs émanant du créancier pourraient, dans l'avenir, toujours excuser son manquement à l'obligation de se renseigner.

II – Une erreur excusée par la caractérisation d'un dol par réticence

41. – Plan. *« La réticence²⁵³ est le fait de garder le silence sur une information que l'on connaît et aurait dû communiquer. Longtemps, comme à Rome, la jurisprudence n'avait pas admise qu'elle suffise à constituer un vice du consentement²⁵⁴ : le silence était une habileté permise. Aujourd'hui,*

²⁵³ « Étymologie : de *re*, qui évoque une répétition + *taceo*, *ere* = taire = garder un silence obstiné ».

²⁵⁴ Cass. civ., 30 mai 1927 : *DH* 1927, p. 416 ; *S.* 1928, I, p. 105, note A. Breton.

comme les autres manoeuvres, la réticence constitue un dol, cause de nullité, lorsqu'elle a pour dessein délibéré d'amener quelqu'un à contracter en le trompant, ce qui implique que le contractant silencieux soit tenu d'une obligation de renseignements et que celui qui se prétend la victime du dol ait été dans l'impossibilité de s'informer lui-même. »²⁵⁵

La réticence dolosive est régulièrement retenue au bénéfice des cautions, la jurisprudence considère, en effet, que celles-ci doivent bénéficier d'une protection toute particulière à l'égard d'un créancier mal intentionné qui passe sous silence des informations déterminantes pour surprendre sa liberté contractuelle. L'article 1116 du Code civil dispose cependant que « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ».

Pour obtenir la nullité du contrat – sanction classique des vices du consentement – et des dommages-intérêts de la part du créancier²⁵⁶, tout contractant souhaitant se prévaloir de ce vice du consentement doit ainsi être en mesure de réunir les quatre conditions requises par ce texte. Appliquées au droit du cautionnement, les conditions requises par l'article 1116 du Code civil imposent à la caution dirigeante de prouver que son cocontractant (B) a intentionnellement retenu (C) des informations sur la solvabilité de sa société (A) et que ce comportement eut pour effet de déterminer son consentement à l'acte (D).

A) La rétention d'informations sur la solvabilité de la société cautionnée

42. – L'erreur provoquée sur la solvabilité de la société ou la viabilité du projet. « *Le Code civil prononce le mot de manoeuvres qui implique une idée de machinations et d'artifices*²⁵⁷. (...) *La jurisprudence a élargi la notion*

255 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 510, p. 249-250.

256 Le dol constitue également un délit civil susceptible d'engager la responsabilité civile délictuelle du créancier. Une caution peut donc bénéficier d'un cumul des sanctions (nullité du contrat et dommages-intérêts) lorsqu'elle est victime de ce vice du consentement. En ce sens : Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1975, n° 72-13.217 : *Bull. civ.* I, n° 43 ; *D.* 1975, p. 405, note C. Gaury ; *JCP* 1975, II 18100, note C. Larroumet ; *RTD civ.* 1975, p. 537, obs. G. Durry.

257 « *Une illustration s'en trouve dans Cicéron, De officiis, XIV, 3, 57-60. Pythius, banquier à Syracuse, avait une villa au bord de la mer et désirait la vendre à Cannius, qui, lui-même, souhaitait faire des parties de pêche abondantes aux abords de sa maison. Il imagine une mise en scène : le jour où Cannius fut invité à visiter la villa, la mer fut sillonnée par une flottille de barques simulant une pêche miraculeuse. Cannius acheta la maison pour un prix exorbitant.* »

en y faisant entrer le mensonge et réticence à condition qu'ils aient provoqué une erreur. »²⁵⁸ En droit du cautionnement, la réticence dolosive se manifeste principalement par le refus de divulguer une information concernant l'état de solvabilité de l'entreprise cautionnée ou la viabilité du projet garanti²⁵⁹. La démonstration d'une réticence dolosive est cependant complexe à réaliser car la caution ne doit pas simplement prouver que la société rencontrait des difficultés passagères de trésorerie mais elle doit démontrer que la santé financière de celle-ci était incurable. La caution doit, en effet, prouver que la situation du débiteur principal était irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée pour qu'une action fondée sur le dol soit recevable.

À l'évidence, un créancier qui ne prendrait pas la peine de mentionner que la société cautionnée rencontre de simples difficultés financières ne commettrait pas un dol par réticence puisqu'il peut être communément admis qu'une telle garantie n'a vocation à être prise que lorsque le créancier émet des doutes sur la solvabilité de son débiteur. Aucune caution ne peut douter de l'objet d'un contrat de cautionnement et son consentement ne peut être vicié que lorsque le recours à son patrimoine s'avère inévitable dès la conclusion du contrat. Sans la certitude, au jour de la conclusion du contrat, que la caution sera actionnée, le créancier se contente de solliciter un engagement aléatoire et ne commet aucun dol par réticence. Au mieux, il commet un *dolus bonus* toléré par la jurisprudence afin d'inciter – sans contraindre – le contractant à s'engager. Le caractère de gravité de la situation, requise pour que la réticence dolosive soit constituée, relève de l'appréciation des juges du fond puisqu'il s'agit d'une question de fait. Ils apprécieront *a posteriori* si la situation financière de la société était définitivement compromise ou si le projet cautionné était réellement non viable et, bien évidemment, si le créancier avait connaissance de cette information²⁶⁰.

258 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 508, p. 248.

259 Un créancier qui cache volontairement à un dirigeant que son entreprise est « *condamnée à un prompt dépérissement* » dans le seul but de lui faire contracter un cautionnement commet une manoeuvre dolosive (Cass. com., 20 févr. 1990, n° 88-10.066, inédit). Commet également un dol par réticence, le créancier qui se cache derrière un « *budget prévisionnel démesurément optimiste* » pour faire croire à la caution dirigeante que ses projets d'avenir sont viables alors que le dernier bilan de la société lui permettait de savoir que la situation financière de la société était catastrophique (Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511 : *Bull. civ. I*, n° 114 ; *JCP G* 2003, II 10144, note R. Desgorges).

260 Dans une décision rendue le 5 janvier 2005, la première Chambre civile de la Cour de cassation approuvait les juges du fond d'avoir constaté que le créancier avait surpris le consentement d'une caution en omettant volontairement de porter à sa connaissance le constat selon lequel le remboursement du crédit était « *mathématiquement impossible* » et

La caution devra ainsi démontrer que le créancier a commis un *dolus malus* en cachant la gravité de la situation dans le seul objectif de déterminer son consentement. Pour la Cour de cassation, ce *dolus malus* n'est caractérisé que si « *le créancier a eu sur leurs revenus, leur patrimoine et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération commerciale financée* »²⁶¹, des informations que les cautions ignoraient. En s'intéressant à la syntaxe de la formule consacrée par la Cour de cassation, il est d'ores et déjà possible de dire que la caution ne peut pas se contenter de prouver que le créancier avait des informations sur le *patrimoine*, les *revenus* ou encore sur les *facultés de remboursement raisonnablement prévisibles*. L'utilisation de la conjonction de coordination « et » permet d'affirmer que le créancier doit connaître et dissimuler l'ensemble de ces informations à la caution pour être coupable d'un dol par réticence. Il ne suffit pas que le créancier détienne une partie seulement de ces informations, il doit avoir une vision globale de la situation. Selon cette jurisprudence, une caution peut donc se prévaloir d'une réticence dolosive lorsque créancier connaît et retient intentionnellement une analyse déterminante et globale sur la solvabilité de la société et/ou sur le succès escompté de l'opération commerciale financée.

43. – L'inefficacité des clauses de style relatives à la solvabilité de la société. La jurisprudence estime que le créancier doit révéler à la caution l'insolvabilité actuelle ou prévisible du débiteur principal au jour de la conclusion du contrat²⁶². Elle considère par ailleurs que le créancier ne peut pas se prévaloir d'une clause selon laquelle cette information était déjà connue de la caution ou n'était pas déterminante pour celle-ci : « *les formules bancaires contiennent souvent une clause par laquelle la caution se déclare parfaitement connaître la situation du débiteur principal ou en avoir été informée, et parfois même ne pas en faire une condition*

que « *la mise en oeuvre du cautionnement était inéluctable* » eu égard à l'offre de crédit, aux ressources et aux charges du débiteur principal (Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2005, n° 03-16.667, inédit).

261 Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-11.591 : *Bull. civ. IV*, n° 60 – Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681 : *Bull. civ. IV*, n° 284 – Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-01.204, inédit – Cass. com., 19 mai 2004, n° 03-11.578, inédit.

262 Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294 : *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP* 1989, II 21363, note D. Legeais ; *Defrénois* 1989, p. 131, note L. Aynès ; *D.* 1990, p. 385, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1989, p. 736, obs. J. Mestre – Cass. com., 28 mai 2002, n° 90-13.540, inédit : Faute d'avoir transmis les informations dont elle disposait sur la situation financière du débiteur principal à la personne dont elle recherchait le cautionnement, la banque avait reçu de la caution un consentement entaché de dol.

déterminante de son cautionnement »²⁶³. De telles clauses ne lient pas les juges lorsque le créancier connaissait les difficultés financières du débiteur principal au jour de la conclusion du contrat de cautionnement²⁶⁴. Dit autrement, les stipulations par lesquelles la caution renonce au caractère déterminant de cette information ou s'estime au courant de la situation, sans avoir réellement été informée, sont dépourvues d'effet et le juge doit les écarter lorsque le créancier avait effectivement connaissance de la situation financière du débiteur principal lorsqu'il sollicitait le cautionnement.

A contrario, si la stipulation ne se contente pas d'un renoncement général de la caution mais s'évertue, au contraire, à l'informer *in concreto* de la situation du débiteur principal, aucune manoeuvre dolosive ne pourrait être retenue à l'encontre du créancier. Ainsi, une clause mentionnant dans l'acte de cautionnement que les fonds garantis ont pour objet les « besoins de trésorerie »²⁶⁵ pourrait éventuellement permettre à la caution de prendre conscience des difficultés financières de la société cautionnée, le besoin de trésorerie révélant assurément les difficultés financières rencontrées par la société. Le créancier qui souhaite se protéger d'un recours fondé sur le dol aurait donc tout intérêt à insérer, dans le contrat de cautionnement, une clause expliquant à la caution la destination des fonds et l'objet du financement cautionné afin de lui faire prendre conscience des difficultés effectivement rencontrées par la société.

Cependant, en pratique, des stipulations aussi précises sont rares et les établissements bancaires se contentent généralement d'une clause de style. De plus, le fait de stipuler que le débiteur principal a, à un moment déterminé, des besoins de trésorerie, révèle simplement des difficultés financières passagères et ne précise en rien le degré de gravité ou le caractère irrémédiable de la situation. À l'évidence, aucune clause n'avouerait que la situation financière du débiteur est irrémédiablement compromise et que le

263 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 96, p. 78.

264 Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511 : *Bull. civ. I*, n° 114 ; *Bull. Joly* 2003, p. 909, note P. Scholer ; *D.* 2003, p. 2309, note V. Avena-Robardet – Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009, n° 07-20.250, inédit : *JCP G* 2009, I 150, obs. Ph. Simler ; *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 121, obs. A Cerles ; *RDC* 2009/4, p. 1514, obs. D. Houtcieff.

Le créancier ne peut se prévaloir d'une clause du contrat de cautionnement stipulant que « la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement », dès lors que la banque l'avait stipulée en parfaite connaissance des difficultés financières du débiteur principal. Par ailleurs, la clause stipulant que la caution connaissait la situation obérée du débiteur principal ne dispense pas le créancier d'informer son cocontractant sur la situation du débiteur principal qu'il connaissait (Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009, n° 07-17.568, inédit).

265 Cass. com., 5 juill. 2005, n° 01-13.020, inédit.

recours à la caution est inévitable, sous peine de dissuader cette dernière de s'engager mais surtout au risque de dénaturer le contrat de cautionnement et de lui faire perdre son caractère accessoire et aléatoire.

B) La rétention d'informations par le cocontractant de la caution dirigeante

44. – Une réticence dolosive émanant uniquement du créancier. En vertu de l'article 1116 du Code civil, le dol n'est une cause de nullité de la convention que s'il émane de la partie envers laquelle l'obligation est contractée²⁶⁶. Le dol sanctionne « *une déloyauté de la part de l'une des parties : le but poursuivi est de sanctionner une faute – la volonté de tromper –, plus que d'analyser les qualités d'une volonté* »²⁶⁷.

Le droit du cautionnement n'échappe pas à cette conception du dol puisque la Cour de cassation considère que « *même dans un contrat unilatéral, tel que le cautionnement, qui se forme par l'échange des consentements de la caution et du créancier, le dol ne peut entraîner la nullité que s'il émane du cocontractant* »²⁶⁸. Le dol ne peut ainsi résulter que de la faute du bénéficiaire du cautionnement, se caractérisant par la volonté de tromper la caution. Cependant, il n'est pas obligatoire que le créancier soit le seul impliqué dans la manoeuvre dolosive, celui-ci peut également être le complice d'un dol perpétré par le débiteur principal. Certaines décisions admettent que le créancier profite simplement d'une situation orchestrée par le débiteur principal pour caractériser le dol du créancier. Excepté les situations de complicité avec le créancier, le dol du débiteur principal est rarement admis, la jurisprudence estimant, à juste titre, que le débiteur est un tiers au contrat de cautionnement²⁶⁹. Déjà rarement admis en droit commun du cautionnement, le dol du débiteur principal n'a pas lieu d'être évoqué dans le cadre d'un cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société dans la mesure où le représentant légal de celle-ci et la caution sont les mêmes personnes physiques. Sauf à être atteint d'un trouble de la

266 Cass. com., 1^{er} avr. 1952 : *D.* 1952, p. 380 et 685, note J. Copper-Royer.

267 J.-L. AUBERT, J. FLOUR, É. SAVAUX, *Les obligations, I. L'acte juridique*, 15^e éd., coll. Sirey Université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2012, n° 211, p. 198-199.

268 Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1978, n° 76-14.415 : *Bull. civ. I*, n° 246. Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1973, n° 72-11.564 : *Bull. civ. I*, n° 219 ; *D.* 1973, p. 733, note Ph. Malaurie.

269 Cass. com., 13 nov. 2002, n° 95-18.994 : *Bull. civ. IV*, n° 161. Le dol ne peut être invoqué que dans les espèces où les manoeuvres émanent de l'une des parties contractantes et que le débiteur principal est un tiers au contrat de cautionnement.

personnalité, une caution dirigeante ne peut donc pas se prévaloir, même par complicité, d'un dol émanant de lui-même. Le dirigeant ne pourra donc obtenir la nullité de son cautionnement sur le fondement du dol que s'il prouve que le créancier est personnellement coupable de ce délit civil.

C) La rétention intentionnelle d'informations

45. – L'intention dolosive du créancier. « *Il n'y a pas dol si un contractant a fourni à son partenaire des renseignements erronés par ignorance ou même par négligence.* »²⁷⁰ Le dol par réticence ne peut être retenu que si le créancier avait la ferme intention de fausser le consentement et qu'il a manoeuvré en ce sens. Lorsqu'un créancier agit par ignorance ou par négligence, le dol doit ainsi être écarté²⁷¹. Chaque fois que les faits ne permettent pas de relever cette intention de tromper, le créancier ne peut être mis en cause, même si la situation du débiteur principal était irrémédiablement compromise ou que le projet cautionné n'était manifestement pas viable.

En témoigne une décision rendue le 14 novembre 2000 par laquelle la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait refusé d'annuler un cautionnement consenti à une banque qui avait sollicité une garantie sans avoir eu accès au dernier bilan comptable et qui s'était uniquement fiée au précédent bilan de la société qui annonçait un chiffre d'affaires en hausse et à un commentaire très favorable de l'expert-comptable sur l'exercice non fourni. La Cour de cassation avait estimé que le créancier ne pouvait pas avoir eu connaissance, au moment du cautionnement, de la situation irrémédiablement compromise de la société et, qu'en conséquence, aucune intention dolosive ne pouvait être retenue à son encontre²⁷². Un simple examen des circonstances de signature de la convention avait ainsi permis à la Cour d'affirmer que le créancier ne pouvait pas être au courant de l'insolvabilité de la société et, qu'en toute logique, s'il ne détenait pas cette information, il ne pouvait pas avoir eu l'intention de la dissimuler à la caution. Faute d'élément intentionnel, le délit civil n'était pas constitué. L'intention dolosive du créancier doit ainsi ressortir des circonstances de

270 R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2014, n° 66, p. 62.

271 Cependant, la caution peut toujours demander l'annulation du contrat sur le fondement de l'erreur-vice du consentement ou engager la responsabilité du créancier qui a manqué à son obligation précontractuelle d'information.

272 Cass. com., 14 nov. 2000, n° 98-12.395, inédit.

signature du contrat de cautionnement.

Conformément à la lettre de l'article 1116 du Code civil, les juges du fond doivent apprécier cette intention au regard des manoeuvres destinées à vicier le consentement du contractant²⁷³. Cependant, la preuve de l'intention dolosive est plus difficile à apprécier dans le cadre d'un dol par réticence puisque le créancier peut aisément prétendre que la non-divulgation de l'information résulte de son ignorance ou de sa négligence. De plus, la Cour de cassation estime depuis les années 1990 que le défaut d'information d'une banque ne suffit pas à caractériser la réticence dolosive²⁷⁴ et insiste plus récemment sur le fait que la réticence dolosive suppose l'intention de tromper et non le seul manquement à l'obligation précontractuelle d'information²⁷⁵. Il ne suffit donc pas que le créancier s'abstienne de révéler une information, encore faut-il que la caution parvienne à démontrer que cette rétention était volontaire car l'intention dolosive est caractérisée par la volonté de surprendre le consentement de son cocontractant²⁷⁶. Cette difficile démonstration reste toutefois possible à l'appui des mises en scène qui accompagnent généralement la réticence d'information ou au regard de la parfaite mauvaise foi du créancier qui ne permet pas de croire à une simple négligence.

46. – La preuve de l'intention dolosive du créancier. Le dol par réticence n'est ainsi caractérisé que si la caution démontre que le créancier a volontairement dissimulé des informations déterminantes pour son consentement. Pour autant, la formule jurisprudentielle reprise dans toutes les solutions²⁷⁷ ne précise pas si le créancier a l'obligation de se renseigner pour informer, à son tour, la caution. Si la jurisprudence applicable à certains contrats – tels que les contrats de vente – laisse parfois présager une telle obligation à la charge du vendeur professionnel²⁷⁸, rien ne permet de

273 Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, n° 93-17.388, inédit : *Defrénois* 1995, p. 1399, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1997, p. 20, note P. Chauvel ; *RTD civ.* 1996, p. 390, obs. J. Mestre.

274 Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 1996, n° 94-10.908 : *Bull. civ. I*, n° 78.

275 Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-16.794 : *Bull. civ. IV*, n° 140 : « *Le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement* ».

276 C'est l'intention de tromper qui distingue la réticence dolosive du simple manquement à l'obligation de contracter de bonne foi et qui caractérise ce vice du consentement.

277 La Cour de cassation reprend toujours la même formule lorsqu'elle reproche aux cautions en mesure de se renseigner de ne pas avoir démontré que « *le créancier a eu sur leurs revenus, leur patrimoine et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération commerciale financée, des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées* ».

278 Le vendeur professionnel est ainsi tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son

transposer cette solution à tous les contrats et, plus particulièrement, au contrat de cautionnement. Cependant, même si la jurisprudence décidait de faire peser sur le bénéficiaire d'un cautionnement l'obligation de se renseigner, elle pourrait simplement retenir une faute de sa part lorsque celui-ci ne s'exécuterait pas mais ce manquement ne peut en aucun cas caractériser une intention dolosive²⁷⁹. Le simple fait de ne pas se renseigner pour informer ensuite la caution ne peut, en effet, caractériser à lui seul une intention dolosive.

Dès lors, il est évident que la caution ne peut invoquer un dol par réticence que lorsque les informations avaient été portées à la connaissance du créancier avant la conclusion du contrat de cautionnement²⁸⁰ et, en aucun cas, parce que celui-ci a été défaillant dans la recherche de ces informations : *« Le succès de l'action en nullité pour réticence dolosive est en partie subordonné à la preuve de la connaissance par la banque de la situation insolvable du débiteur dans la mesure où, contrairement au vendeur professionnel, aucune présomption de mauvaise foi ne pèse sur l'établissement de crédit. Le fait que la banque soit un professionnel n'établit en aucun cas une quelconque présomption de mauvaise foi de sa part. Sa qualification de professionnel ne lui interdit pas, en effet, d'exciper de son défaut de savoir. On ne saurait donc considérer que du fait de sa position ou de ses fonctions, l'établissement de crédit se trouve nécessairement au courant de la situation du débiteur. Au mieux, la preuve de la connaissance par la banque sera facilitée lorsque le débiteur avait son compte courant au sein même de l'établissement bancaire, ou lorsque c'est l'établissement en question qui a octroyé le prêt cautionné. »*²⁸¹

client et il lui incombe de prouver qu'il a valablement exécuté cette obligation (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.521: *Bull. civ. I*, n° 132 ; *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. 135, note L. Leveneur).

279 Dans une décision inédite du 17 novembre 1998, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait déjà estimé qu'un établissement de crédit est tenu de donner aux cautions des éléments d'information sur la situation du débiteur principal au regard du prêt qui lui est consenti et qu'il pouvait commettre une faute contractuelle en accordant un crédit sans procéder au préalable aux vérifications nécessaires et en se mettant ainsi dans l'impossibilité d'informer les cautions. Elle avait ainsi mis à la charge du créancier une obligation de se renseigner pour informer la caution et sanctionné cette faute sur le fondement de la responsabilité contractuelle, écartant en toute logique le dol par réticence (Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998, n° 96-21.740, inédit).

280 Cette preuve étant évidemment facilitée lorsque le créancier avait soit effectivement accès aux comptes de la société cautionnée – parce que cette dernière avait sa domiciliation bancaire dans cet établissement au jour du cautionnement –, soit parce que le créancier avait lui-même étudié la viabilité de l'opération avant d'accepter le financement cautionné, soit encore parce qu'il avait lui-même conçu le projet garanti. Sauf incompétence notoire ou mauvaise foi manifeste, ces créanciers pourront difficilement se prévaloir de leur ignorance de l'une de ces situations.

281 C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001,

D) La rétention d'information déterminantes pour le consentement de la caution dirigeante

47. – Le caractère déterminant de la réticence : le dol principal, le dol incident. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le défaut d'information imputé à un créancier ne constitue une réticence dolosive que s'il avait pour objet de tromper le contractant et de le déterminer à se rendre caution²⁸². La réticence d'informations n'est ainsi dolosive que si son auteur a eu l'intention de fausser le consentement de la caution et que cette dernière n'aurait jamais contracté le cautionnement sans les manoeuvres du créancier. *« La nullité peut être prononcée même si l'erreur provoquée par le dol n'a pas porté sur les qualités substantielles ; mais il faut qu'elle ait déterminé le consentement, ce que l'on appelle le dol principal. Au contraire, le dol incident ne porte que sur des parties secondaires du contrat ; il ne permet pas d'annuler le contrat, mais seulement l'allocation de dommages-intérêts si un préjudice a été causé. »*²⁸³

Ce que ces auteurs appellent *dol principal* est la réticence dolosive ayant effectivement surpris le consentement de la caution. Il s'oppose au *dol incident* qui n'a qu'une très mince influence sur la prise de décision de la caution car celle-ci se serait quand même engagée dans le contrat (mais peut-être pas dans les mêmes termes). Dans l'hypothèse d'un dol incident, la réticence n'est pas dolosive car elle n'a pas déterminé le contractant à se rendre caution. Or, *« le défaut d'information n'est critiquable que s'il a eu pour effet d'obstruer la libre volonté de la caution, laquelle s'est engagée dans l'ignorance d'une réalité qui, si elle l'avait connue, l'aurait conduite à refuser son consentement »*²⁸⁴.

En matière de cautionnement, la réalité cachée à la caution concerne, dans la grande majorité des situations, la santé financière de la société cautionnée par le dirigeant ou la viabilité de l'opération garantie. Lorsque la situation de cette société était déjà irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée au jour du cautionnement, le recours au patrimoine de la caution était inévitable. Pourtant, celle-ci ne souhaitait pas s'engager dans

n° 41, p. 3338.

282 Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 1996, n° 94-10.908 : *Bull. civ. I*, n° 78.

283 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll.

Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 512, p. 251.

284 C. VUILLEMIN-GONZALEZ, *op. cit.*, p. 3338.

une telle relation contractuelle et avait simplement donné son consentement pour garantir une éventuelle insolvabilité. La réticence devient ainsi dolosive lorsque la caution a la volonté de s'engager à titre accessoire et qu'elle s'engage en réalité en qualité de débiteur de substitution ou de coobligé à la dette²⁸⁵. Le cautionnement est par définition un contrat accessoire et le silence du créancier sur l'absence de ce caractère est nécessairement déterminant pour la caution. Le silence intentionnellement gardé sur la dénaturation du contrat de cautionnement est nécessairement déterminant pour le consentement de la caution qui pense s'engager dans un contrat accessoire et aléatoire et qui devient, en réalité, un débiteur de substitution pour une insolvabilité déjà inéluctable.

48. – Le renversement de la charge de la preuve du caractère déterminant. La réticence dolosive n'est une cause de nullité que si le silence intentionnellement gardé par le créancier a eu pour effet de fausser le consentement de la caution car, si elle avait été correctement informée sur la solvabilité de la société cautionnée, elle n'aurait jamais contracté le cautionnement litigieux. Contrairement à l'erreur – autre vice du consentement –, la caution ne doit pas prouver qu'elle avait fait de cette solvabilité une condition déterminante (même tacite) de son engagement : *« la caution peut donc prétendre avoir été trompée sur l'état de solvabilité du débiteur principal quand bien même elle n'entendait pas faire de cette solvabilité un élément déterminant de son engagement. Il n'est, en effet, pas question ici de prononcer la nullité du contrat pour un défaut d'appréciation de la réalité par la caution sur une qualité substantielle du contrat qu'est la solvabilité du débiteur, mais de prononcer la nullité pour sanctionner un acte de mauvaise foi, un défaut d'information de la part de la banque »*.²⁸⁶

Si la caution n'a pas à prouver qu'elle avait fait de cet élément une condition déterminante de son engagement, c'est pour la bonne et simple raison que la jurisprudence n'entend pas sanctionner une erreur commise par la caution mais davantage un acte de mauvaise foi contractuelle dont a fait preuve le créancier en n'indiquant pas que le cautionnement n'était ni accessoire, ni aléatoire. Le caractère déterminant requis dans le cadre d'un dol concerne

²⁸⁵ Une décision rendue par la cour d'appel de Bordeaux estimait qu'une caution n'accepte de s'engager qu'à raison déterminante de la solvabilité présumée du débiteur et le silence du créancier sur cet élément peut être interprété comme une confirmation implicite de cette solvabilité et donc du caractère réellement accessoire de l'engagement (Bordeaux, 1^{er} ch. A, 29 mars 1999, n°97/001034).

²⁸⁶ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, *op. cit.*, p. 3338.

donc la nature même du contrat de cautionnement et ses principales caractéristiques. La dénaturation du contrat de cautionnement est nécessairement déterminante dans le choix de contracter de la caution et c'est pour cela « *qu'en présence d'une réticence d'information pertinente, le caractère déterminant du dol est présumé au moyen d'un surprenant renversement de la charge de la preuve, le créancier devant rapporter la preuve contraire que la réticence n'a eu aucun effet sur le consentement de la caution ; pourtant, en droit commun, c'est traditionnellement à la victime de rapporter la preuve du caractère déterminant du dol* »²⁸⁷.

Ainsi, en dépit de l'article 1116 du Code civil qui impose de prouver le dol au lieu de le présumer, la jurisprudence a ainsi décidé d'un étonnant renversement de la charge de la preuve qui bénéficie à la caution dirigeante et qui la dispense, par conséquent, de prouver que la réticence était de nature à provoquer son consentement au cautionnement litigieux²⁸⁸.

Section 2. L'erreur sur la finalité ou l'étendue du cautionnement du dirigeant

49. – Plan. La caution dirigeante peut, sous certaines conditions, se prévaloir d'une erreur provoquée lorsque le créancier s'abstient volontairement de l'informer que la situation financière de sa société est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée²⁸⁹ et/ou que le projet cautionné est voué à l'échec par manque de réalisme²⁹⁰. La solvabilité de la société cautionnée constitue la principale cause d'erreur sur la substance qu'une caution est susceptible de commettre, elle concerne l'essence même du contrat de cautionnement et son caractère aléatoire. Il existe cependant d'autres erreurs sur la substance susceptibles de déterminer le consentement d'une caution dirigeante.

La jurisprudence sanctionne, sur le fondement de l'article 1110 du Code

287 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 84, p. 84.

288 Jurisprudence constante depuis Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294 : *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP* 1989, II 21363, note D. Legeais ; *Defrénois* 1989, p. 131, note L. Aynès ; *D.* 1990, p. 385, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1989, p. 736, obs. J. Mestre.

289 Cass. com., 25 févr. 2004, n° 01-13.332, inédit – Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2008, n° 06-14.072, inédit, *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 38.

290 Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-15.914, inédit : *Dr. et patr.* 2001, n° 94, p. 92, obs. B. Saint-Alary.

civil, deux autres comportements pour le moins dolosifs du créancier. Le premier consiste à ne pas délivrer les fonds cautionnés conformément à l'objet du contrat principal²⁹¹ – c'est-à-dire à ne pas octroyer un nouveau crédit ou ne pas financer le projet du débiteur principal – et de les utiliser pour « *éponger la dette antérieure de la société* »²⁹² (§1). Le second comportement du créancier pouvant vicier le consentement de la caution dirigeante consiste à ne pas constituer une garantie complémentaire au cautionnement promise à la caution afin de l'inciter à s'engager dans une plus grande proportion (§2).

Les cautions peuvent ainsi se prévaloir d'un vice du consentement (erreur ou dol) lorsque le créancier a lui-même causé l'absence d'aléa dans le contrat de cautionnement et/ou lui a dissimulé ses réelles intentions. Étrangement, la libération de la caution (dirigeante) pour l'un de ces faits peut aussi bien être prononcée au visa de l'article 1110 du Code civil (l'erreur) qu'au visa de l'article 1116 du Code civil (le dol). Si cet amalgame s'explique aisément en matière d'erreur sur la solvabilité – seule l'erreur provoquée par la réticence dolosive du créancier pouvant excuser l'erreur de la caution dirigeante et démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles –, elle relève davantage d'une confusion en matière d'erreur sur la « contrepartie » promise par le créancier. En effet, le fait, pour un créancier, de promettre la réalisation d'un événement ou l'exécution d'une obligation sans avoir l'intention de la satisfaire, relève davantage d'un dol se matérialisant même par un mensonge au jour de la conclusion du contrat²⁹³.

§ 1 : L'erreur sur la contrepartie promise à la société cautionnée

50. – Plan. Conformément à l'article 1110 du Code civil, les cautions

291 Dans de telles circonstances, certains auteurs parlent « d'erreur sur la cause » car l'erreur de la caution porte sur « *l'existence ou l'étendue de l'avantage (un crédit bien souvent) consenti par le créancier* » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 330, p. 231).

292 Cass. com., 26 mai 1992, n° 90-13.540 : *Bull. civ.* IV, n° 204 ; *JCP G* 1992, I 3623, obs. Ph. Simler.

293 Dans le cadre d'une erreur sur la contrepartie promise par le créancier, celui-ci a fait, au jour de la conclusion du contrat, une promesse à son cocontractant qu'il sait pertinemment ne jamais mettre à exécution, créant ainsi lui-même un faux contexte de signature du contrat et provoquant volontairement une représentation erronée de la réalité ; tandis que dans le cadre d'une erreur sur la solvabilité, le créancier s'abstient simplement de révéler une information ignorée de la caution dans le but de lui faire conclure le contrat. Il n'élabore pas un faux contexte de conclusion du contrat mais il entretient volontairement l'ignorance de son cocontractant dans le but de lui faire signer le cautionnement.

dirigeantes doivent démontrer que leur erreur porte sur une qualité substantielle en vertu de laquelle elles se sont engagées et que leur « *légèreté ou négligence excessives* »²⁹⁴ n'ont pas rendu leur erreur inexcusable. En matière d'erreur sur la solvabilité de la société cautionnée, elle doivent donc, non seulement prouver que la solvabilité de leur société était une condition déterminante de leur engagement, mais également excuser leur ignorance à l'appui de circonstances exceptionnelles. La jurisprudence ne stigmatise plus les cautions dirigeantes et impose désormais à toutes les cautions capables de s'enquérir de la portée réelle de leur engagement²⁹⁵ de démontrer l'existence de telles circonstances. Cependant, à ce jour, lorsqu'elle est invoquée par une caution ayant l'obligation de se renseigner, l'erreur sur la solvabilité est circonscrite aux hypothèses de dol du créancier.

Même si elle ne porte pas sur une représentation erronée de la situation financière de la société, l'erreur sur la remise effective des fonds cautionnés au débiteur principal porte, elle aussi, sur l'existence d'un aléa dans le contrat de cautionnement. En effet, l'aléa inhérent à tout contrat de cautionnement n'existe manifestement pas lorsqu'un créancier n'a jamais eu l'intention de se constituer un débiteur de secours en cas d'éventuelle défaillance de la société mais qu'il souhaitait seulement obliger le dirigeant à se rendre codébiteur de dettes déjà existantes au jour de la conclusion du contrat de cautionnement.

Lorsqu'un créancier s'engage à maintenir ou à délivrer de nouveaux fonds à une société contre l'engagement personnel du dirigeant, il s'oblige à exécuter son obligation de faire, sous peine de priver le contrat de cautionnement de cause (I). Aussi, lorsqu'un créancier ne délivre pas les fonds conformément aux conditions ayant déterminé l'engagement de la caution dirigeante, l'erreur commise par celle-ci doit être excusée par l'inexécution (dolosive) du créancier (II).

I – Le caractère déterminant de l'erreur sur la contrepartie

51. – Plan. *« L'erreur sur la substance s'entend non seulement de celle qui porte sur la matière même dont la chose est composée, mais aussi et plus généralement de celle qui a trait aux qualités substantielles en considération desquelles les parties ont contracté »*²⁹⁶. En matière de cautionnement, la

294 J.-L. AUBERT, J. FLOUR, É. SAVAUX, *Les obligations, I. L'acte juridique*, 15^e éd., coll. Sirey Université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2012, n° 206, p. 194.

295 Rennes, 1^{re} ch. B, 18 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-049999.

296 Cass. civ., 28 janv. 1913 : *S.* 1913, I, p. 487.

substance ne pouvant concerner la matière qui compose la chose, elle est caractérisée par les qualités essentielles du contrat en vertu desquelles la caution a accepté de s'engager.

Si les cautions dirigeantes sont susceptibles de se prévaloir d'une erreur sur la substance, elles doivent cependant démontrer que la remise effective et conforme des fonds cautionnés à leur société constituait l'une de ces qualités substantielles (A). Par ailleurs, la caution ne doit pas seulement prouver qu'elle a commis une erreur sur la remise des fonds cautionnés, elle doit également démontrer que cette erreur a été déterminante dans son choix de contracter²⁹⁷ : *« il est aujourd'hui admis de façon certaine que l'erreur n'emporte la nullité du contrat que si elle a été déterminante du consentement du demandeur. Autrement dit, le contractant victime doit établir que s'il n'avait pas commis cette erreur, il n'aurait pas conclu le contrat ou, à tout le moins, qu'il l'aurait conclu à des conditions différentes. À défaut, il ne sera pas possible de dire que son consentement s'est trouvé vicié »*²⁹⁸. Les exigences probatoires ne sont cependant pas aussi rigoureuses à l'égard d'une caution qui invoque une erreur sur la solvabilité du débiteur principal que d'une caution qui invoque une erreur sur la remise effective des sommes cautionnées à la société. Cette différence de traitement résulte de la flagrance du caractère déterminant de l'erreur sur la remise des fonds cautionnés. En effet, la solvabilité de la société cautionnée n'est pas naturellement considérée comme un élément déterminant du consentement de la caution dirigeante qui est censée connaître la solvabilité de son entreprise et qui n'a, dès lors, aucune raison d'en faire une condition de son engagement. En revanche, concernant l'erreur sur la délivrance des sommes cautionnées, l'appréciation du caractère déterminant est simplifiée, celui-ci résidant dans la commune intention des parties au contrat. L'appréciation d'une telle erreur sur la contrepartie revient *in fine* à constater que la finalité du cautionnement n'est pas conforme à la volonté de la caution (B).

297 L'erreur doit avoir été déterminante pour le consentement de la caution. Autrement dit, sans cette erreur, la caution n'aurait jamais contracté l'engagement litigieux (Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 238, p. 265).

298 J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2006, n° 121.

A) L'absence de remise ou la délivrance non-conforme des fonds cautionnés : une erreur sur la finalité du cautionnement

52. – L'erreur sur la finalité du cautionnement. Le cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société ne peut pas donner lieu à une nullité fondée sur l'erreur sur la destination des fonds. Si cette erreur est admise à l'égard d'une caution qui n'est pas intégrée aux affaires du débiteur principal, la caution dirigeante – parce qu'elle est la personne physique normalement habilitée à user des fonds empruntés – ne peut pas invoquer une erreur d'affectation qu'elle aurait elle-même réalisée. Il existe néanmoins des situations dans lesquelles la destination des fonds prêtés ne dépend pas du dirigeant et le financement espéré n'est finalement pas accordé ou pas octroyé dans les termes convenus avec le créancier. Dans une telle hypothèse, l'erreur ne porte pas sur la destination des fonds qui suppose une remise préalable mais une erreur sur la délivrance effective et conforme des fonds cautionnés²⁹⁹.

Il s'agit notamment des situations dans lesquelles le banquier conditionne l'octroi d'un crédit supplémentaire au cautionnement du dirigeant et n'accorde finalement pas la facilité de caisse promise, usant de la sûreté pour obtenir le paiement des dettes déjà constatées au jour de l'engagement de la caution. La cour d'appel de Versailles avait ardemment sanctionné ce type de comportement sans pour autant relever son caractère fautif : « *doit être annulé pour erreur le cautionnement donné en vue du maintien du concours bancaire, cause déterminante de l'engagement, lorsque la banque peu après la signature de la garantie interrompt brutalement ses concours* »³⁰⁰. La cour d'appel de Paris avait adopté la même position à l'égard d'une banque qui n'avait pas augmenté la ligne de crédit de la société cautionnée et qui avait utilisé le cautionnement pour se constituer un « *codébiteur solidaire et solvable* »³⁰¹ pour les dettes déjà contractées par la société. Elle avait alors prononcé la nullité du cautionnement au visa de l'article 1110 du Code civil car « *la finalité du cautionnement n'était pas conforme à la volonté de la*

299 F. CHABAS, H. MAZEAUD, J. MAZEAUD, L. MAZEAUD, Y. PICOD, *Leçons de droit civil. Tome 3. Premier volume. Sûretés, publicité foncière*, 7^e éd. par Y. PICOD, Paris, Montchrestien, 1999, n° 28-2, p. 51-52.

300 Versailles, 12^e ch., 15 déc. 1988 : *JurisData* n° 1988-047668 ; *Dr. Sociétés* 1989, comm. 165.

301 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 64, p. 100.

caution »³⁰². La Chambre commerciale de la Cour de cassation n'avait pas jugé autrement lorsqu'elle constata, dans une décision du 11 février 1986, « *qu'au moment de la conclusion du contrat de cautionnement, le créancier n'avait pas l'intention de maintenir le crédit qu'il avait accordé au débiteur principal, alors que la caution n'avait souscrit son engagement que pour obtenir le maintien de ce crédit* »³⁰³.

53. – Erreur sur la finalité du cautionnement ou manoeuvre dolosive ?

Dans de telles circonstances, il est manifeste que le consentement de la caution dirigeante est erroné. Cette dernière accepte d'engager son patrimoine personnel uniquement parce qu'elle pense obtenir un financement pour sa société. Sans cette certitude, la caution ne se serait pas engagée. Qui plus est, de telles pratiques peuvent avoir de graves conséquences sur la santé financière de la société et donc sur le patrimoine personnel de la caution. Le dirigeant qui sollicite un financement pour sa société espère développer son entreprise ou investir ces fonds dans des opérations lucratives qui permettront, à leur tour, de rembourser les dettes contractées. Si le créancier ne tient finalement pas sa promesse de financement, la société sera inévitablement dans une situation financière délicate, celle-ci ne pouvant pas réaliser l'opération ou obtenir le maintien de crédits qui devaient lui permettre de régler les dettes déjà contractées au jour du cautionnement. L'ensemble des juridictions précédemment citées avaient ainsi conclu à la nullité des cautionnements sur le fondement de l'article 1110 du Code civil et s'étaient simplement attardées sur l'erreur commise par la caution. Cependant, il serait plus opportun d'observer ce type de comportements sous l'angle de la manoeuvre dolosive du créancier qui trompe son cocontractant sur son intention de délivrer le crédit promis à la société³⁰⁴.

54. – Les manoeuvres dolosives sur la finalité du cautionnement. Une décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 février 1990 sanctionna l'adoption d'un tel comportement par un créancier sur le fondement de l'article 1116 du Code civil. Dans les faits, le président

302 Paris, 15^e ch. A, 6 juin 1989 : *JurisData* n° 1989-022680 ; *Dr. Sociétés* 1989, comm. 339.
303 Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-11.117 : *Bull. civ.* IV, n° 22 ; *D.* 1987, p. 446, note L. Aynès.

304 Ces pratiques ne sont cependant pas exclusivement réservées au domaine bancaire. Il est également envisageable qu'un fournisseur, qui avait pourtant sollicité le cautionnement du dirigeant à cette fin, refuse finalement d'augmenter la ligne de crédit de la société cautionnée et utilise le cautionnement pour s'assurer du paiement des sommes déjà contractées par la société (non encore exigibles déjà impayées).

d'une société s'était porté caution des dettes de sa société à l'égard d'un établissement bancaire. Un mois avant la signature du cautionnement, la banque avait rejeté des effets de commerce tirés sur le compte de la société par son fournisseur. Suite à un rapprochement de la banque avec le fournisseur, ce dernier avait ensuite refusé toute livraison à crédit, condamnant ainsi l'entreprise à une prompt cessation des paiements. Après la mise en règlement judiciaire de la société, la banque assigna la caution en paiement des sommes dues (arrérages d'un prêt et solde du compte courant). La caution refusa d'honorer ses engagements, estimant que le rapprochement de la banque avec le fournisseur, ainsi que le silence intentionnellement gardé par ce dernier à ce sujet avaient pour objectif de lui faire contracter un cautionnement dans un moment où le créancier savait l'entreprise irrémédiablement compromise.

La Cour de cassation estima que la banque avait agi en connaissance de cause, à l'insu de la caution et de manière à déterminer son consentement, rejetant par conséquent le pourvoi de la banque créancière³⁰⁵. L'attitude de l'établissement bancaire était sans aucun doute animée par la mauvaise foi car, non seulement elle manoeuvrait pour que la société n'ait plus la possibilité de se fournir à crédit en rejetant les traites et en se rapprochant du fournisseur, mais également parce qu'elle s'était volontairement tue à ce sujet afin que le dirigeant pense que son entreprise continuerait à fonctionner normalement dans le seul but de lui faire contracter un cautionnement pour garantir les dettes laissées par une société que la banque avait « *condamné ainsi à un prompt dépérissement* ».

Dans cette décision du 20 février 1990, la Cour de cassation sanctionnait le créancier qui avait manifestement eu l'intention de commettre un dol par réticence en manoeuvrant avec le fournisseur pour conduire la société à la faillite tout en s'assurant un débiteur de secours pour les dettes déjà contractées. Fort heureusement, ces pratiques ne sont pas monnaie courante et l'on pourrait même penser que le dol n'avait été retenu dans cet arrêt qu'en raison de la gravité du comportement de ce créancier.

B) La preuve du caractère déterminant de l'erreur sur la remise effective ou conforme des fonds cautionnés

55. – La charge de la preuve du caractère déterminant. Conformément

³⁰⁵ Cass. com., 20 févr. 1990, n° 88-10.066, inédit.

aux articles 1110 et 1116 du Code civil, la caution dirigeante doit prouver que la remise effective des fonds garantis était une condition déterminante de son engagement. Cette preuve est cependant facilitée par le caractère communément déterminant de cette erreur. En effet, il est possible de transposer la théorie doctrinale de « *la qualité objectivement substantielle aux yeux de tous* »³⁰⁶ au caractère déterminant de cette erreur pour affirmer que le créancier connaît nécessairement l'importance de la délivrance des fonds garantis pour la caution dirigeante. La remise des sommes cautionnées à l'entreprise aurait ainsi un caractère objectivement déterminant selon l'opinion commune³⁰⁷, sans que la caution n'ait à démontrer autre chose que l'absence de délivrance conforme de fonds à la société depuis la conclusion de la sûreté. La jurisprudence tolère, par ailleurs, que cette preuve soit déduite de l'absence de circonstances particulières justifiant que le créancier n'ait pas délivrer le financement cautionné ou encore de la rapidité avec laquelle le créancier a actionné le nouveau débiteur qu'il s'était constitué *via* le contrat de cautionnement.

L'appréciation de cette erreur réside finalement dans l'examen de la commune intention des parties au contrat de cautionnement. Lorsque la caution entend garantir un financement futur pour sa société qu'il ne lui incombera peut-être jamais de régler et que le créancier entend obtenir un remboursement immédiat des dettes déjà contractées par la société, il est évident que la commune intention des parties n'est pas de conclure un contrat de cautionnement et que la rencontre des consentements ne s'est pas faite car la finalité du cautionnement n'est pas conforme à la volonté de la caution.

56. – L'absence causale de remise effective des fonds cautionnés. Dans le cadre d'une erreur sur la remise effective et conforme des fonds cautionnés, la preuve du caractère déterminant de l'engagement de la caution dirigeante ne pose pas de difficulté majeure. La jurisprudence admet avec beaucoup de clémence que le cautionnement du dirigeant est généralement donné en vue d'obtenir ou de maintenir un concours financier pour sa société et que ce motif est la « *cause déterminante de son engagement* »³⁰⁸. La Cour de cassation avait même admis que la caution ne s'engageait « *que pour obtenir*

306 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15^e éd., coll. Sirey Université (série droit privé), Paris, Sirey, 2012, n° 197, p. 181.

307 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 500, p. 243.

308 Versailles, 12^e ch., 15 déc. 1988 : *JurisData* n° 1988-047668 ; *Dr. Sociétés* 1989, comm. 165.

le maintien du crédit »³⁰⁹, expliquant ainsi que la délivrance des fonds sollicités est non seulement une condition déterminante du consentement de la caution dirigeante mais qu'elle constitue également la cause de son engagement.

Le Professeur Laurent Aynès notait très justement à propos d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 6 juin 1989³¹⁰ que, bien qu'ayant un caractère *« unilatéral et accessoire, le cautionnement ne peut être apprécié indépendamment du rapport principal auquel il s'accroche. L'engagement de la caution s'explique par toute une série de considérations, dont la notion traditionnelle de cause, forgée pour les contrats synallagmatiques, rend mal compte. Parmi ces considérations, figure évidemment le crédit accordé au débiteur en l'absence duquel une sûreté est inutile. Il faut donc poser en principe que si le créancier n'entend pas faire crédit au débiteur, il ne peut obtenir un cautionnement. Si la dette présente demeure immédiatement exigible, l'engagement de la caution n'a pas de sens : qu'elle paie par intervention ! »*³¹¹. Ainsi, le contrat de cautionnement est nul pour absence de cause et le consentement de la caution vicié pour erreur ou dol lorsque le créancier n'exécute pas l'unique raison pour laquelle le dirigeant a cautionné les dettes de sa société. La caution dirigeante n'entend manifestement pas devenir un débiteur de secours pour les dettes déjà contractées par sa société, elle consent à garantir un financement nécessaire à son entreprise, non exigible au jour de la conclusion du cautionnement³¹².

II – Le caractère excusable de l'erreur sur la contrepartie

57. – Une erreur excusée par le mensonge dolosif du créancier. Certaines décisions, précédemment évoquées, sanctionnent l'attitude des créanciers n'ayant jamais eu l'intention d'octroyer ou de maintenir le crédit pour lequel ils sollicitaient la garantie, souhaitant simplement obtenir un débiteur de secours solvable pour des dettes déjà acquises³¹³. Il arrive parfois que certains établissements bancaires ou autres créanciers (fournisseurs par

309 Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-11.117 : *Bull. civ. IV*, n° 22 ; *D.* 1987, p. 446, note L. Aynès.

310 Paris, 15^e ch. A, 6 juin 1989 : *JurisData* n° 1989-022680 ; *Dr. Sociétés* 1989, comm. 339.

311 L. AYNÈS, « Vice du consentement : erreur de la caution dont l'engagement a une fausse cause », *D.* 1990, n° 42, p. 384.

312 L'erreur sur l'affectation des fonds à la société cautionnée relèverait ainsi davantage d'une absence de cause (Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, n° 87, p. 76).

313 Position constante depuis : Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-11.117 : *Bull. civ. IV*, n° 22 ; *D.* 1987, p. 446, note L. Aynès.

exemple) sollicitent un engagement du dirigeant afin de maintenir une ligne de crédit ou de débloquent des fonds pour un nouveau projet et usent finalement de cette garantie pour apurer les dettes déjà contractées (et demeurant impayées)³¹⁴. Or, c'est précisément quand la cessation des paiements est proche que le dirigeant va solliciter une nouvelle ligne de crédit pour maintenir son entreprise à flot ou va tenter une nouvelle opération financière pour relancer ses affaires et solder ses impayés. Pour s'en sortir et maintenir sa société *in bonis*, le dirigeant doit avoir ce financement mais celui-ci ne sera accordé que si le dirigeant s'engage personnellement puisque la société n'est plus considérée comme un débiteur fiable et solvable. C'est dans un tel contexte que des dérives peuvent avoir lieu et que les créanciers peuvent être tentés d'utiliser les nouveaux fonds pour éponger une partie des dettes et pour se constituer un débiteur de secours.

La grande majorité des décisions sanctionnent étrangement ces pratiques sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, autrement dit, sur le fondement de l'erreur. D'une certaine façon, le recours à l'erreur est cohérent puisque la caution a effectivement eu une vision erronée de la situation. Elle pensait s'engager pour garantir une opération future ou pour obtenir un supplément de crédit et se retrouve finalement codébiteur solidaire de dettes déjà exigibles. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que cette erreur n'est pas simplement due à la caution qui aurait eu une vision déformée de la réalité mais qu'elle a été provoquée par le mensonge du créancier qui savait, dès le départ, à quoi le cautionnement et les fonds seraient destinés. Cette attitude constitue manifestement un dol³¹⁵. Le créancier a nécessairement une intention dolosive lorsqu'il réclame un engagement qui ne reflète pas ses réelles intentions contractuelles et qu'il poursuit seulement l'objectif de duper la caution pour la contraindre à s'engager. En agissant de la sorte, le créancier ne se contente pas de passer sous silence certaines informations, il ment à son cocontractant dans le but de le forcer à conclure une autre convention qu'un cautionnement. La caution dirigeante, parfois isolée des

314 Ces pratiques sont visibles dans le monde des affaires. Certains fournisseurs peuvent laisser des dettes s'accumuler sans avoir contracté la moindre garantie le jour de la conclusion du contrat principal tout simplement parce qu'ils faisaient confiance à l'entreprise débitrice qui avait initialement une bonne solvabilité et qui était bien cotée par les sociétés d'information financière. Les difficultés que peuvent rencontrer ces entreprises par la suite ne sont pas toujours anticipées et la tentation est grande, pour un créancier, de prendre des garanties lorsque la société va mal, que les dettes s'accroissent et que le risque d'impayé est présent.

315 Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-11.117 : *Bull. civ.* IV, n° 22 ; *D.* 1987, p. 446, note L. Aynès.

autres cautions en raison des informations qu'elle est susceptible de détenir, est donc parfaitement en droit de se prévaloir d'un mensonge du créancier qu'elle ne peut ni prévoir, ni imaginer grâce à sa qualité de dirigeant. Sa signature apposée sur le contrat de cautionnement manifeste à elle seule son ignorance car, si elle avait su que le créancier comptait en faire un « *débiteur substitué* »³¹⁶ pour des dettes déjà exigibles au lieu d'en faire une caution de dettes futures, elle ne se serait jamais engagée, la délivrance de ces nouveaux fonds étant l'unique raison pour laquelle un dirigeant accepte de cautionner les dettes de sa société.

58. – Une erreur excusée par l'absence de caractère accessoire dans le contrat de cautionnement. La jurisprudence est favorable aux cautions se fondant sur l'article 1116 du Code civil, estimant qu'un créancier qui cache à la caution la véritable destination des fonds garantis est coupable de dol, même lorsque la demanderesse est une « *caution éclairée* »³¹⁷. Elle estime que le consentement de toutes les cautions, y compris des cautions averties, peut être surpris par de tels manoeuvres émanant du créancier et qu'aucun élément ne peut permettre à celles-ci d'imaginer le réel objet du contrat souscrit. Ainsi, la délivrance conforme des fonds garantis est une condition déterminante pouvant affecter le consentement de la caution dirigeante et pouvant également fonder la nullité du contrat pour absence de cause, cette dernière étant liée à la contrepartie octroyée à sa société (financement ou maintien d'une ligne de crédit)³¹⁸.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait d'ailleurs estimé que, dans une telle situation, la cause de l'engagement de la caution faisait défaut et que le contrat de cautionnement encourait la nullité sur ce fondement, sans faire aucune référence aux vices du consentement³¹⁹. Par ailleurs, l'objet du contrat de cautionnement est de garantir un risque d'impayé de dettes futures et non l'obligation de payer des dettes déjà acquises. Si le dirigeant avait souhaité devenir débiteur solidaire des dettes présentes, il aurait tout simplement payé

316 Cass. com., 10 mars 2004, n° 02-10.406, inédit.

317 Cass. com., 26 mai 1992, n° 90-13.540 : *Bull. civ.* IV, n° 204. En l'espèce, il s'agissait de l'épouse du gérant, associée et comptable de la société cautionnée qui, bien que considérée comme une caution « éclairée », ne pouvait pas imaginer que le crédit avait pour unique objet d'éponger des dettes déjà exigibles.

318 Si le fondement de l'absence de cause semble ouvert à la caution dirigeante pour faire sanctionner l'attitude de son cocontractant, il semble toutefois préférable de privilégier le fondement du dol à titre de sanction puisque, en tant que délit civil, il permet non seulement d'obtenir la nullité du contrat mais il permet également à la caution d'obtenir des dommages-intérêts.

319 Aix-en-Provence, 8^e ch. B, 28 mai 2004, n° 01/16680.

par intervention³²⁰ au lieu de contracter un cautionnement. Ainsi, lorsqu'un dirigeant s'engage en ayant la conviction de cautionner des dettes futures alors qu'il contracte en réalité une obligation de payer des dettes présentes, il ne donne manifestement pas son consentement pour un contrat accessoire et aléatoire. Un tel mensonge vicie nécessairement le consentement de la caution dirigeante mais il affecte également la cause et la nature même du contrat de cautionnement. *« Comme le souligne le Professeur Laurent Aynès, on est très proche ici de l'erreur-obstacle, de l'erreur portant sur la nature même de l'engagement : si le créancier rompt peu de temps après le crédit octroyé en contrepartie du cautionnement accordé, il n'avait en réalité l'intention que de se doter d'un débiteur supplémentaire "contre lequel il allait pouvoir, immédiatement après la rupture du crédit, engager une procédure de recouvrement". À la vérité, l'erreur sur la cause n'a pas conquis son autonomie notionnelle : elle échoue à s'émanciper de l'erreur ou de la cause, et peut selon les hypothèses être réduite à l'une ou bien à l'autre. Aussi sera-t-elle encore évoquée plus loin, afin de mettre à jour les rapports qu'elle tisse avec la cause du cautionnement. »*³²¹

§ 2 : L'erreur sur l'existence de garanties complémentaires au cautionnement

59. – Plan. Contrairement à une erreur sur la solvabilité de la société cautionnée, l'erreur sur la constitution de garanties complémentaires ne correspond pas à une représentation erronée de la situation financière de la société ou à une erreur sur l'existence d'un aléa dans le contrat de cautionnement. L'aléa existe encore ; seulement les chances de recourir au patrimoine personnel de la caution dirigeante sont plus grandes que celle-ci ne le pensait au jour de la conclusion du contrat puisque seul son engagement permettra *in fine* de désintéresser le créancier en cas de défaillance de sa société (I).

Or, lorsqu'un créancier s'engage à constituer une autre sûreté que le cautionnement du dirigeant, il s'oblige à accomplir toutes les formalités pour la rendre effective car la caution s'est engagée en ayant la conviction qu'une autre garantie permettrait de réduire la portée de son propre engagement. Il

320 L. AYNÈS, « Vice du consentement : erreur de la caution dont l'engagement a une fausse cause », *D.* 1990, n° 42, p. 384.

321 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN, *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 330, p. 231.

en va de l'étendue de l'objet de l'obligation souscrite par la caution dirigeante. Aussi, lorsque la promesse du créancier n'est pas mise à exécution, en raison de circonstances exclusives de toute faute, intentionnellement ou encore par négligence, l'erreur commise par la caution sur la portée de son engagement doit être excusée (II).

I – Le caractère déterminant de l'erreur sur les garanties complémentaires

60. – Plan. *« L'erreur sur la substance s'entend non seulement de celle qui porte sur la matière même dont la chose est composée, mais aussi et plus généralement de celle qui a trait aux qualités substantielles en considération desquelles les parties ont contracté »*³²². Dans un contrat de cautionnement, l'erreur n'est un vice du consentement, au sens de l'article 1110 du Code civil, que lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles du contrat, qualités en vertu desquelles la caution a accepté de s'engager. Si les cautions dirigeantes sont susceptibles de se prévaloir d'une erreur sur l'existence de garanties complémentaires, elles doivent cependant démontrer que cet élément constituait l'une de ces qualités substantielles. Cette démonstration peut paraître délicate à réaliser dans la mesure où cette erreur ne concerne pas un élément intrinsèque au contrat de cautionnement. Contrairement à l'erreur sur la remise effective et conforme des fonds cautionnés, elle ne porte pas sur la cause du contrat. Contrairement à l'erreur sur la solvabilité de la société cautionnée, elle ne porte pas sur le caractère aléatoire du contrat de cautionnement. L'erreur sur l'existence d'autres garanties semble davantage s'apparenter à une erreur sur une convention accessoire au contrat principal. Dès lors, il est légitime de se demander si cette erreur a trait effectivement aux qualités substantielles en considération desquelles la caution s'est engagée³²³ (A).

322 Cass. civ., 28 janv. 1913 : S. 1913, I, p. 487.

323 Il est nécessaire de se demander si la constitution d'autres sûretés par le créancier constitue-t-elle une qualité substantielle de l'objet du contrat de cautionnement. *« La réponse est a priori négative : l'importance du risque pris par la caution ne constitue pas la "substance" de l'engagement de la caution (comme l'est l'obligation garantie) »* (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 336, p. 234). Pourtant, en admettant qu'un cautionnement puisse être annulé en raison d'une erreur sur la fourniture d'autres sûretés, la Cour de cassation reconnu implicitement qu'il s'agissait là d'une qualité substantielle de l'objet du contrat, seule une erreur sur la substance de la chose permettant d'annuler la convention sur le fondement de l'article 1110 du Code civil (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163 : *Bull. civ. I*, n° 219 ; *Deffrénois* 1997, p. 1425, note L. Aynès ; *RTD civ.* 1997, p. 970, obs. M. Bandrac ; *D.* 1999, p. 181, note V. Frémont ; *JCP G* 1997, II 22916, note T. Gare ; *Gaz.*

Les cautions dirigeantes ne doivent pas seulement prouver qu'elles ont commis une erreur sur la substance, elles doivent également démontrer que cette erreur a été déterminante dans leur choix de contracter puisqu'il est aujourd'hui admis de façon certaine que l'erreur n'emporte la nullité du contrat que si elle a été déterminante du consentement de la caution³²⁴. Cependant, les règles de preuve applicables à l'erreur sur la solvabilité ne sont pas transposables à l'erreur sur la constitution de sûretés promises à la caution. L'application d'un régime probatoire dérogatoire fut longtemps justifiée par le rôle actif du créancier dans la commission de l'erreur. De plus, depuis un arrêt rendu le 18 mars 2014 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, ce régime probatoire dérogatoire a été réaffirmé en matière d'erreur sur l'existence d'autres garanties et ce, indépendamment de toute faute du créancier (B).

A) L'absence d'autres garanties : une erreur sur l'étendue du cautionnement

61. – La non-constitution des garanties complémentaires promises par le créancier. Suivant le raisonnement déjà adopté en matière d'erreur sur la solvabilité, la Cour de cassation accepta d'annuler le cautionnement conclu par une personne qui avait garanti les dettes d'une société en pensant que deux autres cautionnements avaient été souscrits le même jour par d'autres pour garantir les mêmes dettes. La première Chambre civile de la Cour de cassation³²⁵ prononça ainsi, sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, la nullité du contrat consenti par une caution qui croyait légitimement en la constitution de sûretés complémentaires par le créancier. La solution retenue par la Cour de cassation était équitable et fondée sur le bon sens : la caution pensait engager son patrimoine personnel dans une moindre mesure, elle n'entendait pas supporter, à elle seule, la totalité des dettes et comptait fermement sur la contribution à la dette d'autres cautions. Sans la conclusion de ces autres engagements, elle ne se serait certainement pas engagée ou aurait limité l'étendue de son cautionnement.

Pal. 1998, n° 1, p. 291, obs. S. Piedelièvre ; *JCP E* 1998, p. 170, obs. Ph. Simler). En considérant que cette erreur porte sur l'objet du cautionnement, plus particulièrement sur l'étendue du cautionnement, la constitution d'autres sûretés doit effectivement être considérée comme une qualité substantielle en considération de laquelle la caution dirigeante s'est engagée

324 J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2006, n° 121.

325 Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2009, n° 07-17.853, inédit.

La même solution, très protectrice à l'égard des cautions dirigeantes, avait déjà été adoptée par la première Chambre civile de la Cour de cassation à propos d'un créancier qui avait pourtant manifesté l'intention de tenir sa promesse d'inscription d'un nantissement mais qui avait involontairement échoué dans sa mission³²⁶. Selon la Cour de cassation, le cautionnement devait quand même être annulé parce que cette condition – déterminante pour la caution – aurait dû être satisfaite avant la délivrance effective des fonds empruntés, conformément à la volonté des parties. Cette négligence fut sévèrement reprochée au créancier et permit l'annulation du contrat de cautionnement sur le fondement de l'article 1110 du Code civil. Il n'était pas fait grief à la banque d'avoir volontairement omis d'inscrire le nantissement (élément déterminant de l'engagement des cautions) mais de l'avoir fait après la délivrance effective des fonds. Cette inscription tardive avait causé une croyance erronée des cautions en la constitution d'une telle garantie. En ne respectant pas les modalités et le délai fixé pour l'inscription du privilège, le créancier avait vicié le consentement des cautions et leur avait fait perdre la chance de contracter en parfaite connaissance de cause. Cette décision ne fut finalement que la suite logique d'un arrêt rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 17 novembre 2006³²⁷, imposant au créancier qui avait garanti sa créance par un cautionnement et par une autre sûreté provisoire de rendre celle-ci définitive sous peine de décharger la caution.

62. – L'étendue de l'obligation du créancier de constituer les sûretés complémentaires. Le créancier qui s'engage à prendre une garantie complémentaire au cautionnement du dirigeant s'obligerait ainsi à accomplir toutes les formalités pour la rendre effective. La caution s'engage parce qu'elle croit légitimement qu'une autre garantie permettra *in fine* de régler au moins partiellement les dettes de la société cautionnée. Le créancier aurait donc une véritable obligation³²⁸ de constituer la sûreté promise à la caution, sans quoi le consentement de cette dernière serait obligatoirement vicié. Tel est notamment le cas de la constitution d'autres cautionnements et, plus

326 Cass. 1^{re} civ., 10 avril 2008, n° 07-13.168, inédit.

327 Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863 : *Bull. civ. mixte*, n° 10 ; *D.* 2006, p. 2907, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2007, I 158, obs. Ph. Simler ; *JCP E* 2006, 2775, note D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2007, p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2007, p. 215, obs. D. Legeais ; *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 9, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, janv.-févr. 2007, p. 46, obs. N. Rontchevsky.

328 La Chambre mixte institue une véritable obligation à la charge du créancier bénéficiaire d'un cautionnement : « le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire **s'oblige** envers la caution à rendre cette sûreté définitive ».

largement, d'autres sûretés personnelles.

Une décision rendue ultérieurement par la première Chambre civile de la Cour de cassation pourrait néanmoins nuancer la portée de cette affirmation et de l'arrêt rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation, notamment en ce qui concerne la constitution de sûretés réelles. En effet, depuis un arrêt en date du 19 novembre 2009, une caution peut se prévaloir d'une erreur sur l'existence de garanties complémentaires uniquement lorsque la constitution de celles-ci dépendait exclusivement du fait du créancier. Les cautions ne peuvent donc plus reprocher à leur créancier d'avoir omis de constituer la garantie promise lorsque de telles formalités nécessitaient leur accord et ne résultaient pas de la seule volonté du créancier. Dès lors, *« si le créancier, bénéficiaire d'une sûreté provisoire, qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive, tel n'est pas le cas du créancier bénéficiaire d'une promesse d'hypothèque ou de nantissement, dès lors que la constitution de la sûreté est au seul pouvoir du promettant »*³²⁹.

Ainsi, la croyance de la caution en l'existence de garanties complémentaires à son cautionnement ne lui permet d'obtenir la nullité de son engagement que lorsque leur constitution dépend uniquement du fait du créancier. Une telle solution est emprunte de bon sens dans les situations pour lesquelles la caution sait que la constitution des garanties promises par le créancier est subordonnée à son accord. En effet, elle ne peut pas légitimement croire que le créancier a accompli cette formalité et que d'autres garanties viennent diminuer la portée de son engagement si son accord n'a jamais été donné ou même sollicité et qu'elle n'a pas réalisé les formalités requises. En revanche, cette solution est plus discutable lorsque la caution ignore le rôle actif qu'elle doit jouer dans la constitution de ces garanties. En effet, comment reprocher à une caution d'avoir commis une erreur sur l'existence d'autres garanties uniquement parce qu'elle n'a pas accompli des formalités dont elle ignorait l'existence ?

63. – La nullité des garanties complémentaires promises par le créancier. Les décisions susmentionnées permettent d'affirmer que le créancier bénéficiaire d'un cautionnement a l'obligation de constituer les garanties promises à la caution lorsque l'accomplissement de ces formalités

329 Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.173 : *Bull. civ.* I, n° 228 ; *D.* 2009. p. 2860, obs. V. Avena-Robardet.

dépend de son seul fait. Ainsi, si le créancier ne constitue pas, volontairement ou par négligence, la garantie promise à la caution alors que cette constitution ne nécessitait pas l'accord de son cocontractant, la caution peut invoquer une erreur sur l'existence d'autres garanties pour obtenir la nullité de son engagement. La jurisprudence protégeait le consentement des cautions qui avaient, par la faute exclusive du créancier, commis une erreur excusable sur l'étendue de leur engagement³³⁰.

Cependant, depuis une décision inédite rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 mars 2014³³¹, il convient de nuancer cette affirmation³³². Conformément aux arrêts précédemment évoqués, lorsque la constitution des autres sûretés résulte du seul fait du créancier – tel est le cas pour les contrats de cautionnements – la caution peut se prévaloir d'une erreur excusable sur la fourniture d'autres sûretés. Cependant, dans cette décision du 18 mars 2014, le créancier avait régulièrement procédé à la constitution de six autres cautionnements et n'avait commis aucune faute de nature à créer une représentation erronée sur l'étendue du cautionnement. Pourtant, malgré l'absence de faute du créancier – la nullité des autres cautionnements résultait de malversations réalisées par le gérant d'une société proche de la société cautionnée et n'avait *a priori* aucun lien avec le créancier lui-même –, la Chambre commerciale de la Cour de cassation prononça la nullité du cautionnement, estimant que cette caution n'avait accepté de s'engager qu'en considération de l'existence de sept autres cofidésseurs, dont une personne morale. D'aucuns affirmeront que cette solution n'est pas inédite et que la Cour de cassation avait déjà admis, dans un arrêt du 2 mai 1989³³³, qu'en cas de pluralité de cautions, dont l'une vient à disparaître ultérieurement, les autres cautions peuvent invoquer la nullité de leur engagement pour erreur sur l'étendue des garanties fournies au créancier. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que dans cet arrêt, la première Chambre civile de la Cour de cassation n'avait pas manqué de

330 Si l'erreur de la caution ne résultait pas de la faute exclusive du créancier, elle n'était pas excusable et ne pouvait fonder la nullité du contrat de cautionnement.

331 Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-11.733, inédit.

332 Dans les faits, une personne physique s'était portée caution solidaire d'un prêt consenti à une société avec sept cofidésseurs, dont une personne morale. Suite à des malversations commises par le gérant d'une société proche de la société cautionnée, cinq des cofidésseurs (dont la caution personne morale), déniaient leurs écritures et signature, furent déchargées de leur engagement. Suite à la mise en liquidation judiciaire de la société cautionnée, la banque créancière assigna en paiement l'une des deux cautions personnes physiques. Celle-ci invoqua alors, sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, une erreur sur l'existence de garanties complémentaires au cautionnements.

333 Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1989, n° 87-17.599 : *Bull. civ.* I, n° 175 ; *D.* 1990, p. 384, obs. L. Aynès.

préciser que les cautions dont l'engagement demeurait valable ne pouvaient obtenir la nullité de leur engagement qu'en démontrant qu'elles avaient fait du maintien de la totalité des cautions la condition déterminante de leur propre engagement. La démonstration de ce caractère déterminant venait ainsi pallier l'absence de faute du créancier et permettait d'appliquer le même régime probatoire qu'en matière d'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, ce qui, nous allons le démontrer, est loin d'être le cas dans la décision rendue par la Chambre commerciale le 18 mars 2014.

B) La preuve du caractère déterminant de l'erreur sur l'existence d'autres garanties

64. – La preuve du caractère déterminant en présence d'une faute du créancier. L'erreur sur la constitution de garanties complémentaires au cautionnement du dirigeant n'apparaît pas, de prime abord, aussi déterminante que l'erreur sur la délivrance des fonds cautionnés et ce, pour une raison simple : elle ne concerne pas la cause objective de l'engagement de la caution – à savoir l'octroi effectif du financement à sa société – mais elle concerne davantage l'étendue du cautionnement. Pourtant, lorsqu'un dirigeant décide de cautionner son entreprise en pensant que d'autres cautions (éventuellement des associés ou une autre société) s'engagent à ses côtés, le même jour et dans les mêmes termes, il ne peut pas être contesté que la caution a consenti à l'acte uniquement parce qu'elle pouvait légitimement croire qu'elle ne serait pas la seule caution à supporter définitivement la charge de la dette et qu'elle pensait engager son patrimoine personnel dans une moindre mesure.

Sensible à cet argument fondé sur le bon sens, la Cour de cassation admit que l'absence de constitution des garanties promises par le créancier à la caution était de nature à vicier le consentement de la caution. Dans de telles circonstances, la preuve du caractère déterminant de cette erreur devait être facilitée. Dans un arrêt en date du 10 avril 2008, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait notamment admis que la promesse d'inscription d'un nantissement de fonds de commerce, faite à la caution le jour de la conclusion du contrat et finalement non tenue, constituait un élément déterminant de l'engagement de la caution³³⁴. Confrontée à une faute du créancier, la caution peut dès lors se contenter d'établir que son cocontractant

³³⁴ Cass. 1^{re} civ., 10 avril 2008, n°07-13.168, inédit.

n'a pas tenu sa promesse de constituer les garanties promises, sans avoir à démontrer qu'elle avait fait de cette constitution, une condition déterminante de son engagement³³⁵. La caution doit simplement établir que, par la faute intentionnelle ou non du créancier, le cautionnement auquel elle avait consenti n'est en définitive pas conforme à celui qui lui incombe et que la non-constitution des autres garanties augmentent substantiellement la portée de son engagement. Or, conformément à l'article 2292 du Code civil, « *le cautionnement ne peut pas être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* »³³⁶. La simple inexistence des sûretés promises à la caution permet de déduire le caractère déterminant de son erreur, non seulement parce que le cautionnement ne doit pas être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté mais également parce que cela reviendrait à demander une preuve impossible à la caution qui ne détiendrait rien d'autre que la parole donnée par le créancier au jour du cautionnement³³⁷.

65. – La preuve du caractère déterminant en l'absence de faute du créancier. Il convient à présent de s'interroger sur la situation du créancier qui respecte sa promesse de constitution d'autres garanties et de l'annulation ultérieure de ces sûretés en l'absence de faute de celui-ci. S'il est de jurisprudence constante, qu'en cas de pluralité de cautions, dont l'une au moins vient à disparaître en l'absence de faute du créancier, les autres cautions peuvent invoquer la nullité de leur engagement pour erreur sur l'étendue des garanties fournies, il convient de préciser que la Cour de cassation a longtemps exigé que la caution prouve qu'elle avait fait de cette erreur une condition déterminante de son engagement³³⁸.

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 mars 2014 remet cependant fondamentalement en cause l'obligation d'opérer une telle démonstration dans ces circonstances. Pour s'en convaincre, rappelons les faits : une personne physique s'était portée caution solidaire d'un prêt consenti à une société avec sept cofidéjusseurs, dont une personne

335 En réalité, la démonstration de ce caractère déterminant n'exige pas autant de rigueur que dans le cadre d'une erreur sur la solvabilité. Aucune condition tacite ou expresse n'est exigée car la jurisprudence considère que la caution dirigeante peut légitimement se tromper sur la portée de son engagement lorsque la condition ayant déterminé son consentement au cautionnement ne dépend pas d'elle, de ses fonctions ou de ses recherches (comme en matière de solvabilité) mais dépend du fait créancier qui a promis un événement qui ne s'est pas produit.

336 L. AYNÈS, « Vice du consentement : erreur de la caution dont l'engagement a une fausse cause », *D.* 1990, n° 42, p. 384.

337 *Loc. cit.*

338 Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1989, n° 87-17.599 : *Bull. civ.* I, n° 175 ; *D.* 1990, p. 384, obs. L. Aynès.

morale. Suite à des malversations commises par le gérant d'une société proche de la société cautionnée, cinq de ces cofidés (dont la caution personne morale), déniaient leurs écritures et signature, furent déchargés de leur engagement. Suite à la mise en liquidation judiciaire de la société cautionnée, la banque créancière assigna en paiement l'une des deux personnes physiques dont le cautionnement n'avait pas été annulé. Celle-ci invoqua alors, sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, une erreur sur l'existence d'autres cautionnements bénéficiant au créancier pour ce débiteur. La caution n'avait pas expressément stipulé que la validité des engagements de ses cofidés était une condition déterminante de son propre engagement. Pourtant, contre toute attente, la Chambre commerciale de la Cour de cassation estima « *qu'au regard de l'importance de l'engagement souscrit, la caution n'a pu se porter caution de la société qu'en considération de l'existence des sept autres cofidés, dont une personne morale. Ayant ainsi fait ressortir que la caution avait fait de l'existence des autres cautionnements souscrits la condition déterminante de son propre engagement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de prononcer la nullité de l'engagement de caution* »³³⁹. Une caution peut ainsi prouver le caractère déterminant d'une erreur sur l'existence de garanties complémentaires en faisant simplement observer l'importance de l'engagement supporté par son seul patrimoine. Selon la Cour de cassation, dans de telles circonstances, le caractère déterminant de l'erreur doit être communément admis³⁴⁰ : il s'agit d'une qualité objectivement substantielle aux yeux de tous³⁴¹, aucune caution ne pouvant raisonnablement consentir à s'engager seule dans de telles proportions.

II – Le caractère excusable de l'erreur sur les garanties complémentaires

66. – Plan. Lorsqu'une caution dirigeante ne souhaite pas assumer, avec son seul patrimoine personnel, la totalité des dettes de sa société et compte, pour ce faire, sur la contribution à la dette d'autres cautions (associés, sociétés, etc.) ou sur la constitution d'autres privilèges ou garanties réduisant *in fine* sa

³³⁹ Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-11.733, inédit.

³⁴⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 500, p. 243.

³⁴¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Les obligations, I. L'acte juridique*, 15^e éd., coll. Sirey Université (série droit privé), Paris, Sirey, 2012, n° 197, p. 181.

contribution à la dette, l'annulation du contrat de cautionnement sur le fondement des vices du consentement doit être envisagée. Plusieurs situations doivent néanmoins être distinguées : soit le créancier avait promis à la caution de contracter d'autres garanties afin de réduire la portée de son engagement mais celui-ci ne s'exécute intentionnellement pas ou fait preuve de négligence dans l'accomplissement de ses diligences ; soit le créancier respecte sa promesse de constituer d'autres garanties mais des événements ultérieurs et extérieurs à sa personne entraînent leur invalidation (B) ; soit enfin, la caution perd son bénéfice de subrogation par la faute du créancier qui n'a pas inscrit ou renouvelé un droit, un privilège ou une hypothèque (A). Ces agissements peuvent ainsi être intentionnels – le créancier n'a jamais eu l'intention de respecter sa promesse et l'avait simplement donnée dans le but de surprendre le consentement de la caution –, résulter d'une simple négligence du créancier ou encore lui être complètement étrangers. Il convient de distinguer ces différentes situations pour savoir si celles-ci sont de nature à excuser l'erreur commise par la caution dirigeante.

A) La perte d'un droit subrogatoire excusant l'erreur de la caution dirigeante

67. – Une protection efficace de la caution *via* le bénéfice de subrogation.

L'article 2314 du Code civil dispose que « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». La jurisprudence estime par ailleurs de façon constante que la caution dirigeante ne subit pas un régime dérogatoire, qu'elle n'est pas tenue de veiller à la protection ou à la constitution de son bénéfice de subrogation et qu'elle n'a pas à se substituer au créancier qui a l'obligation d'accomplir ces formalités³⁴².

Cette disposition pousse ainsi à se demander dans quelle mesure et en quelles circonstances la caution peut être déchargée de ses engagements si le créancier lui fait perdre le bénéfice d'un droit subrogatoire ? Dit autrement,

³⁴² À propos du président du conseil d'administration ayant cautionné les dettes de sa société : Cass. com., 5 mars 1980, n° 78-16.412 : *Bull. civ. IV*, n° 105 : « *Ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui, pour priver une caution du bénéfice des règles posées par l'article 2037 du Code civil, et après avoir constaté que la sûreté donnée par le débiteur principal était devenue caduque faute de renouvellement dans le délai légal, déclare que la caution était en mesure de prendre les dispositions utiles à la sauvegarde de ses intérêts sans préciser en vertu de quelle obligation, selon quelles modalités et à quel titre cette caution aurait dû agir.* »

le créancier a-t-il l'obligation de contracter tous les droits et privilèges qui sont en faveur de la caution et qui amoindrissent la charge finale de son engagement ? Si la réponse est positive, on pourrait imaginer une action de la caution sur ce fondement à l'égard d'un créancier qui n'accomplit pas les diligences qu'elle attend de lui. Dans le cas contraire, le recours aux vices du consentement s'avèrerait inéluctable pour décharger la caution qui comptait sur le mécanisme de la subrogation pour diminuer son engagement.

Initialement, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considérait que le fait d'inscrire une hypothèque, un privilège ou de se constituer un droit préférentiel ne représentait « *qu'une faculté pour le créancier, ce dernier, lorsqu'il est, par ailleurs, garanti par un cautionnement, commet une faute au sens de l'article 2314 du Code civil si, en s'abstenant, il prive la caution d'un droit pouvant lui profiter* »³⁴³ ; tandis que la première Chambre civile de la Cour de cassation jugeait que « *la seule référence à la nature d'un prêt est insusceptible, en l'absence d'une mention figurant dans l'acte de cautionnement, ou dans un acte antérieur ou concomitant afférent à l'opération de crédit, de caractériser la croyance légitime dans le fait que le créancier prendrait d'autres garanties* »³⁴⁴. Les positions retenues par les différentes Chambres de la Cour de cassation étaient ainsi contradictoires : l'une estimait que le fait de faire perdre à la caution un droit dont elle pouvait profiter engageait la responsabilité du créancier fautif et libérait la caution ; tandis que l'autre affirmait, qu'en l'absence de clause en ce sens dans le contrat de cautionnement, la caution ne pouvait pas invoquer sa croyance erronée pour être déchargée de son engagement. Dans ce contexte, la Chambre mixte fut chargée de répondre à la question suivante : un créancier qui obtient un cautionnement est-il tenu d'accomplir toutes les formalités nécessaires pour assurer un droit de subrogation à la caution ? En principe, la réponse devrait être négative, l'article 2314 du Code civil imposant simplement au créancier de ne pas faire perdre, par sa faute, ce bénéfice et en aucun cas de créer des droits subrogatoires à la caution. La Chambre mixte statua finalement en faveur de la caution, affirmant que même en l'absence d'engagement pris par le créancier d'inscrire un nantissement de fonds de commerce, celui-ci devait néanmoins procéder aux formalités nécessaires pour le rendre définitif lorsqu'il s'était dans le même temps garanti par un

343 Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-15.404 : *Bull. civ. IV*, n° 73 – Cass. com., 3 déc. 2003, n° 01-14.761, inédit.

344 Cass. 1^{re} civ., 29 févr. 2000, n° 97-20.090 : *Bull. civ. I*, n° 70.

cautionnement³⁴⁵.

68. – L'obligation du créancier d'alléger le poids de la créance cautionnée ? Suivant la décision rendue par la Chambre mixte de la Cour de cassation, le créancier a l'obligation d'accomplir les formalités nécessaires pour rendre définitive une sûreté lorsqu'il est, dans le même temps, garanti par un cautionnement³⁴⁶. Pour autant, la Chambre mixte n'indiqua pas si le créancier a l'obligation d'inscrire une hypothèque, un privilège ou de se constituer un droit préférentiel afin d'alléger le poids de la dette cautionnée. Si la réponse s'avère positive, la caution n'a plus aucune raison de recourir aux vices du consentement pour être déliée de ses engagements, le fondement de l'article 2314 du Code civil permettrait à lui seul d'obtenir pleinement satisfaction.

Une décision rendue par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 19 novembre 2009 avait amorcé une réponse, affirmant que la caution ne peut se prévaloir de l'article 2314 du Code civil que si la perte du bénéfice de subrogation résulte exclusivement de la faute du créancier³⁴⁷. Autrement dit, la caution ne pourrait se fonder sur cette disposition que lorsque le créancier, par son seul fait fautif, l'a privée d'un recours subrogatoire. La Chambre commerciale de la Cour de cassation offrit ensuite une réponse sans équivoque dans un arrêt en date du 14 janvier 2014, affirmant que la caution peut être libérée de son engagement lorsque le créancier n'a pas tout mis en oeuvre pour alléger le poids de la dette cautionnée³⁴⁸. En s'abstenant de prendre un nantissement judiciaire sur le fonds de commerce de la société cautionnée, la banque avait commis une négligence fautive ayant causé la perte d'un droit subrogatoire pour la caution³⁴⁹. Le créancier titulaire d'un

345 Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863 : Bull. civ. mixte, no 10 ; D. 2006, p. 2907, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2007, I 158, obs. Ph. Simler ; JCP E 2006, 2775, note D. Houtcieff ; RTD civ. 2007, p. 157, obs. P. Crocq, RTD com. 2007, p. 215, obs. D. Legeais ; *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 9, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, janv.-févr. 2007, p. 46, obs. N. Rontchevsky.

346 Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, *op. cit.*

347 Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.173 : Bull. civ. I, n° 228 ; D. 2009, p. 2860, obs. V. Avena-Robardet.

348 Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-21.389, inédit.

349 Toujours sur le fondement de l'article 2314 du Code civil, la caution doit être déchargée de ses engagements lorsque le créancier ne déclare pas sa créance dans la procédure collective ouverte au bénéfice de la société cautionnée et qu'il lui a fait perdre la possibilité d'être subrogée dans ses droits, hypothèques et privilèges. Dans une telle situation, la caution doit toutefois démontrer qu'elle aurait pu retirer un « *avantage effectif* » du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes (termes retenus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation : Cass. com., 19. févr. 2013, n° 11-28.423 : Bull. civ. IV, n° 26 ; D. 2013, p. 565, obs. A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 20-21 mars 2013, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *LEDC* 2 avr. 2013, n° 4, p. 2, obs. N. Leblond ; *RLDC* avr. 2013, p. 34, obs. G. Marraud des Grottes ; *JCP E* 2013, 1216, obs. Ph. Pétel ; *Cah. dr. entr.*

cautionnement a ainsi l'obligation « *d'optimiser les chances de règlement de sa créance par la société et d'éviter à la caution d'être poursuivie* »³⁵⁰ !

Cela étant dit, il convient de rappeler que même si la Cour de cassation fait fit de la lettre de l'article 2314 du Code civil – qui ne prévoit la décharge de la caution que lorsque le créancier lui a fait perdre un droit existant au jour de la conclusion du contrat de cautionnement –, le champ d'application de cette disposition est toutefois limité au bénéfice de subrogation qu'il convient de ne pas confondre avec la croyance erronée de partager la charge de la dette avec d'autres cofidésjuseurs.

B) L'erreur de la caution dirigeante excusée par l'importance de l'engagement souscrit

69. – Au-delà de la simple perte du bénéfice de subrogation. Le mécanisme de subrogation permet de bénéficier des droits et des privilèges du créancier lors du recouvrement final de la dette et de contribuer dans une moindre mesure à la charge finale de la dette. La promesse non tenue par le créancier de constituer d'autres sûretés personnelles – principalement de constituer d'autres cautionnements – réduisant l'étendue de l'engagement par le mécanisme de la solidarité entre cautions ne relève pas de l'article 2314 du Code civil car elle ne fait pas uniquement référence au bénéfice de subrogation. Il ne s'agit pas de la simple croyance en l'existence d'un recours subrogatoire mais davantage d'une représentation erronée de l'étendue de l'engagement souscrit. Lorsqu'un créancier promet à une caution de contracter d'autres cautionnements afin de réduire la portée de son engagement sans avoir réellement l'intention de le faire, la caution ne peut pas se prévaloir de l'article 2314 du Code civil pour être libérée car il ne s'agit pas seulement de la perte d'un droit subrogatoire mais du respect de l'étendue de son engagement. En effet, « *l'erreur commise par la caution résulte de la croyance erronée en l'existence de garanties complémentaires*

2013, p. 6, obs. Ph. Roussel-Galle ; *JCP G* 2013, 585, obs. Ph. Simler) ou qu'elle a subi un préjudice en raison de la perte du bénéfice de subrogation (termes retenus par la première Chambre civile de la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2013, n° 12-21.126 : *Bull. civ. I*, en cours de publication ; *RTD com.* 2013, p. 809, obs. A. Martin-Serf ; *Gaz. Pal.* 29 sept.-1^{er} oct. 2013, n° 274, p. 35, note E. Le Corre-Broly) ; ce qui est somme toute identique : quelque soit les termes utilisés par la Cour de cassation, la caution doit démontrer qu'elle a perdu la chance d'être au moins partiellement remboursée par la faute du créancier.

350 Éditions Francis Lefebvre, « Illustration de décharge de la caution en raison de la faute du créancier », *Actualités du 28 février 2014*, Affaires – Finances de l'entreprise.

bénéficiant au créancier »³⁵¹, de sorte que le recours aux vices du consentement reste nécessaire pour obtenir la nullité de la convention.

70. – L'inopportunité du dol en l'absence de garanties complémentaires.

Lorsque la caution se trouve face à un créancier qui lui promet la constitution d'autres garanties pour limiter son engagement et amoindrir sa contribution finale à la dette, elle commet une erreur sur l'étendue de son engagement. Cette erreur peut parfois être provoquée par les manoeuvres dolosives de son cocontractant qui n'a jamais eu l'intention de procéder à ces formalités et qui a simplement créé un miroir aux alouettes pour provoquer le consentement de la caution. De tels comportements relèvent dès lors davantage d'une manoeuvre dolosive que d'une simple erreur de la caution. Dans de telles circonstances, le recours au dol est-il nécessaire pour excuser l'erreur de la caution ? Au regard des précédents développements, il convient de répondre par la négative et d'affirmer que le recours à l'article 1110 du Code civil est suffisant pour délier la caution de ses engagements. En effet, en cas de faute intentionnelle³⁵² ou de simple négligence du créancier, la caution peut se contenter d'établir que son cocontractant n'a pas tenu sa promesse de constituer les garanties promises ou n'a pas procédé à ces formalités dans les termes convenus, sans avoir à démontrer qu'elle avait fait de cette constitution une condition déterminante de son engagement. Le caractère communément déterminant excuse d'office l'erreur de la caution dirigeante.

En témoigne un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 avril 2008 ayant permis à des cautions dirigeantes de se prévaloir d'une erreur sur l'existence de garanties complémentaires dans une espèce où le créancier n'avait pas inscrit le nantissement de fonds de commerce promis avant la délivrance des sommes empruntées³⁵³. La Cour de cassation avait ainsi donné raison aux cautions dirigeantes qui agissaient sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, estimant qu'elles avaient conclu

351 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, Droit des sûretés, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 58, p. 51-52.

352 Cass. 1^{re} civ., 10 avril 2008, n° 07-13.168, inédit.

353 La Cour de cassation avait ainsi estimé « *qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions des époux qui faisaient aussi valoir que n'avait pas été satisfait l'engagement de constituer, en garantie du remboursement de la somme prêtée, un nantissement sur le fonds de commerce, dont l'inscription en premier rang devait précéder le versement de celle-ci, ni rechercher, comme elle y était invitée, si les époux avaient souscrit le cautionnement litigieux dans la croyance erronée de la constitution d'une telle garantie, la cour d'appel a méconnu les exigences du premier des textes susvisés et privé sa décision de base légale au regard du second* ».

le contrat de cautionnement dans la croyance erronée de la constitution d'une telle garantie. En l'espèce, c'était la négligence du créancier qui était sanctionnée, celui-ci ayant procédé à une inscription trop tardive et ayant, de ce fait, causé chez les cautions une croyance erronée en la constitution de ce nantissement. En ne respectant pas le délai fixé pour l'inscription du privilège, le créancier avait vicié le consentement des cautions et leur avait fait perdre la chance de limiter l'étendue de leur cautionnement.

La simple négligence du créancier étant suffisante pour libérer la caution dirigeante sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, le recours au dol est semble-t-il dénué d'intérêt en la matière. Enfin, il convient de conclure avec l'arrêt rendu par la Chambre commerciale en date du 18 mars 2014 et de préciser que la Cour de cassation semble désormais admettre que l'erreur commise par une caution, dirigeante ou non, à propos de l'existence de garanties complémentaires serait toujours excusable lorsque l'engagement souscrit par celle-ci est d'une telle importance qu'il est manifeste que la caution ne s'est engagée qu'en considération des garanties amoindrissant sa contribution finale à la dette³⁵⁴.

Ainsi, que le créancier ait commis une faute intentionnelle ou une négligence dans la constitution des garanties promises à la caution au jour de son engagement ou que l'absence de garantie complémentaires résulte de circonstances extérieures aux parties, les cautions dirigeantes peuvent se prévaloir d'une telle erreur sans avoir à prouver son caractère déterminant ou excusable, arguant simplement du fait, qu'au regard de l'importance de l'engagement, personne n'aurait raisonnablement accepté de supporter seul la dette du débiteur principal.

354 Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-11.733, inédit.

71. – Conclusion chapitre 1. Dans la théorie du dol et de l'erreur substantielle, la validité du consentement s'apprécie désormais indifféremment à l'égard des cautions personnes physiques. Cette affirmation résulte d'une conséquente évolution de la jurisprudence à l'égard des cautions dirigeantes. En effet, à la question : une caution dirigeante est-elle en droit de se prévaloir, comme n'importe quelle autre caution, d'un vice du consentement (erreur ou dol) ? La Cour de cassation offrit des réponses contrastées. Elle a toujours admis qu'une caution dirigeante puisse commettre une erreur substantielle lorsque le créancier s'était engagé à délivrer un financement à la société garantie (en l'échange de son cautionnement) et qu'il ne s'exécute pas conformément aux attentes de ses cocontractants, utilisant le cautionnement pour se constituer un débiteur de secours pour les dettes déjà contractées. La finalité de l'opération n'étant pas conforme à celle d'un cautionnement et la présence d'un aléa, requis dans tout contrat de cautionnement, faisant manifestation défaut, les juridictions prononcent généralement la nullité de tels engagements sur le fondement des vices du consentement. Il en va de même s'agissant de la promesse de constituer des garanties complémentaires au cautionnement que ne mettrait pas à exécution le créancier, viciant ainsi le consentement d'une caution dirigeante qui s'est légitimement trompée sur l'étendue de son engagement. En revanche, l'erreur sur la solvabilité de la société cautionnée a longtemps isolé la caution dirigeante des autres cautions personnes physiques. La jurisprudence admettait autrefois avec beaucoup de réticence qu'un dirigeant puisse ignorer la solvabilité de sa société, non seulement parce qu'il était présumé en être le premier informé, mais également parce cela revenait à récompenser un dirigeant qui se désintéressait du sort de sa société³⁵⁵. La caution dirigeante devait ainsi non seulement démontrer l'absence d'aléa dans le contrat de cautionnement, mais également excuser son erreur par l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant qu'elle n'avait pas eu connaissance d'éléments qui étaient pourtant à la portée du créancier, tiers à l'entreprise. Difficile preuve que celle de l'ignorance légitime que devait rapporter la caution dirigeante.

³⁵⁵ En revanche, lorsqu'une caution non dirigeante invoquait une erreur sur la solvabilité du débiteur principal, elle devait simplement prouver qu'elle ne savait pas que celui-ci était dans une situation financière de nature à faire disparaître le caractère aléatoire du cautionnement et à déclencher un paiement certain de sa part. Cette caution était généralement excusée de son ignorance.

La position de la Cour de cassation ayant évolué à cet égard, la caution dirigeante est désormais simplement présumée détenir les moyens de s'enquérir de la portée de son engagement. Cette évolution peut apparaître peu significative à l'égard des cautions dirigeantes qui doivent toujours justifier leur ignorance à propos de l'état de solvabilité de leur société. Cependant, celles-ci ne doivent plus démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles légitimant leur ignorance à propos d'informations connues du créancier, elles doivent – comme toutes les autres cautions personnes physiques en mesure d'accéder à ces informations – expliquer pour quelles raisons elles n'ont pas satisfait leur obligation de se renseigner sur la solvabilité du débiteur principal.

La Cour de cassation ne se contente plus d'une évaluation *in abstracto* de la qualité de la caution mais elle s'intéresse aux moyens effectifs dont une caution disposait pour se renseigner³⁵⁶. Les cautions qui ne prennent pas la peine de se renseigner alors qu'elles étaient en mesure d'y procéder, ne peuvent donc plus se prévaloir d'un vice du consentement. Les cautions dirigeantes ne sont ainsi plus les seules cautions à ne pas pouvoir *se prévaloir de leur propre incurie*. Bien évidemment, la caution qui dirige la société cautionnée rencontrera toujours certaines difficultés pour prouver qu'elle ne disposait pas des moyens lui permettant d'être informée sur la situation du débiteur principal. Cependant, elle ne rencontrera pas davantage de difficultés que les autres cautions qui ne se sont pas données les moyens de rechercher l'information alors qu'elles étaient en mesure de le faire, telles que la caution-salariée³⁵⁷, l'associé de la société cautionnée³⁵⁸, les proches du dirigeant non associés de la société garantie³⁵⁹ ou encore une caution simplement domiciliée à la même adresse que le débiteur principal³⁶⁰.

Ainsi, en raisonnant de la sorte, la Cour de cassation ne stigmatise plus les cautions dirigeantes et les intègre dans une nouvelle catégorie de cautions : celles susceptibles d'avoir eu accès aux informations sur la solvabilité du débiteur principal et capables de s'enquérir de l'absence d'aléa dans le contrat de cautionnement. Seules les cautions effectivement ignorantes en raison de l'existence de circonstances exceptionnelles ou démontrant que leur erreur a

356 Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-24.694, inédit.

357 Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-11.996, inédit.

358 Cass. com., 1^{er} avr. 2003, n° 99-19.072, inédit.

359 Cass. com., 3 janv. 1989, n° 86-13.557, inédit – Dijon, 1^{er} ch., 6 mai 1997, *JurisData* n° 1997-041223, *RD bancaire et bourse* 1997, p. 241, obs. M. Contamine-Raynaud.

360 Paris, 15^e ch. B, 23 juin 2000, n° 1997/07725.

été provoquée par les manoeuvres dolosives du créancier³⁶¹ sont ainsi en mesure d'invoquer un vice du consentement.

D'ailleurs, si auparavant, la caution dirigeante ne pouvait se prévaloir d'un dol par réticence commis par le créancier qu'en démontrant que celui-ci avait eu sur ses revenus, son patrimoine et les facultés de remboursement raisonnablement prévisibles, des informations qu'elle-même aurait ignorées, ne faut-il pas considérer, depuis que la caution dirigeante n'est plus une exception du droit du cautionnement et qu'elle a simplement l'obligation de se renseigner – comme toutes les autres cautions personnes physiques en mesure de le faire –, son erreur est toujours excusable lorsqu'elle a été provoquée par la réticence dolosive du créancier ? En effet, même si la réticence dolosive n'excuse pas encore systématiquement l'erreur de la caution, elle semble *a minima* pardonner les cautions défailtantes dans leur obligation de se renseigner³⁶².

361 Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817 : *Bull. civ.* III, n° 20 ; *JCP G* 2002, II 10027, note Ch. Jamin ; *Defrénois* 2001, p. 703, obs. R. Libchaber ; *D.* 2001, p. 2702, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2001, p. 3236, obs. L. Aynès ; *D.* 2002, p. 927, obs. Ch. Caron et O. Tournafond ; *JCP E* 2002, 764, obs. P. Chauvel ; *JCP G* 2001, I 330, obs. A. Constantin ; *RTD civ.* 2001, p. 353, B. Fages et J. Mestre ; *Les Petites Affiches*, 30 oct. 2001, n° 216, p. 16, note Ch. Gentili.

362 Il convient de rappeler que le caractère intentionnel du délit de dol rend toujours excusable l'erreur de la caution, « *toujours et donc alors même qu'elle n'était pas dans l'impossibilité de se renseigner* » (J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G* 2011, doct. 703).

CHAPITRE 2. L'IMPLICATION DE LA THÉORIE DE LA CAUSE SUBJECTIVE DANS L'EXTORSION DU CONSENTEMENT

72. – Plan. Pour quelle(s) raison(s) une personne accepte-t-elle de cautionner les dettes d'un tiers et de prendre le risque de grever, parfois lourdement, son patrimoine personnel ? Pourquoi une caution parfaitement consciente du risque qu'elle prend accepte-t-elle de signer un tel engagement ? Il ne s'agit plus de savoir si la caution a eu une représentation erronée (provoquée ou non) de la situation, il s'agit désormais de comprendre les raisons qui poussent une caution à garantir les dettes d'une personne qu'elle sait en mauvaise posture.

Les motivations personnelles en vertu desquelles une caution personne physique accepte de s'engager concernent généralement sa sphère familiale ou son activité professionnelle. La caution dirigeante donne un consentement singulier puisqu'elle ne cautionne pas les dettes de sa société pour rendre service³⁶³ – comme pourrait le faire une autre caution personne physique envers un proche – mais elle n'en retire pas non plus un avantage immédiat et direct – comme tel est le cas d'une caution professionnelle. La caution dirigeante accepte de signer une telle convention parce qu'elle souhaite obtenir l'exécution d'une obligation pour sa société, elle s'engage uniquement en considération de l'avantage qui va être maintenu ou accordé à son entreprise et parce que l'accomplissement de cette obligation envers sa société a été conditionnée à son engagement personnel³⁶⁴. *« C'est l'intégration du garant dans les affaires du débiteur principal qui peut constituer la "cause" efficiente de l'obligation de couverture. Cette intégration repose, non seulement sur la connaissance de la situation financière du débiteur principal, mais surtout sur le pouvoir juridique de contrôle ou de direction qu'exerce le garant à l'encontre du débiteur. Remplissent ces critères cumulatifs les dirigeants de l'entreprise débitrice*

363 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 98, p. 89.

364 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 92, p. 67.

(...). Sans être des garants professionnels, les garants intégrés dans les affaires du débiteur principal agissent dans un but professionnel. Ils entendent retirer un avantage patrimonial de leur engagement, avantage découlant des bénéfices que l'entreprise débitrice est susceptible d'engendrer grâce à l'octroi ou au maintien du crédit garanti (cause finale). »³⁶⁵

Sans cet espoir de contrepartie indirecte, sans ce lien de dépendance financière à l'égard de sa société, aucun dirigeant n'accepterait de cautionner les dettes de sa société. En sus de cette cause commune à toutes les cautions dirigeantes, chaque dirigeant a ensuite une raison plus personnelle de garantir les dettes de sa société : créer, valoriser ou encore sauver son entreprise. Cependant, ces motifs personnels n'ont en principe aucune incidence sur la validité de l'engagement conclu par une caution dirigeante. La jurisprudence considère que la cause de l'engagement d'une caution dirigeante réside, en effet, uniquement dans la considération de l'avantage qui va être accordé ou maintenu à sa société (section 1).

Cependant, en s'écartant un tant soit peu de la théorie de la cause, force est de constater qu'une caution dirigeante ne s'engage pas uniquement en raison de l'avantage qui va être accordé ou maintenu à sa société ou encore en considération de la contrepartie indirecte dont elle va bénéficier, elle cautionne généralement les dettes de société parce qu'elle y est contrainte. Une caution dirigeante peut évidemment user de sa liberté contractuelle pour obtenir un avantage pour sa société et satisfaire indirectement une motivation personnelle, mais elle est aussi parfois contrainte d'aliéner celle-ci au profit d'un créancier en raison de la situation financière dans laquelle se trouve sa société et des exigences du créancier. La cause de l'engagement d'une caution dirigeante deviendrait ainsi une arme de contrainte économique que le créancier peut utiliser pour extorquer son consentement (section 2).

Section 1. La cause de l'engagement d'une caution dirigeante

73. – Plan. *« Majoritairement, la cause est depuis longtemps définie, dans les contrats à titre onéreux, comme la contrepartie espérée de son*

³⁶⁵ M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachelier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, n° 294, p. 146.

*cocontractant. La jurisprudence affirme ainsi régulièrement que "la cause des obligations d'une partie réside, lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre". Cette définition présente deux spécificités. Elle associe, d'une part, objet et cause : la cause de l'obligation de l'un compose l'objet de l'obligation de l'autre. Elle marque, d'autre part, le lien de dépendance entre les obligations réciproques des contractants. Aussi, lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul faute de cause, au sens d'une contrepartie inexistante ou dérisoire »*³⁶⁶.

La notion de cause est intimement liée à celle de contrepartie, un contrat n'est causé que lorsque chaque partie a l'obligation d'exécuter une prestation envers son cocontractant. Cependant, le fait de conditionner la cause d'un contrat à l'existence d'obligations réciproques des parties aboutit à une conception restrictive de la théorie de la cause puisque l'interdépendance des obligations des parties n'existe que dans les contrats synallagmatiques : *« le bât de la cause blesse toujours au même endroit, celui des contrats unilatéraux »*³⁶⁷. Une telle définition de la cause ne peut ainsi en aucun cas être transposée aux conventions unilatérales qui sont, par nature, dépourvues d'obligations réciproques entre les contractants. Pour de tels contrats, il convient de s'éloigner de l'exigence inadaptée d'obligations réciproques entre les parties au contrat et d'admettre que la cause de l'engagement d'une caution se situe dans une sphère plus étendue, en dehors de ce contrat³⁶⁸.

Dans un contrat de cautionnement, une caution ne s'engage pas parce que son cocontractant a promis d'exécuter une prestation en sa faveur (puisque seule la caution est débitrice d'une obligation), elle s'engage pour que la personne qu'elle cautionne obtienne l'exécution d'une obligation à laquelle celle-ci ne pourrait prétendre sans son cautionnement. C'est en considération de l'avantage qui va être procuré à la personne garantie qu'une caution s'engage³⁶⁹. Un dirigeant accepte ainsi de cautionner les dettes de son

366 J. ROCHFELD, « Cause », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2012, n° 25.

367 Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 295.

368 Ch. ATIAS, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 340.

369 Deux analyses opposées ont été développées en doctrine à propos de la théorie de la cause appliquée au droit du cautionnement. Selon la première, celle soutenue par C. Bufnoir, la cause du contrat de cautionnement se trouve hors du cautionnement : *« en réalité la caution s'engage, non pas parce qu'il y a une obligation principale, ce serait insuffisant, mais pour garantir cette obligation principale, et accroître le crédit du débiteur »* (C. BUFNOIR, *Propriété et contrat : théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. 533). La seconde thèse, celle soutenue par H. Capitant, consistait à dire que le cautionnement est un acte

entreprise parce qu'elle souhaite que sa société obtienne une contrepartie du créancier et parce qu'il espère en retirer au moins indirectement un avantage personnel.

Admettre que la cause de l'engagement d'une caution dirigeante se situe dans la contrepartie promise à sa société permet de qualifier ce contrat unilatéral « *d'acte causé* » ; sans cela, le contrat de cautionnement serait inévitablement considéré comme un contrat dépourvu de cause. Cependant, l'avantage en considération duquel la caution s'est engagée n'est pas évident à appréhender et peut aboutir à une confusion entre la cause et les motifs personnels pour lesquels la caution a décidé de contracter le cautionnement. L'amalgame peut être facilement fait entre l'avantage promis à la personne cautionnée et en considération duquel la caution s'est engagée (§1) et les raisons subjectives ayant poussé cette dernière à s'engager en faveur d'un créancier (§2).

§ 1 : La détermination de la cause objective de l'engagement d'une caution dirigeante

74. – Plan. *« Entendue comme le but immédiat, la raison proche qui guide chacun des contractants, ce qui donne un sens à son obligation, la cause est toujours la même pour un type donné de contrat. »*³⁷⁰

La cause est « *une notion cardinale du droit français des contrats* »³⁷¹ qui ne peut être appréhendée qu'en opérant une distinction selon la nature des conventions, plus précisément entre les contrats synallagmatiques et les conventions dépourvues d'obligations réciproques entre les contractants (I).

Dans le cadre d'un contrat de cautionnement, contrat unilatéral et accessoire ayant pour objet la promesse de payer la dette d'un autre, la cause serait intimement liée au contrat principal et à l'existence d'obligations réciproques entre le débiteur principal et le créancier. À partir du moment où le contrat principal existe et que l'avantage en considération duquel la caution s'est engagée est accordé ou maintenu au débiteur principal, l'engagement de la

abstrait : « *la cause qui détermine la caution à garantir la dette principale doit être recherchée dans les rapports de la caution avec le débiteur principal* » (H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, Paris, Dalloz, 1923, p. 412).

370 Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013, n° 338, p. 383.

371 R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2014, n° 83, p. 75.

caution est causé et insusceptible d'annulation sur le fondement de l'article 1131 du Code civil. *A contrario*, lorsque le contrat principal est nul ou lorsque le débiteur principal et le créancier ne se doivent pas d'obligations réciproques, la cause de l'engagement de la caution fait défaut (II).

I – La théorie générale de la cause en droit commun des contrats

75. – *Causa proxima, causa remotae.* Conformément aux dispositions du Code civil, une convention n'est valablement formée que si l'obligation convenue entre les parties est causée et que cette cause est licite³⁷². La notion de « cause » a donné lieu à de nombreuses discussions doctrinales. La cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation devant être exécutée par l'autre contractant³⁷³. Dans un tel contrat, chaque partie s'engage en considération de l'engagement de l'autre partie et de l'interdépendance de ces obligations essentielles. La cause est ainsi intimement liée à celle d'objet puisque, lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet ou présente une contrepartie dérisoire, l'engagement du cocontractant est nul faute de cause³⁷⁴. Cette théorie classique de la cause³⁷⁵ ne s'intéresse pas à la volonté des parties, ni même aux raisons qui les ont poussées à contracter. Elle se contente d'évaluer l'existence d'une cause impersonnelle et générale consistant en la réciprocité des obligations promises par les parties, on parle ici de « cause objective ». *A contrario*, la cause subjective³⁷⁶ correspond « à l'ensemble des raisons subjectives pour lesquelles le contractant s'est engagé (...) En principe, les motifs ou mobiles ne sont pas pris en considération et on s'en tient donc à la notion objective de cause. »³⁷⁷

Les raisons pour lesquelles chaque partie a eu l'intention de contracter un contrat ne sont normalement pas prises en considération par la jurisprudence,

372 C. civ., art. 1108 et 1131.

373 Cass. civ., 30 déc. 1941 : *DA* 1942, p. 98.

374 Cass. 3^e civ., 4 mai 1983, n° 79-16.575 : *Bull. civ.* III, n° 103 ; *RTD civ.* 1984, p. 113, obs. F. Chabas – Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1973, n° 71-13.855 : *Bull. civ.* I, n° 63 ; *D.* 1974, p. 37, note Ph. Malaurie.

375 La théorie classique de la cause, initiée par Jean Domat privilégie la « raison abstraite » de l'engagement de chaque partie et se désintéresse de leurs motivations personnelles (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd. Revue et corr. suivant la copie, Paris, chez la Vve de J.-B. Coignard et J.-B. Coignard fils, 1695, première partie, titre I, sect. V et VI).

376 La théorie moderne de la cause doit principalement son origine aux travaux d'Henri Capitant (H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, Paris, Dalloz, 1923).

377 Ph. BIHR, M.-H. BIHR, *Droit civil général*, 19^e éd., coll. Mémentos Dalloz (Série Droit privé), Paris, Dalloz, 2013, p. 230.

seule la cause objective de l'engagement compte : *je m'engage parce que tu t'engages, j'exécute mon obligation parce que tu exécutes ton obligation*. La cause réside ainsi dans la réciprocité des obligations des parties et non dans les mobiles ayant poussé chaque partie à conclure leur obligation. Pour l'ensemble de ces raisons, la cause subjective apparaît indifférente à la validité du contrat et ne peut pas fonder la nullité d'un cautionnement. La cause subjective n'est censée remplir qu'une seule fonction dans les prétoires : celle « *d'instrument de contrôle de la licéité et de la moralité des conventions* »³⁷⁸. Elle serait uniquement source de nullité des conventions sur le fondement de l'article 1131 du Code civil que lorsque l'engagement des parties repose sur un motif illicite ou immoral³⁷⁹.

76. – La cause dans les contrats unilatéraux. Une telle conception de la cause pose éminemment des difficultés dans le cadre d'un contrat unilatéral, justement caractérisé par l'absence d'obligations réciproques. En effet, si un contrat est causé uniquement lorsque les parties sont redevables, l'une envers l'autre d'obligations réciproques, cela signifierait que les contrats unilatéraux, caractérisés par l'absence de réciprocité des obligations, seraient dépourvus de cause. L'article 1108 du Code civil impose pourtant l'existence d'une cause pour la validité des conventions, de sorte qu'il est impensable de se passer d'une telle condition même pour un contrat unilatéral. Si la cause de l'obligation unique ne peut résider dans la réciprocité des obligations des parties et ne peut « *se rencontrer dans le contrat lui-même, il faut la chercher au-dehors* »³⁸⁰.

Selon une jurisprudence ancienne, la cause d'un contrat unilatéral résiderait dans l'intention de la partie obligée. La Cour de cassation estimait, en effet, que la cause de l'obligation unique résidait dans l'intention libérale de la partie qui s'engage, plus précisément, dans le motif déterminant qui l'avait inspiré³⁸¹. La cause d'un contrat unilatéral résiderait ainsi « *dans les motifs qui ont poussé une partie à contracter (causae remotae)*. La cause est alors

378 Ph. SIMLER, « Cautionnement. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats », in *J.-Cl. Civil Code (art. 2288 à 2320)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 20, n° 90.

379 En vertu de l'article 1133 du Code civil, la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Le contrôle de la licéité des conventions ne pouvant pas s'effectuer au regard de la seule cause objective (qui ne s'intéresse qu'à l'existence abstraite et théorique d'obligations réciproques), il est alors nécessaire de prendre en considération les mobiles ayant poussé les parties à contracter pour procéder à cet examen. En dehors de cette fonction, la cause subjective n'est pas censée pas fonder la nullité d'une convention.

380 J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^e éd. Refondue, coll. Thémis droit privé, Paris, PUF, 2000, n° 59, p. 128.

381 Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1959 : *D.* 1960, p. 515, note Ph. Malaurie.

subjective et concrète : elle varie pour chaque contrat. La difficulté principale tient à la multiplicité des motifs qui peuvent pousser une personne à contracter : les auteurs se sont accordés pour ne considérer que le motif déterminant, parlant de "cause impulsive et déterminante". »³⁸²

II – La théorie de la cause appliquée au droit du cautionnement

77. – Plan. Si l'on considère que la cause est abstraite et identique pour chaque type de conventions, la cause de l'engagement d'une caution dirigeante devrait être similaire à celle d'une caution étrangère aux affaires du débiteur principal. La cause devrait être identique qu'il s'agisse d'une caution profane ou d'une caution avertie, d'une caution dirigeante ou d'une caution extérieure aux affaires de la personne cautionnée. Quelque soit sa qualité, une caution accepte de s'engager dans un contrat de cautionnement parce que cette formalité est la condition *sine qua non* à l'octroi d'un avantage qu'elle souhaite obtenir pour le débiteur principal.

La cause de l'engagement d'une caution ne concerne donc pas la nature de la relation qu'elle entretient avec le débiteur principal ou encore avec le créancier mais trouve son origine dans la relation contractuelle débiteur principal/créancier et en considération de laquelle la caution s'est personnellement engagée (A). La cause de l'engagement d'une caution dirigeante n'est pas différente, celle-ci accepte de s'engager dans un contrat de cautionnement parce que l'avantage qu'elle souhaite obtenir pour sa société est subordonné à son engagement personnel (B). Ce n'est pas parce qu'elle dirige la société cautionnée et qu'elle bénéficie indirectement de la prestation qui va être accordée ou maintenue à celle-ci, que la cause de l'engagement du dirigeant revêt une quelconque particularité.

A) La cause objective de l'engagement d'une caution

78. – Un contrat causé par l'existence d'une relation tripartite. Le cautionnement est un contrat unilatéral et accessoire. À ce titre, la notion de « cause » en droit du cautionnement soulève de nombreuses interrogations. Doctrine et jurisprudence se sont souvent interrogées sur l'existence d'une cause autonome dans le contrat de cautionnement. Pour éviter de recourir à

³⁸² R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2014, n° 86, p. 77 et n° 91, p. 81.

la notion de « cause subjective » – source d'insécurité juridique –, certains auteurs ont estimé que « *le cautionnement est un acte abstrait, valable par lui-même, sans qu'il y est lieu de rechercher la cause qui a déterminé la caution à promettre sa garantie* »³⁸³. Selon cette théorie, le cautionnement serait un acte indifférent à la notion de cause. Certaines juridictions s'accordaient à dire que la cause n'avait aucune incidence sur le contrat de cautionnement, sans pour autant utiliser les termes « *d'acte abstrait* ». La cour d'appel de Reims avait par exemple affirmé que le contrat de cautionnement était un « *acte causé* »³⁸⁴, estimant ainsi qu'une telle convention n'était pas dépourvue de cause mais qu'elle était tout simplement intrinsèquement causée.

Par facilité, le cautionnement était ainsi, tantôt considéré comme un acte dépourvu de cause, tantôt analysé comme un contrat intrinsèquement causé. À l'évidence, le concept de « cause » s'adapte difficilement à la nature du contrat de cautionnement. Il semble cependant radical d'affirmer que le cautionnement se désintéresse de cette condition de formation du contrat, sans prendre la peine de déterminer son éventuelle consistance et sans se demander si la cause subjective ne jouerait pas un rôle dans sa détermination. La cause est évidemment plus difficile à déterminer que dans un contrat synallagmatique puisque le caractère unilatéral du contrat de cautionnement ne permet pas de la trouver dans l'existence d'obligations réciproques. Par ailleurs, le caractère accessoire du cautionnement ne permet pas de rechercher la cause directement dans les relations entre les parties au contrat de cautionnement.

Cependant, les spécificités du contrat de cautionnement ne signifient pas obligatoirement que cette convention est dépourvue de cause ou qu'elle est irréfragablement causée. Cela signifie simplement que la cause doit être recherchée dans une sphère qui n'est pas réduite au seul contrat de cautionnement. Le Professeur Jacques Ghestin estimait ainsi que la cause de l'obligation de la caution ne se cantonne pas aux relations existant entre les parties au contrat de cautionnement mais doit être observée dans « *l'avantage consenti par le créancier au débiteur principal et subordonné à la fourniture de cette sûreté* »³⁸⁵, de sorte que la cause doit être recherchée dans la relation tripartite entre la caution, le créancier et le débiteur principal.

383 G. PARLÉANI note sous Douai, 18 mai 1977, *JCP G* 1979, II 19169.

384 Reims, 25 mars 2008 : *JurisData* n° 2008-365411.

385 J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, hors coll., Paris, LGDJ, 2006, n° 661.

La cause de l'engagement d'une caution serait ainsi intimement liée au contrat conclu entre le débiteur principal et le créancier – auquel elle n'est pas pourtant pas partie –, ce qui se révèle être tout à fait logique au regard du caractère accessoire du cautionnement.

79. – Un cautionnement causé par l'interdépendance des contrats.

« Cette opinion est confirmée par la Cour de cassation, pour laquelle la cause du cautionnement est la "considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier". Dans ses décisions plus récentes, la Cour de cassation voit la cause du cautionnement dans le "crédit octroyé au débiteur par le créancier", ce qui ne change pas grand-chose, si ce n'est faire disparaître l'adverbe "corrélativement" qui pouvait susciter des interrogations quant aux cautionnements souscrits après la naissance de la dette principale »³⁸⁶.

La cause du contrat de cautionnement doit ainsi être recherchée dans les obligations réciproquement contractées par le débiteur principal et le créancier. Cette conception jurisprudentielle de la cause dans le contrat de cautionnement est notamment soutenue par les Professeurs Houtcieff et Barthez qui estiment que l'obligation unique est causée à partir du moment où le créancier consent effectivement un avantage au débiteur principal et que cet avantage est subordonné à la fourniture d'une sûreté³⁸⁷.

Ainsi, depuis l'arrêt *Lempereur* du 8 novembre 1972³⁸⁸, la Cour de cassation

386 G. PIETTE, « Cautionnement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009, n° 93.

387 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n°446 et 447, p. 324-325. Les auteurs réfutent la thèse soutenue par C. Bufnoir (C. BUFNOIR, *Propriété et contrat : théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1900, p. 533) – selon laquelle une caution s'engage pour garantir l'obligation principale et accroître le crédit du débiteur, source d'insécurité juridique en raison de sa proximité avec la notion de « cause subjective » – et soutiennent celle développée par H. Capitant (H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, Paris, Dalloz, 1923, p. 412).

388 Cass. com., 8 nov. 1972, n° 71-11.879 : *Bull. civ. IV*, n° 278 ; *D.* 1973, p. 753, note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.* 1973, n° 1, p. 144, note L. Martin ; *RTD com.* 1973, p. 294, obs. R. Houin. Dans l'arrêt *Lempereur* du 8 novembre 1972, la Chambre commerciale avait ingénieusement utilisé l'adverbe « corrélativement » afin d'expliquer le lien de dépendance existant entre l'obligation cautionnée et l'obligation de la caution et de se rapprocher de l'importante notion d'interdépendance des obligations dans la théorie de la cause (pour les contrats synallagmatiques). Cependant, la Cour de cassation dut rapidement abandonner l'utilisation de l'adverbe « corrélativement », ce dernier pouvant être mal interprété et laisser penser que les obligations des différents contrats (contrat principal et cautionnement) devaient avoir été conclues concomitamment pour que le contrat de cautionnement soit causé. En effet, certains auteurs considéraient que cet adverbe n'était pas simplement utilisé pour justifier une interdépendance des obligations mais signifiait que les cautionnements souscrits après la conclusion de l'obligation principale n'étaient pas causés. Selon eux, le cautionnement n'était causé que si le contrat principal et le contrat de cautionnement avaient été simultanément conclus. Afin de dissiper tout malentendu, la Cour de cassation se contente, depuis plusieurs décennies,

soutient que la cause du cautionnement réside dans la considération du crédit accordé ou qui va l'être accordé par le créancier au débiteur principal³⁸⁹. Depuis lors, la jurisprudence applique sans surprise cette théorie de la cause, estimant que seule la considération objective de l'avantage qui va être accordé ou maintenu au débiteur principal doit être prise en compte pour déterminer l'existence de la cause de l'obligation de la caution.

B) La cause objective de l'engagement d'une caution dirigeante

80. – Plan. Le cautionnement est une convention accessoire au contrat principal qui n'a aucune chance de vivre et de survivre celui-ci³⁹⁰. En considération de la principale caractéristique du contrat de cautionnement, il est possible d'affirmer que lorsque le contrat principal n'existe pas au jour de la conclusion du contrat accessoire, le cautionnement est manifestement dépourvu de cause, la caution étant réputée s'engager en considération de l'obligation principale conclue entre le créancier et le débiteur (1°). L'absence de cause peut ainsi s'observer dès la conclusion du contrat de cautionnement, intervenir dans un temps très proche de l'engagement de la caution dirigeante ou encore survenir durant l'exécution du contrat (2°).

1°) L'existence de la cause et le caractère accessoire du cautionnement

81. – La cause de l'engagement d'un dirigeant. Partant du principe que la cause de l'obligation d'une caution réside dans la considération de l'avantage qui a été accordé ou qui va être octroyé à la personne cautionnée, la cause de l'engagement d'une caution dirigeante a été définie comme la considération du financement à venir ou déjà octroyé à sa société³⁹¹. Le dirigeant s'engage, ès-qualités de caution, uniquement parce que le créancier s'oblige lui-même à délivrer ou à maintenir un financement à sa société et qu'il conditionne la conclusion de cette obligation au cautionnement du dirigeant.

La cause de l'obligation unique ne réside pas dans la contrepartie dont

d'affirmer que l'obligation souscrite par une caution réside dans « la considération du crédit accordé ou qui va l'être ».

389 Cass. com., 17 juill. 1978, n° 76-15.391 : *Bull. civ.* IV, n° 200 – Cass. com., 10 juill. 2001, n° 98-11.536, inédit et pour les juridictions du second degré : V. Paris, 15^e ch. A, 26 oct. 1994 : *JurisData* n° 1994-024703.

390 Excepté l'hypothèse dans laquelle le contrat principal a été annulé en raison d'une exception purement personnelle à l'obligé, le cautionnement n'existe que si l'obligation principale est valable (C. civ., art. 2289).

391 Cass. com., 10 juillet 2001, n° 98-11.536, inédit.

bénéficie personnellement le dirigeant mais dans la contrepartie que doit recevoir ou continuer de percevoir sa société. La cause objective concerne toujours l'existence d'obligations interdépendantes mais elle ne se réduit pas aux obligations conclues entre les parties au contrat de cautionnement, elle s'intéresse plus largement aux relations entre le débiteur, la caution et le créancier en raison du caractère accessoire de ce contrat.

Ainsi, le cautionnement du dirigeant est un acte causé s'il existe des obligations réciproques entre sa société et le créancier puisque la caution dirigeante ne s'engage qu'en considération de l'interdépendance des prestations réciproquement dues par le créancier et sa société. La cause du cautionnement réside donc tout simplement dans l'existence d'une contrepartie au bénéfice de la société cautionnée, elle ne revêt dès lors aucune spécificité par rapport à une autre caution.

82. – Une appréciation de la cause au jour de la conclusion du contrat.

« Condition de formation d'un contrat, la cause doit en principe s'apprécier au jour de la formation de ce contrat. Henri Capitant a pourtant proposé de considérer la cause comme un élément permanent qui doit perdurer pendant toute l'exécution du contrat : la disparition ou la réduction de la prestation d'un contractant lors de l'exécution du contrat permettrait à l'autre de ne pas exécuter sa prestation en contrepartie. Si la formulation de certaines décisions est marquée par cette analyse, la Cour de cassation a plusieurs fois montré une hostilité de principe à faire jouer un rôle à la cause lors de l'exécution du contrat »³⁹².

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, constante depuis le célèbre arrêt *Lempereur* du 8 novembre 1972³⁹³, considère, en effet, comme en droit commun des obligations, que la cause de l'engagement d'une caution s'apprécie au moment de la formation du contrat et n'est pas susceptible d'être modifiée par la suite. L'existence de la cause de l'obligation de la caution s'apprécie ainsi uniquement au moment de la formation du contrat³⁹⁴,

392 R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2014, n° 93, p. 81.

393 Cass. com., 8 nov. 1972, n°71-11.879 : *Bull. civ.* IV, n° 278 ; *D.* 1973, p. 753, note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.* 1973, n° 1, p. 144, note L. Martin ; *RTD com.* 1973, p. 294, obs. R. Houin.

394 La majorité des juridictions du fond appliquent à la lettre cette solution, estimant que la disparition ultérieure de la cause n'a aucune incidence sur la validité du contrat puisque celle-ci s'apprécie à la date de sa signature (Grenoble, Ch. com., 3 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-044624). La Cour de cassation refuse, quant à elle, catégoriquement de prendre en compte la disparition de la cause après l'engagement de la caution (Cass. com., 21 oct. 1974, n° 73-11.099 : *Bull. civ.* IV, n° 255).

« il importe peu que la cause disparaisse au cours de l'exécution du cautionnement »³⁹⁵. Ainsi, le fait qu'un créancier prenne la décision de cesser ses concours peu après la conclusion du contrat de cautionnement n'a aucune incidence sur la cause du contrat de cautionnement qui existait bel et bien au jour de la conclusion du contrat dès lors que le créancier a maintenu les concours au profit de la société pendant un court temps après le cautionnement³⁹⁶.

« Pour mécanique et rigoureuse que soit cette solution, elle présente le mérite d'être claire. Le fait que la banque ait pris la décision de cesser son concours en application d'une condition stipulée au contrat de crédit (découvert en compte) est un problème d'exécution de l'engagement de celle-ci envers le débiteur, mais non de cause qui existait à la date de sa conclusion »³⁹⁷. L'existence de la cause doit donc uniquement être appréciée au moment de la conclusion du contrat et toute modification ultérieure dans les relations contractuelles entre le débiteur principal et le créancier sont sans effet sur la validité du cautionnement puisqu'elle concerne une période postérieure à l'engagement de la caution. Il suffit donc que le créancier s'exécute sur une très courte période après la signature du cautionnement pour que l'engagement de la caution soit causé.

83. – Une conception de la cause purement accessoire. « Cette solution présente l'avantage de solidifier le cautionnement, puisqu'il est difficile d'imaginer un cautionnement donné sans qu'aucun crédit ne soit octroyé au débiteur par le créancier. Ainsi, les risques de discussions dilatoires sur l'absence de cause sont limités. Cette solution n'en demeure pas moins sujette à critiques. (...) Au regard de la définition donnée par la Cour de cassation, la cause dans le cautionnement apparaît redondante avec le caractère accessoire de cette sûreté. Il n'y aura absence de cause que lorsqu'il y aura absence de dette principale. Or, dans une telle hypothèse, la théorie de l'accessoire, telle qu'elle est exprimée dans le cautionnement par l'article 2289, alinéa 1^{er}, du Code civil, est suffisante pour libérer la caution. »³⁹⁸

395 G. PIETTE, « Cautionnement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009, n° 96.

396 Montpellier, 2^e ch. A, 10 mai 2005, n° 03/05159. Une telle situation relève d'un problème d'exécution de l'engagement pris par le créancier vis-à-vis de la société cautionnée et en aucun cas de l'absence de cause au jour de la conclusion du contrat de cautionnement.

397 I. RIASSETTO, « Le dirigeant, l'associé et les conditions de formation d'un cautionnement », *Rev. sociétés* 2012, n° 9, p. 487.

398 G. PIETTE, *op. cit.*, n° 95.

Les critiques à l'égard de cette méthode d'appréciation de l'existence de la cause dans le contrat de cautionnement sont fondées, celle-ci se confondant manifestement avec le caractère accessoire de cette convention. En effet, il est évident que la caution s'engage en considération de l'obligation principale, de sorte que si aucune contrepartie n'est due à sa société, le dirigeant n'a aucune raison de cautionner l'opération et le cautionnement est dépourvu de cause. Dès lors, le caractère accessoire du cautionnement suffit, à lui seul, à aboutir à ce résultat : sans obligation principale à garantir, le contrat de cautionnement n'existe tout simplement pas !

Concevoir la cause du cautionnement de cette manière revient à dire que le cautionnement est causé uniquement parce qu'il existe. Ce qui revient finalement à dire que le cautionnement est un acte abstrait et intrinsèquement causé³⁹⁹ ! S'il suffit de constater que l'obligation principale existe pour affirmer que le cautionnement est causé, cela signifie que la cause objective est un concept fictif qui se confond avec la principale caractéristique du contrat de cautionnement. Avant de rendre définitif ce constat, il convient toutefois d'observer si les juges sont éventuellement contraints d'apprécier la teneur des obligations conclues entre le créancier et le débiteur principal.

2°) L'existence de la cause et la consistance de l'obligation principale

84. – La constatation d'une obligation principale dérisoire. La cause objective du contrat de cautionnement peut être considérée comme une condition rhétorique. S'il suffit d'exiger que l'obligation principale existe pour affirmer que la cause du contrat accessoire est présente, force est de constater que l'exigence n'est pas grande⁴⁰⁰. Afin de démontrer que la théorie de la cause en droit du cautionnement ne se résume pas à la preuve de l'existence abstraite d'un contrat synallagmatique principal, la Cour de cassation exige que les juges du fond procèdent à un examen concret de l'existence et de la réciprocité de ces obligations principales. Il serait trop facile d'affirmer que le contrat principal est pourvu d'obligations essentielles réciproques et que le contrat de cautionnement est de ce fait causé, sans

³⁹⁹ À ce propos, la cour d'appel de Reims avait jugé que le contrat de cautionnement est un acte causé, qu'une telle convention n'est pas dépourvue de cause mais qu'elle est intrinsèquement causée (Reims, 25 mars 2008 : *JurisData* n° 2008-365411).

⁴⁰⁰ En effet, une telle démonstration revient simplement à établir que le créancier a promis *in abstracto* un avantage à la société cautionnée. Or, sans cette promesse de contrepartie, le contrat principal n'existerait pas et, par voie de conséquence, le contrat de cautionnement n'aurait aucune raison d'être conclu.

vérifier si le créancier est effectivement redevable d'une contrepartie envers le débiteur principal. Il ne suffirait ainsi plus de dire qu'il existe un avantage au profit du débiteur principal pour dire que le cautionnement est causé, encore faudrait-il que cet avantage ait été effectivement délivré à la personne cautionnée et qu'il soit suffisamment consistant pour que la caution ait eu une raison valable d'engager son patrimoine personnel.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation réduisit cependant à néant tous les espoirs fondés sur la valeur de la contrepartie due au débiteur principal dans un arrêt de rejet en date du 3 mai 2006⁴⁰¹. À la question : la cause de l'engagement de la caution dirigeante existe-t-elle réellement lorsque la contrepartie exécutée par le créancier au profit de sa société est dérisoire, les juges du fond avaient répondu qu'il n'était pas nécessaire d'évaluer la consistance de l'avantage accordé au débiteur principal – en considération duquel la caution s'est engagée – à partir du moment où cet avantage avait clairement été stipulé dans le contrat et que toutes les parties s'étaient engagées en connaissance de cause. La Cour de cassation approuva les juges du fond, affirmant que la modicité de l'avantage consenti par le créancier n'enlevait pas sa cause au contrat de cautionnement⁴⁰². La Chambre commerciale affirma donc clairement que la consistance de l'avantage accordé par le créancier au débiteur principal n'a aucune incidence sur la cause de l'engagement de la caution, il suffit que cette contrepartie existe. Ainsi, la caution ne peut pas se prévaloir de la modicité de l'avantage octroyé au débiteur lorsqu'elle s'est engagée en considération de cet avantage, aussi dérisoire soit-il.

85. – La constatation d'une obligation principale conditionnelle. Dans une décision en date du 13 mars 2012⁴⁰³, la Cour de cassation poussa ce raisonnement à son paroxysme, expliquant que l'absence de contrepartie effective au bénéfice du débiteur principal n'enlevait pas sa cause au contrat de cautionnement. Dans les faits, la société cautionnée avait promis au créancier de régulariser son compte pour que ce dernier maintienne le niveau

401 Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11.229, inédit. Dans les faits, la caution reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si, au-delà de l'apparence créée, la banque n'avait pas procuré un avantage dérisoire par rapport à l'importance de l'engagement souscrit par la caution. Celle-ci expliquait que la banque n'avait jamais vraiment eu l'intention d'accorder un avantage au débiteur principal puisque la contrepartie exécutée était dérisoire : la banque n'avait plus accordé de nouveaux financements et avait simplement maintenu les encours en réduisant le taux d'intérêt après la signature du cautionnement.

402 Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11.229, inédit.

403 Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-30.923, inédit : *Rev. sociétés* 2012, p. 487, note I. Riassetto.

de découvert en compte qui lui était accordé. Le créancier avait cependant demandé au dirigeant de cautionner le compte avant que cette condition ne soit réalisée. La caution dirigeante avait accepté de s'engager en considération de l'avantage qui allait bientôt être octroyé à sa société. La banque avait maintenu le niveau de découvert deux mois seulement après la conclusion du cautionnement puis avait finalement dénoncé son concours, la société garantie n'ayant pas respecté sa promesse de résorber rapidement le compte. Pour la caution, l'avantage promis par le créancier était dérisoire (il avait maintenu seulement deux mois les concours bancaires), voire inexistant puisqu'il était, dès l'origine, subordonné à une condition potestative irréalisable. Pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le fait que la contrepartie promise à la société cautionnée soit suspendue à la réalisation d'une condition impossible en pratique n'avait aucun effet sur l'existence théorique de la cause, le cautionnement est ainsi causé même si l'obligation du créancier est suspendue à la réalisation d'une condition irréalisable pesant entièrement sur le débiteur principal.

Ainsi, même si le créancier stipule une condition qui réduit à néant la contrepartie promise à la société cautionnée ou qui prévoit un avantage dérisoire au bénéfice de la société, la cause de l'engagement de la caution n'est pas affectée puisque cette condition résolutoire ne produira ses effets qu'après l'engagement de la caution. La jurisprudence considère tout simplement qu'il s'agit d'un incident se produisant durant l'exécution du contrat et que l'engagement de la caution était valablement causé au jour de la signature du cautionnement.

En considération des décisions précitées, il apparaît clairement que l'examen de la réciprocité des obligations des parties au contrat principal se cantonne à l'appréciation de l'existence abstraite d'une obligation à la charge du créancier, peu importe que celle-ci soit conditionnée ou dérisoire⁴⁰⁴. *« Le contrat doit présenter un intérêt pour celui qui s'oblige. En d'autres termes, le juge doit vérifier si l'obligation d'une partie a un fondement juridique, mais il n'a pas à contrôler si son obligation est équilibrée par la contreprestation. »*⁴⁰⁵ L'engagement de la caution dirigeante est ainsi causé à

404 La Cour de cassation refuse que l'équivalence des prestations des contractants soit appréciée et ait une influence sur la cause de l'engagement de la caution. Les juridictions se contentent donc d'évaluer l'existence théorique d'une prestation du créancier sans s'intéresser à son réel contenu, peu importe que le créancier subordonne son obligation à la réalisation d'une condition qu'il sait irréalisable dès l'origine ou qu'il promette l'octroi d'un avantage dérisoire au bénéfice de la société cautionnée.

405 L. AYNÈS, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 623, p. 307.

partir du moment où elle s'engage en considération de l'octroi ou du maintien d'un avantage à sa société, aussi insignifiant et hypothétique soit-il. Cela revient *in fine* à dire que le cautionnement est causé à partir du moment où le créancier est redevable d'une obligation, même dérisoire, déséquilibrée ou inexécutable envers le débiteur principal. La cause du cautionnement repose ainsi uniquement sur l'existence théorique d'un contrat principal et d'obligations réciproques entre les parties à cette convention, n'apportant aucune solution à la caution qu'elle ne détiendrait pas déjà en se fondant sur le caractère accessoire du cautionnement.

Les créanciers ont donc peu de chance d'être privés du cautionnement s'ils prennent le soin de prévoir une condition résolutoire dans le contrat principal permettant de se dégager de leur obligation ou s'ils exécutent temporairement leur obligation. En cas de disparition de la cause objective dans un temps voisin de la signature du contrat de cautionnement, la caution dirigeante n'a donc aucune chance d'obtenir la nullité de son engagement. Si l'on ajoute ce constat à celui précédemment dressé à propos de l'inutilité de recourir au fondement de la cause lorsque le caractère accessoire du cautionnement suffit à lui seul à délier la caution de ses engagements, force est de constater que la cause existe en droit du cautionnement seulement pour faire parler de son inutilité. À moins que l'on considère, comme le Professeur Henri Capitant, que la cause réside dans le motif impulsif et déterminant qui a poussé une partie à contracter, que la cause est subjective et concrète et qu'elle varie pour chaque contrat⁴⁰⁶.

§ 2 : La détermination de la cause subjective de l'engagement d'une caution dirigeante

86. – Plan. La cause subjective est synonyme de mobile, de motif, de raison. Elle rassemble l'ensemble des motivations personnelles en vertu desquelles une personne a accepté de s'engager dans un contrat. Il existe au moins un motif personnel par contractant. Cette diversité explique sans doute le fait que la cause subjective ne soit pas prise en considération par la jurisprudence pour la validité des conventions⁴⁰⁷. Quelque soit le mobile ayant animé la

406 H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, Paris, Dalloz, 1923.

407 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 98, p. 90.

caution dirigeante au moment de signature du contrat, il est possible d'affirmer qu'elle avait un intérêt personnel (au moins indirect) à la conclusion du cautionnement, sans quoi elle ne se serait pas engagée.

La cause subjective de l'engagement de toutes les cautions dirigeantes est liée à l'exercice d'un mandat social dans la société cautionnée. Un dirigeant se porte caution des dettes de sa société parce que, en tant que dirigeant, il a nécessairement un intérêt à le faire. Si la cause subjective de l'engagement du dirigeant n'existe pas au moment de la conclusion du contrat ou disparaît pendant l'exécution du contrat, la caution dirigeante perd la raison pour laquelle elle a cautionné les dettes de sa société. Dans l'esprit de certains dirigeants, ceux-ci ne sont pas ou plus personnellement tenus des dettes de leur société lorsqu'ils n'en retirent plus aucun avantage propre. Cependant, cette croyance – légitime pour certains – ne tient assurément pas compte de l'indifférence manifestée par la jurisprudence à l'égard de la cause subjective de l'engagement de la caution. En effet, la caution ne pourra pas invoquer les motifs déterminants pour lesquelles elle s'est engagée afin de se délier de ses obligations sur le fondement de la cause (I). En revanche, l'utilisation des motifs subjectifs ayant déterminé le consentement de la caution dirigeante peut apparaître pertinente pour faire annuler un contrat lorsqu'on s'éloigne un peu de la théorie de la cause et que l'on observe le comportement adopté par le créancier lors de la conclusion ou pendant l'exécution du contrat (II).

I – L'indifférence manifestée à l'égard des motifs subjectifs non contractualisés

87. – Plan. La cause de l'engagement d'une caution est appréciée au jour de la conclusion du cautionnement⁴⁰⁸, au regard de l'existence objective et abstraite d'obligations réciproques entre les parties au contrat principal. Le recours au fondement de la cause objective apparaît particulièrement inefficace puisque la caution ne peut pas l'utiliser lorsque le créancier a exécuté son obligation, même très brièvement. D'autre part, en l'absence totale d'obligations principales interdépendantes, la caution préfère s'appuyer sur le caractère accessoire du cautionnement pour obtenir la nullité de ce dernier⁴⁰⁹.

408 Colmar, 1^{er} ch. A, 25 janv. 2007, n° 1B05/00819.

409 Versailles, 14 fév. 2008 : *JurisData* n° 2008-361205. Cet arrêt de la cour d'appel de Versailles est l'une des rares décisions ayant procédé à l'annulation, sur le fondement de la cause, d'un contrat cautionnant un prêt qui n'avait pas été valablement accordé par la

La cause subjective peut ainsi incarner l'unique chance de donner de l'importance à la notion de « cause » en droit du cautionnement. On peut imaginer, comme le Professeur Henri Capitant le souhaitait, que la cause réside dans le motif impulsif et déterminant qui a poussé une partie à contracter, que la cause est subjective et concrète et qu'elle varie pour chaque contrat ; ce qui permettrait d'obtenir l'annulation d'un cautionnement lorsque les raisons personnelles ayant poussé la caution à s'engager faisaient manifestement défaut au jour de la conclusion du contrat (A) ou lorsque le dirigeant a perdu postérieurement tout intérêt personnel au maintien de ses engagements (B). Cependant, quelque soit les motifs personnels ayant poussé un dirigeant à s'engager dans un contrat de cautionnement, ceux-ci ne sont en principe pas pris en considération dans l'appréciation de la cause, sauf clause contraire expressément prévue par les parties dans le contrat de cautionnement.

A) Les motifs déterminant le consentement d'une caution dirigeante

88. – La fonction de la cause subjective. La cause subjective peut être définie comme « *l'ensemble des raisons subjectives pour lesquelles le contractant s'est engagé* »⁴¹⁰. Les mobiles poussant une caution à contracter une telle convention sont nombreux : il peut s'agir d'un service rendu à un ami ou à un proche, d'un service intéressé ou encore d'un service onéreux conclu par des professionnels du cautionnement.

Le dirigeant d'une société n'est pas animé par une intention libérale désintéressée, ni par la volonté d'aider un proche en difficulté. Il cautionne des dettes dans l'intention de créer son entreprise, d'obtenir des bénéfices ou une rémunération plus conséquents ou tout simplement de sauver sa société, son emploi et parfois même celui de ses salariés. Peu importe les motifs poussant les dirigeants à cautionner les dettes de leur société (création d'entreprise, réalisation d'un projet ou maintien *in bonis* de leur société), leurs engagements ès-qualités de caution ont tous un point commun : l'avantage qu'ils sollicitent pour leur société et dont ils espèrent tirer profit. Avant toute autre chose, un dirigeant se porte caution pour sa société parce

banque créancière. Cependant, le recours à l'article 2288 du Code civil et au caractère accessoire du contrat de cautionnement, plus accessibles pour la caution défenderesse, auraient abouti à un résultat identique.

410 Ph. BIHR, M.-H. BIHR, *Droit civil général*, 19^e éd., coll. Mémentos Dalloz (Série Droit privé), Paris, Dalloz, 2013, p. 230.

qu'il la dirige et qu'il espère en retirer au moins indirectement un avantage personnel. Sans cette motivation, aucun dirigeant ne s'engagerait ou ne maintiendrait ses engagements.

Ainsi, lorsque la contrepartie à venir ou déjà accordée à sa société ne produit pas l'effet escompté sur son patrimoine personnel, la caution dirigeante perd tout intérêt au cautionnement et souhaiterait se fonder sur l'absence de la cause pour mettre fin à ses engagements. Cependant, l'avantage que le dirigeant souhaite indirectement retirer de la contrepartie promise à la société relève de la cause subjective de son engagement. Or, il a été précédemment démontré que la cause subjective s'en tient à son rôle traditionnel : celui « *d'instrument de contrôle de la licéité et de la moralité des conventions* »⁴¹¹ et qu'en dehors de sa fonction morale⁴¹², la cause subjective est en principe sans effet sur le sort des conventions.

89. – L'indifférence manifestée à l'égard des motifs personnels non contractualisés. Dans un arrêt du 17 juillet 1978⁴¹³, la Chambre commerciale de la Cour de cassation estimait que si la caution souhaitait que les motifs personnels l'ayant poussée à conclure le contrat deviennent la cause de son engagement, il lui appartenait de l'indiquer expressément dans le contrat de cautionnement. En l'espèce, la caution assignée en paiement se défendait en expliquant qu'en présence d'un contrat unilatéral, il fallait rechercher la cause à travers des motifs l'ayant poussée à contracter (autrement dit, dans la cause subjective). Conformément à la théorie de la cause objective, la banque créancière estimait de son côté que l'obligation de la caution avait pour seule cause le maintien de l'aide financière à sa société et que cette aide n'avait jamais cessé d'être accordée. La Chambre commerciale débouta la caution, estimant que si la caution souhaitait que le motif de son engagement soit introduit dans le champ contractuel et devienne une condition du contrat, elle aurait dû l'indiquer expressément dans son engagement. Depuis lors, la Chambre commerciale réitère sans

411 Ph. SIMLER, « Cautionnement. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats », in *J.-Cl. Civil Code (art. 2288 à 2320)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 20, n° 90.

412 La notion de « cause subjective » a notamment permis de fonder l'annulation d'une convention conclue par une caution, au bénéfice de sa maîtresse, dans l'intention que cette dernière continue à lui prodiguer ses faveurs (Nancy, 12 nov. 1904 : *DP*, p. 158). Cependant, dans le cadre d'un cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société, l'existence d'un mobile illicite ou immoral a peu de chance de prospérer. La caution dirigeante agit généralement dans un cadre professionnel et l'objet du contrat consiste dans l'octroi d'un financement à sa société. Excepté l'hypothèse dans laquelle l'origine ou la destination des fonds est illégale ou contraire aux bonnes mœurs, le cautionnement du dirigeant n'est *a priori* pas concerné par ce type de nullité.

413 Cass. com., 17 juill. 1978, n° 76-15.391 : *Bull. civ.* IV, n° 200.

cesse la solution selon laquelle « l'engagement de caution pris par le dirigeant social demeure valable quels qu'en aient été les motifs déterminants dès lors que, n'ayant pas été introduits dans le champ contractuel, ils ne constituent pas la cause du cautionnement »⁴¹⁴.

Les raisons subjectives pour lesquelles un dirigeant se porte caution des dettes de sa société n'ont donc aucune incidence sur la notion de cause⁴¹⁵. Peu importe que le dirigeant ait conclu un tel acte en raison de son emploi ou de ses fonctions, les motifs personnels ayant déterminé son consentement sont sans effet sur la cause du cautionnement. « Il n'en irait autrement que si les parties décidaient de faire du maintien de ces relations contractuelles une condition du contrat de cautionnement : par exemple, le dirigeant-caution s'est engagé envers l'organisme de crédit à garantir toutes les dettes souscrites par la société, mais uniquement pour la période pendant laquelle il occupera ses fonctions ; en d'autres termes, les mobiles intègrent dans cette hypothèse les relations contractuelles entre la caution et le créancier, ce qui répond à l'attente légitime des parties. »⁴¹⁶

B) La disparition des motifs subjectifs ou la cessation des fonctions de dirigeant

90. – Les motifs de disparition de la cause subjective. La cause subjective est le motif impulsif et déterminant qui pousse chaque partie à s'engager dans une relation contractuelle. Une caution dirigeante s'engage dans un tel contrat parce qu'elle espère en retirer indirectement un avantage personnel. Sans cette motivation, le dirigeant ne s'engagerait pas. Aussi, lorsque ses fonctions de dirigeant cessent, la caution perd tout intérêt personnel au cautionnement⁴¹⁷. Quelque soit l'origine de la perte de ses fonctions, la caution dirigeante pense généralement que son engagement est lié à l'exercice de son mandat social et que celui-ci prend fin avec la cessation de ses fonctions. Les cautions dirigeantes ont rarement le réflexe de mettre fin à

414 Cass. com., 6 déc. 1988, n° 87-12.492 : *Bull. civ. IV*, n° 334.

415 La notion de « cause subjective » ne profite pas plus aux cautions dirigeantes qu'aux autres cautions, leur cautionnement est un acte abstrait intrinsèquement causé lorsque le contrat principal prévoit des obligations réciproques entre les parties.

416 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 68, p. 106.

417 Les raisons pour lesquelles une caution n'exerce plus de mandat social dans l'entreprise cautionnée sont vastes et variées. Il peut tout simplement s'agir d'une démission, d'une révocation, d'une cession de contrôle ou encore d'une transformation de la société cautionnée. (Pour la perte des fonctions de dirigeant suite à la transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme : Cass. com., 16 oct. 1978, n° 77-10.319 : *Bull. civ. IV*, n° 227 ; *Rev. sociétés* 1979, p. 813, obs. J. Hémard).

leur obligation de couverture lorsque leur mandat prend fin puisque, dans leur esprit, le fait de signaler au créancier le changement de dirigeant dans la société suffit à résilier leurs obligations.

En réalité, le cautionnement du dirigeant ne prend pas automatiquement fin lorsqu'il cesse d'exercer son mandat social et cet événement ne permet pas de fonder la nullité du contrat de cautionnement puisqu'il s'agit de la raison subjective pour laquelle la caution s'est engagée. Cependant, *« le bon sens ne pousse-t-il pas à considérer que l'engagement de la caution n'a eu qu'un temps et qu'il s'éteint lorsque s'efface le contexte déterminant de la conclusion du contrat ? Une vision économique et réaliste de la situation le souhaiterait : la vie des affaires privilégie les notions psychologiques de confiance, incitation, mobile ou motif déterminant, bonne foi... et celles-ci militent indiscutablement en faveur de l'extinction du contrat. Mais la vision juridique s'y oppose : le Droit n'entend pas sacrifier à la souplesse laxiste de la pratique des affaires et souffrir une solution qui refléterait le profil psychologique des parties contractantes sans pouvoir justifier de solides fondements juridiques. »*⁴¹⁸

La jurisprudence appliquait autrefois de temps à autre cette vision économique pour libérer des dirigeants qui n'avaient pas expressément mis fin à leurs obligations de couverture au moment de la perte de leurs fonctions et s'appuyait, pour ce faire, sur un usage bancaire exigeant un renouvellement du cautionnement en cas de transformation de la société⁴¹⁹. Cependant, depuis le célèbre arrêt *Lempereur* du 8 novembre 1972, la Cour de cassation refuse catégoriquement d'admettre que la cessation des fonctions de dirigeant puisse faire disparaître la cause de l'engagement de la caution dirigeante. La cessation des fonctions de dirigeant n'est pas un « terme implicite »⁴²⁰ de l'engagement de la caution, la cause de l'obligation unique résidant uniquement dans la considération de l'avantage qui va être accordé ou maintenu à l'entreprise cautionnée.

91. – L'indifférente cessation des fonctions de dirigeant sauf clause contraire. Il a été précédemment démontré que les raisons personnelles ayant poussé la caution à s'engager « s'écarte de toute référence à la cause

418 P. MORVAN, « Le cautionnement contracté par un dirigeant social n'est limité à la durée de ses fonctions que si cela est précisé dans l'acte », *D.* 1991, n° 13, p. 177.

419 *Loc. cit.* À propos de Cass. com., 8 juill. 1969 : *RTD com.* 1970, p. 160, obs. R. Houin.

420 P. CROCQ, « Le triste sort de l'ancien dirigeant social demeuré caution », *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 329.

du contrat caution-créancier »⁴²¹ sauf si celle-ci a en expressément fait une condition déterminante de son engagement. En effet, la Cour de cassation estime que si la caution souhaite que les motifs personnels l'ayant poussée à contracter le cautionnement deviennent la cause de son engagement, elle doit l'indiquer expressément dans la convention⁴²². Ainsi, les raisons subjectives ne deviennent la cause du cautionnement que si elles sont entrées dans le champ contractuel⁴²³. L'exercice du mandat social étant la raison subjective de l'engagement d'une caution dirigeante, c'est donc tout naturellement que la Cour de cassation a estimé que la cessation des fonctions de dirigeant ne met pas fin aux obligations nées du cautionnement qui ont été contractées à titre personnel pour une durée indéterminée, sauf si la caution dirigeante a expressément fait de l'exercice de ses fonctions une condition déterminante de son engagement⁴²⁴.

Les événements faisant ultérieurement disparaître les raisons subjectives de l'engagement de la caution sont donc sans effet sur la cause du contrat de cautionnement, sauf si une stipulation expresse prévoit le contraire. Force est de constater que la cause subjective ne produit pas davantage d'effet lors de l'exécution du cautionnement que ce qu'elle en produisait au jour de la conclusion du contrat. La cause subjective ne joue un rôle causal que lorsque une stipulation le prévoit. Or, dans de telles situations, les cautions préfèrent se fonder sur la force obligatoire du contrat et l'article 2292 du Code civil pour être déchargées de leurs obligations.

92. – De la cause subjective à la force obligatoire du contrat. Le dirigeant doit obligatoirement stipuler que la raison pour laquelle il a contracté le cautionnement est la cause déterminante de son engagement dans le contrat pour que son engagement soit nul dès l'origine ou prenne fin lorsque les raisons pour lesquelles il s'est engagé disparaissent. L'avantage indirect personnel ne devient la cause de l'obligation de la caution que si celui-ci a expressément été stipulé dans la convention. À défaut de clause en ce sens dans le contrat, il constitue simplement une cause subjective extrinsèque et indifférente à la cause du cautionnement⁴²⁵. Il n'est pas nécessaire de préciser

421 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 92, p. 67.

422 Cass. com., 17 juill. 1978, n° 76-15.391 : *Bull. civ. IV*, n° 200.

423 Cass. com., 6 déc. 1988, n° 87-12.492 : *Bull. civ. IV*, n° 334.

424 Cass. com., 3 janv. 1991, n° 89-12.847, inédit – Cass. com., 28 mai 2002, n° 98-22.281, inédit – Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-16.947, inédit.

425 La Cour de cassation réitère cette solution depuis de nombreuses années, estimant de manière constante que la disparition des motifs subjectifs en considération desquels la

que de telles clauses sont très rarement insérées dans les contrats de cautionnement, non seulement parce que les créanciers-rédacteurs n'y ont pas intérêt mais surtout parce que de telles stipulations n'apparaissent pas indispensables aux cautions dirigeantes qui pensent naïvement être libérées de leurs engagements lorsqu'elles n'ont plus aucune raison de garantir les dettes de leur société.

En supposant toutefois qu'une telle clause figure dans un contrat de cautionnement, ne fait-on pas preuve d'hypocrisie juridique en estimant qu'elle concerne la cause du cautionnement ? Une clause selon laquelle le cautionnement n'est pas à durée indéterminée mais prendra fin lorsque un événement supprimera l'intérêt personnel qu'avait la caution de garantir les dettes de sa société est tout simplement une clause qui limite l'étendue de son engagement, qui fixe un terme au contrat et qui définit la durée des obligations de la caution. Lorsque une caution peut se prévaloir d'une telle clause, elle n'a pas besoin de recourir au concept sibyllin de la cause dans le contrat de cautionnement, il suffit qu'elle se prévale de l'article 2292 du Code civil selon lequel on ne peut étendre le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté⁴²⁶. L'efficacité d'une telle clause, lorsqu'elle est expressément insérée dans le contrat de cautionnement, « *sera absolument indépendante de la notion de causalité : elle sera celle de la force obligatoire des contrats* »⁴²⁷.

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 24 avril 1990 oeuvrait d'ailleurs en ce sens, ne faisant aucune référence à la notion de cause en présence d'une telle stipulation⁴²⁸. « *La formule, lapidaire, sobre, est satisfaisante : nul n'est besoin de regretter l'artifice de solutions fondées sur la cause, le terme, la condition, la volonté des parties... Il n'est ici question que de "limitation" aux obligations des parties. La Cour de cassation renoue avec la pureté de l'obligation de respecter des engagements et, s'agissant d'un cautionnement, rien que ses engagements (art. 2015 : "... pas l'étendre*

caution s'est engagée ne met pas fin aux obligations nées du contrat de cautionnement qui ont été contractées à titre personnel pour une durée indéterminée, sauf si la caution dirigeante en a expressément fait une condition déterminante de son engagement.

426 Les cautions préfèrent se fonder sur l'article 2292 du Code civil relatif à l'étendue de l'engagement au lieu de fonder leurs prétentions sur l'article 1131 du Code civil et l'énigmatique concept de cause. À titre d'exemple : Cass. com., 15 oct. 1991, n° 89-19.122 : *Bull. civ. IV*, n° 285.

427 P. MORVAN, « Le cautionnement contracté par un dirigeant social n'est limité à la durée de ses fonctions que si cela est précisé dans l'acte », *D.* 1991, n° 13, p. 177.

428 Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-13.991 : *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *D.* 1991, p. 177, note P. Morvan ; *Banque* 1991, p. 322, obs. J.-L. Rives-Lange. Cette décision avait été rendue au visa de l'article 2015 du Code civil devenu, depuis la réforme du 23 mars 2006 relative aux sûretés, l'article 2292 du Code civil (et non au visa de l'article 1131 du Code civil).

au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté". »⁴²⁹

De la même façon qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la notion de cause objective lorsque l'obligation principale n'existe pas (en raison du caractère accessoire qui suffit à faire annuler le cautionnement), il est inutile de recourir à la notion de « cause subjective contractualisée » pour faire reconnaître les limites contractuelles de l'engagement de la caution dirigeante.

II – L'influence du comportement du créancier sur les motifs subjectifs non contractualisés

93. – Plan. La jurisprudence estime que le cautionnement qui n'a jamais comporté aucune contrepartie au bénéfice du débiteur principal peut être annulé sur le fondement de l'article 1131 du Code civil. Une telle nullité est ainsi seulement encourue lorsque le créancier a demandé au dirigeant de se porter caution des dettes de sa société en lui faisant miroiter l'octroi ou le maintien de crédits qu'il ne délivrera jamais, dans l'unique but de se constituer un nouveau débiteur pour les dettes déjà contractées⁴³⁰. Lorsqu'un créancier réclame une sûreté uniquement pour s'assurer du paiement de dettes antérieures, la jurisprudence estime que le cautionnement ne garantit pas un contrat synallagmatique doté d'obligations réciproques⁴³¹ et que celui-ci est dépourvu de cause. Cependant, l'absence de cause est rarement aussi explicite puisque, dans la grande majorité des litiges, le créancier commence à exécuter sa prestation et s'arrête brutalement après l'obtention du cautionnement ou délivre effectivement des fonds à la société cautionnée mais les utilise pour éponger des dettes antérieures.

Dans de telles circonstances, le fondement de la cause et le recours à l'article 1131 du Code civil se révèlent inutiles pour la caution puisque la cause de son engagement existait théoriquement au jour de la signature du cautionnement : un financement a bien été accordé (même si sa destination n'est pas celle initialement prévue) ou des fonds ont effectivement été délivrés à la société cautionnée (même brièvement).

Lorsque le créancier réclame un cautionnement dans l'unique intention de garantir le paiement de dettes déjà acquises et de se constituer un débiteur

429 P. MORVAN, *op. cit.*, p. 177.

430 Paris, 15^e ch. 15 A, 20 oct. 1998, n° 1997/10402.

431 Paris, 15^e ch. A, 11 mars 1997: *JurisData* n° 1997/020433.

solidaire, force est de constater qu'il trompe son cocontractant sur ses réelles intentions dans le seul but de vicier son consentement (B). De la même façon, ne faut-il pas considérer qu'un créancier exécute le cautionnement de mauvaise foi lorsqu'il maintient l'engagement d'un dirigeant qui n'exerce plus de mandat dans la société garantie et qui pense avoir mis un terme à ses engagements en signalant ce changement au créancier (A) ?

A) La cause subjective, la bonne foi contractuelle et le devoir d'information

94. – La cause subjective et la bonne foi du créancier. La théorie de la cause est indifférente aux motifs subjectifs ayant déterminé le consentement de la caution, sauf si le contrat de cautionnement les prévoit expressément. Doit-on pour autant considérer que la perte des fonctions de dirigeant et, par voie de fait, des raisons pour lesquelles la caution s'est engagée ne doit produire aucun effet sur la poursuite du contrat de cautionnement ? « *Les conventions devant s'interpréter de bonne foi, ne faut-il pas alors mettre en parallèle le comportement du créancier qui, averti du changement de gérant, ne manque pas de faire signer au nouveau contrôlaire un engagement de caution garantissant les dettes sociales* »⁴³² sans pour autant avertir la précédente caution du maintien de ses obligations personnelles ? Le créancier ne peut ignorer la cessation des fonctions de la caution dans la société garantie lorsque la caution originale prend la peine de lui signaler ce changement (sans résilier son engagement) ou, pis encore, lorsque le nouveau dirigeant signe à son tour un acte de cautionnement à la demande du créancier. Le créancier sait pertinemment que la caution s'était engagée personnellement en considération de ses fonctions et que si elle avait su que la perte de ses fonctions n'entraînait pas automatiquement la fin de ses engagements, elle aurait immédiatement procédé à une résiliation de ceux-ci. Laisser volontairement la caution dans cette ignorance pour multiplier les engagements personnels ne démontre-t-elle pas la mauvaise foi du créancier ? Dans un tel contexte, la caution n'a-t-elle pas intérêt à délaisser le fondement de la cause pour se prévaloir d'un manquement du créancier à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi⁴³³ ?

432 C. CHAMPAUD et D. DANET, « Cautionnement. Dirigeant de société, Cessation des fonctions », *RTD com.* 1993, n° 2, p. 327.

433 C. civ, art. 1134 : « *Les conventions légalement formées (...) doivent être exécutées de bonne foi.* »

La cour d'appel de Paris répondit favorablement à cette interrogation dans un arrêt du 20 mars 2001⁴³⁴. Cependant, la Cour de cassation refusa de suivre cette voie estimant, de façon constante depuis de nombreuses années, que « *la banque n'a pas l'obligation de prendre l'initiative d'avertir la caution de la nécessité de demander la révocation de son engagement pour qu'il y fût mis fin* »⁴³⁵. Selon elle, la cessation des fonctions ne met pas fin aux obligations de la caution dirigeante (sauf clause contraire) et le créancier n'a pas l'obligation d'avertir la caution dirigeante de la nécessité de mettre fin à son obligation de couverture.

95. – La cause subjective et l'obligation de se renseigner de la caution dirigeante. En janvier 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation poussa ce raisonnement à son paroxysme estimant que « *ni la bonne foi devant régir les relations entre la banque et la caution, ni le devoir d'information n'imposait à la banque d'avertir l'ancien dirigeant de l'octroi d'un nouveau prêt* »⁴³⁶. En d'autres termes, l'ancien dirigeant est personnellement redevable de toutes les dettes contractées par sa société depuis la fin de son mandat, bien qu'il n'ait pas connaissance de ces nouvelles dettes, qu'il n'ait plus aucun moyen d'agir sur l'aggravation du passif social et qu'il n'en retire plus aucun avantage propre. Ainsi, le créancier informé de la cessation des fonctions d'une caution dirigeante n'a pas le devoir d'informer celle-ci du maintien de ses engagements, de sa faculté de résiliation, ni même de l'aggravation de la dette qu'il continue à cautionner. « *Même si la Cour de cassation ne le dit pas, il incombe toujours à la caution de se renseigner et de veiller à la situation financière du débiteur principal.* »⁴³⁷

La logique de cette solution n'est cependant pas parfaite dans la mesure où les cautions dirigeantes qui pensent ne plus être personnellement tenues des dettes contractées par leur société n'ont aucune raison de se renseigner ou de veiller à l'évolution du passif social. Fort heureusement, la sévérité de la Cour de cassation en la matière a peu d'incidence pratique puisque ce type de

434 Paris, 15^e ch. A, 20 mars 2001, n° 1996/86123.

435 Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-13.991 : *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *D.* 1991, p. 177, note P. Morvan ; *Banque* 1991, p. 322, obs. J.-L. Rives-Lange.

436 Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13.735 : *Bull. civ. IV*, n° 1 ; *D.* 2008, p. 474, obs. V. Avena-Robardet ; *Banque et droit*, mars-avr. 2008, p. 17, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 2008, p. 405, note D. Legeais ; *RTD civ.* 2008, p. 329, note P. Crocq ; *RLDC* 2008/46, n° 2858, p. 30, obs. G. Marraud des Grottes ; *Banque et droit*, mars-avr. 2008, p. 46, obs. N. Rontchevsky.

437 D. LEGEAIS, « Responsabilité du créancier envers la caution », *RTD com.* 2008, n° 2, p. 405.

contentieux est en fort recul depuis que les textes prévoyant l'obligation de délivrer annuellement une information à toutes les cautions personnes physiques se multiplient⁴³⁸.

Si les fondements de la cause et de la bonne foi contractuelle sont particulièrement inefficaces dans des situations où la caution ne sait pas que son obligation de couverture est maintenue après la cessation de ses fonctions, elle pourra cependant compter sur les vices du consentement pour que la cause subjective de son engagement donne lieu à la nullité du contrat.

B) Les vices du consentement : la causalité la plus adéquate

96. – L'erreur sur la cause de l'obligation unique. Les situations dans lesquelles un créancier conditionne l'octroi ou le maintien d'un crédit à un cautionnement du dirigeant et use finalement de l'engagement de la caution pour s'assurer du remboursement de dettes contractées avant la signature du cautionnement peuvent être sanctionnées sur le fondement des vices du consentement (l'erreur ou même le dol)⁴³⁹. La cour d'appel de Versailles procéda notamment à l'annulation d'un cautionnement sur le fondement de l'erreur de la caution dans une décision du 15 décembre 1988, estimant que *« doit être annulé pour erreur le cautionnement donné en vue du maintien du concours bancaire, cause déterminante de l'engagement, lorsque la banque peu après la signature de la garantie interrompt brutalement ses concours »*⁴⁴⁰. Cette solution est remarquable pour deux raisons au moins. Premièrement, elle confirme que la cause de l'engagement d'une caution dirigeante réside dans le maintien de concours bancaires à sa société. Jusqu'à là, rien d'innovant, les précédentes démonstrations aboutissent également à

438 P. BOUTEILLER, « Incidence de la loi du 1^{er} mars 1984 sur le contrat de cautionnement », *JCP E* 1984, I 13512. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} mars 1984, les cautions (dirigeantes) sont normalement informées chaque année de l'évolution de la dette et surtout de leur faculté de résiliation. Ainsi, même si un dirigeant ne sait pas que son engagement (obligation de couverture) n'a pas pris fin en même temps que ses fonctions ou n'est pas informé de l'octroi de nouveaux prêts à la société cautionnée, la réception d'une telle information lui fait nécessairement prendre conscience qu'il est encore personnellement redevable des dettes sociales ; ce qui lui permet ainsi de mettre fin à ses engagements dès la réception de la première information annuelle. Encore faut-il que l'obligation d'information annuelle soit respectée. Si tel n'est pas le cas, la caution dirigeante pourra toujours obtenir réparation pour le préjudice subi du fait du manquement à l'obligation d'informer annuellement les cautions.

439 Selon le Professeur Simler, dans de telles situations, les cautions préfèrent se fonder sur les vices du consentement (Ph. SIMLER, « Cautionnement. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats », in *J.-Cl. Civil Code (art. 2288 à 2320)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 20, n° 90.

440 Versailles, 12^e ch., 15 déc. 1988 : *JurisData* n° 1988-047668 ; *Dr. sociétés* 1989, comm. 165.

ce résultat. Ensuite, parce que cet arrêt associe au point de confondre deux conditions de validité des conventions (la cause et le consentement).

La cause déterminante de l'engagement de la caution résidait dans le maintien de concours bancaires à son entreprise et l'interruption brutale de ceux-ci par le créancier ôtait rétroactivement toute cause au cautionnement. Contre toute attente et après avoir pris le soin d'expliquer que le cautionnement était dépourvu de cause, les juges rendirent finalement leur décision au seul visa de l'article 1110 du Code civil (relatif à l'erreur). Selon eux, la caution avait été victime d'un vice du consentement : une erreur sur la cause de son engagement. « *Une erreur sur la cause aurait donc pour objet l'existence ou l'étendue de cet avantage (un crédit bien souvent) consenti par le créancier. De ce fait, il semble bien que la jurisprudence se soit laissée convaincre et en ait admis le jeu à plusieurs reprises.* »⁴⁴¹ Il est intéressant de se demander pourquoi les magistrats ont préféré recourir à une erreur sur la cause de l'engagement plutôt que d'annuler la convention pour absence de cause ?

La réponse ne ressort pas des termes de la décision mais résulte sans nul doute de la théorie de la cause et du raisonnement précédemment développé : la cause ne joue son rôle qu'au moment de la conclusion du contrat et ne peut en aucun cas perdurer au-delà de la formation du contrat, « *permettre la remise en cause d'un engagement sous prétexte que le motif déterminant de sa souscription a disparu ruinerait la sécurité du commerce juridique* »⁴⁴².

Afin de sanctionner le comportement du créancier – consistant à maintenir le concours bancaire pendant un très bref délai, empêchait ainsi la caution de se prévaloir d'une absence de cause –, les conseillers procédèrent à l'annulation du cautionnement sur le fondement de l'erreur. Pour confirmer cette allégation, il suffit de se référer à une décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, procédant également à l'annulation d'un cautionnement au visa de l'article 1110 du Code civil au motif « *qu'au moment de la conclusion du contrat de cautionnement, le créancier n'avait pas l'intention de maintenir le crédit qu'il avait accordé au débiteur principal, alors que la caution n'avait souscrit son engagement que pour*

441 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 330, p. 231. Au demeurant, la jurisprudence n'a jamais expressément reconnu *une erreur sur la cause de l'obligation* et ces auteurs concèdent volontiers qu'elle « *n'a pas acquis son autonomie notionnelle : elle échoue à s'émanciper de l'erreur ou de la cause, et peut selon les hypothèses être réduite à l'une ou bien à l'autre* ».

442 Ph. SIMLER, « Cautionnement. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats », in *J.-Cl. Civil Code (art. 2288 à 2320)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 20, n° 90.

obtenir le maintien de ce crédit »⁴⁴³.

97. – L'erreur provoquée sur la cause de l'obligation unique. À partir du moment où la finalité du cautionnement n'est pas conforme à la volonté de la caution, le recours aux vices du consentement semble être le fondement de prédilection pour faire annuler les conventions litigieuses. Cette tendance jurisprudentielle est justifiée car il est évident que, dans de telles circonstances, le consentement de la caution dirigeante a été vicié : cette dernière accepte d'engager son patrimoine personnel uniquement parce qu'elle pense obtenir un avantage conséquent et durable pour sa société. Sans cette certitude, la caution ne se serait pas engagée. Le recours au fondement de l'erreur apparaît tout à fait cohérent puisque la caution a effectivement eu une vision erronée de la situation : elle pensait s'engager pour garantir une opération future ou pour obtenir un supplément de crédit et se retrouve finalement débitrice solidaire de dettes échues. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que cette erreur n'est pas simplement due à une mauvaise compréhension de la caution (qui aurait eu une vision déformée de l'objet du contrat) mais que cette erreur a été provoquée par le mensonge du créancier qui n'a jamais eu l'intention d'exécuter l'obligation promise.

Le créancier a nécessairement une intention dolosive lorsqu'il sollicite un cautionnement pour garantir une obligation qu'il sait ne jamais mettre à exécution. En agissant de la sorte, le créancier ment intentionnellement à la caution dans le but de la forcer à contracter une autre convention qu'un cautionnement puisque la caution devient en réalité un codébiteur solidaire. Le consentement de la caution traduit, à lui seul, son erreur provoquée par le créancier car, si elle avait connu les réelles intentions du créancier, elle ne se serait pas engagée, la délivrance conforme des fonds étant l'unique raison pour laquelle un dirigeant accepte de garantir les dettes de sa société. La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait d'ailleurs reconnu l'existence d'un dol dans une espèce où le créancier avait dénoncé les concours consentis à la société suite à la signature du cautionnement, estimant que le créancier avait volontairement dissimulé à la caution son unique et véritable intention : celle de se constituer « *un débiteur substitué* »⁴⁴⁴.

En droit du cautionnement, la notion de cause s'apparente ainsi à un miroir

443 Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-11.117, D. 1987, p. 446, note L. Aynès.

444 Cass. com., 10 mars 2004, n° 02-10.406, inédit.

aux alouettes qui ne permet pas, à elle seule, de libérer les cautions. La cause objective est une fiction entièrement dépendante de la principale caractéristique du contrat de cautionnement. La cause subjective perd tout intérêt devant une disposition légale qui permet de libérer sans ambiguïté les cautions dirigeantes ayant fait une condition déterminante de la cessation de leurs fonctions. La cause du cautionnement existe tout simplement lorsque le contrat principal est valable et qu'il prévoit des obligations réciproques, même déséquilibrées. Les cautions dirigeantes ont donc peu de chance d'obtenir l'annulation du cautionnement sur un tel fondement ou n'ont tout simplement pas besoin de recourir à ce fondement dans de telles circonstances⁴⁴⁵. L'inefficacité de la cause ne se limite toutefois pas aux contrats de cautionnement consentis par des dirigeants en garantie des dettes de leur société et s'étend à l'ensemble des sujets du droit du cautionnement. L'utilité de la cause en droit du cautionnement n'existe en réalité que pour prouver l'existence d'un dol du créancier ou d'une erreur de la caution. Cependant, il ne faut pas perdre de vue l'importance de la cause subjective dans le cadre d'un cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société. En effet, une caution dirigeante accepte de cautionner les dettes de sa société parce qu'il s'agit de la condition *sine qua non* pour que l'avantage tant espéré pour sa société lui soit enfin accordé et parce que le créancier use de cet état de nécessité pour contraindre le dirigeant à cautionner l'avantage octroyé à sa société. Dans de telles circonstances, la cause subjective de l'engagement d'une caution dirigeante deviendrait ainsi un instrument d'extorsion de son consentement.

Section 2. L'extorsion du consentement de la caution dirigeante par violence économique

98. – Plan. *« Traditionnellement, la violence (la metus du droit romain) est constituée, d'une part, d'une contrainte matérielle (vis absoluta) ou morale (vis compulsiva) et, d'autre part, du vice du consentement qui en résulte. Elle supposait, aux termes du Digeste justinien, quatre éléments : une crainte sérieuse : instantis vel futuri periculli cause mentis trepidatio*

⁴⁴⁵ L'ensemble de ces démonstrations donnent ainsi raison au Professeur Yves Picod estime que « la cause du cautionnement a un faible intérêt pratique » (Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 68, p. 104).

(Ulpien, D., 4, 2, 1), un état mental violenté par la représentation d'un danger présent ou futur, laissant augurer de la *major malitas*, le plus grand mal ; une crainte de nature à troubler un homme de valeur et d'opiniâtreté, et non un homme sans consistance (*metus non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat* (Ulpien, D. 4, 2, 6)) ; une crainte émanant d'un homme (*metus illatus ab aliquo*), même d'un tiers (car *metus habet in se ignorantiam*, l'identité du violent est souvent inconnue, sa preuve écartée) ; la crainte est immorale (*adversus bonos mores* (Ulpien, D., 4, 2, 3, 1)) ; elle ne saurait donc résulter de l'exercice d'une voie de droit (non *videtur vim facere qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur* (Paul, D. 50, 17, 155, 1)). »⁴⁴⁶

Le vice de violence, tel qu'il existe en droit positif, est fidèle au Digeste justinien : il y a violence lorsque un contractant ou un tiers au contrat fait impression sur une *personne raisonnable* et qu'il lui inspire la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent si le contrat n'est pas conclu⁴⁴⁷. La violence est un vice du consentement puisqu'il force le consentement d'une partie ; sans cette contrainte, la victime n'aurait jamais accepté de s'engager dans la relation contractuelle. Contrairement à l'erreur ou l'erreur provoquée par le dol, la violence n'affecte par la compréhension ou le discernement du contractant, elle affecte sa liberté de contracter⁴⁴⁸. Un consentement extorqué par violence empêche d'exercer sa liberté contractuelle, le droit de s'engager dans un contrat ou de refuser de conclure une convention. « *Contracter c'est choisir et s'engager sur son choix.* »⁴⁴⁹ Contracter, c'est choisir sauf quand on ne choisit pas librement de s'engager.

Dans le cadre d'un vice de violence, le contractant n'accomplit pas un acte de volonté, il ne choisit pas d'exercer sa liberté pour s'aliéner au profit de son cocontractant. Ce dernier utilise, au contraire, la cause subjective de

446 P. MORVAN, « Absence de validité du cautionnement solidaire signé sous l'emprise d'une violence morale », *D.* 1992, n° 13, p. 166.

447 C. civ., art. 1111 et 1112.

448 B. MONTELS, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002, n° 3, p. 417.

Bien qu'elle aboutisse au même résultat que les autres vices du consentement, la violence se distingue de ces derniers dans son aspect psychologique. À la différence de l'erreur, le consentement n'est pas vicié par une fausse représentation de la réalité. Contrairement au dol, le consentement n'est pas surpris par l'emploi de manoeuvres frauduleuses. Dans le cadre d'une violence, le contractant est parfaitement conscient de la situation, sait que les conditions contractuelles lui sont défavorables et qu'il ne se serait jamais engagé dans un tel contrat si la violence n'était pas exercée sur lui, mais la menace qui pèse sur lui l'oblige à contracter.

449 B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, n° 29, p. 2315.

l'engagement de la victime pour la forcer à s'engager. Si la victime n'avait pas besoin de l'objet du contrat principal, l'auteur du vice de violence n'aurait aucun moyen de pression sur elle. Sous l'emprise d'une violence, la cause de l'engagement d'une partie devient ainsi une arme de contrainte. Cependant, il ne suffit pas de dire qu'un contractant s'est retrouvé dans l'impossibilité de refuser la signature d'un contrat ou d'en négocier les conditions pour prouver un vice de violence sinon cela reviendrait à annuler tous les contrats qui sont conclus par obligation. Il faut en sus que les circonstances de signature de la convention démontrent que la violence exercée a totalement privé la victime de sa liberté contractuelle⁴⁵⁰.

Traditionnellement, le vice de violence intéresse peu le droit du cautionnement⁴⁵¹. Dans le cadre d'un cautionnement consenti par un dirigeant pour sûreté des dettes de sa société, les situations de violence sont encore davantage circonscrites. Il ne peut raisonnablement pas s'agir d'une violence exercée par le débiteur principal puisqu'il s'agit d'une personne morale justement représentée et dirigée par la caution. Sauf cas rarissimes, il ne peut pas davantage s'agir d'une violence physique du créancier ou même d'une violence morale puisque le contexte de signature d'un tel acte relève d'un domaine dans lequel les contractants se laissent généralement pas aller à de tels débordements⁴⁵². La question de la violence économique en la matière s'est en revanche naturellement posée : le consentement d'une caution peut-il être extorqué par une contrainte économique exercée par son cocontractant, un tiers ou bien résulter des seules circonstances de signature du contrat ? Il

450 Il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 1112 du Code civil que la violence exercée sur un contractant peut-être physique, morale ou patrimoniale : celui-ci doit ressentir la crainte d'exposer sa *personne* ou sa *fortune* à un mal considérable et présent.

« La prédominance des données psychologiques sur les données morales, que consacre l'article 1111, conduit à se demander si, allant plus loin, il faut retenir comme cause de nullité la contrainte qui, en dehors de toute action humaine, résulte parfois des seuls événements. Il est, en effet, des cas où, sans être menacée par quiconque, une personne ne peut pas ne pas contracter. (...) La question connaît, dans la jurisprudence, un regain d'actualité, sous la forme de la contrainte (ou de la violence) économique. La première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé, le 30 mai 2000, que la "la contrainte économique se rattache à la violence (qui est une cause de nullité en la matière) et non à la lésion (qui n'en est pas une)". Reste encore à définir les conditions dans lesquelles une pression d'ordre économique peut constituer le vice de violence, tant il évident que toute circonstance de cet ordre pensant sur un contractant ne peut suffire à entraîner la nullité. Il semble que le critère se trouve dans l'exploitation délibérée d'une telle circonstance par le cocontractant. » (J.-L. AUBERT, J. FLOUR, É. SAVAUX, *Les obligations*, I. *L'acte juridique*, 15^e éd., coll. Sirey Université, Paris, Sirey, 2012, n° 224, p. 213-214).

451 Ph. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 63, p. 54.

452 En effet, en pratique, on imagine mal un banquier ou un fournisseur menacer le dirigeant de révéler des informations compromettantes à son épouse ou à l'Administration fiscale et encore moins séquestrer ou tenir la main du dirigeant pour qu'il s'engage dans un cautionnement.

n'existe aucune raison sérieuse d'écarter les cautions dirigeantes de ce vice du consentement lorsqu'elles auraient été contraintes de garantir les dettes de leur société (§1). L'existence d'une contrainte économique ne suffisant toutefois pas à qualifier le vice de violence, la caution dirigeante doit prouver, en sus de cet élément matériel, que le créancier a intentionnellement exercé une violence illégitime dans le but d'extorquer son consentement (§2).

§ 1 : La détermination de l'élément matériel du vice de violence

99. – Plan. *« Il y a toujours de la contrainte dans les contrats que nous accomplissons, dans les consentements que nous donnons ; car ils ne sont jamais exactement conformes à ce que nous désirons. Qui dit contrat dit concessions, sacrifices accordés pour en éviter de plus graves. »*⁴⁵³

Selon Émile Durkheim, le consentement libre exigé par l'article 1108 du Code civil n'existe jamais pleinement et n'est, en réalité, qu'un consentement donné par défaut. Les parties à un contrat de quelque nature que ce soit ne s'engagent l'une envers l'autre que pour éviter la réalisation d'un mal plus conséquent. Le contrat est alors conçu comme un instrument de contrainte que chaque contractant accepte de supporter pour éviter de plus grands sacrifices. S'il existe une forme de contrainte dans tous les contrats, l'intensité de celle-ci n'est sûrement pas identique pour toutes les conventions et toutes les parties. Le vice de violence est la forme la plus grave de contrainte et ne doit pas être confondu avec les simples concessions et sacrifices consentis dans tous contrats.

La violence est *« une fourberie, une menace, un acte de force et non de déloyauté (...) la crainte qui entame ou supprime la liberté du consentement »*⁴⁵⁴. Le vice de violence n'est caractérisé que si la partie qui s'en prétend victime est en mesure de prouver que la contrainte qui l'a poussée à contracter porte sur l'existence d'un mal considérable et présent. La contrainte économique constitue ainsi un vice de violence lorsqu'elle oblige la caution dirigeante à s'engager pour éviter la réalisation d'un mal plus conséquent (I). Cependant, il ne suffit pas de dire qu'une caution dirigeante s'est engagée sous la pression de circonstances économiques pour

453 É. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, 3^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 1997, p. 232.

454 Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013, n° 242, p. 269.

qualifier un vice de violence car le contexte de signature et l'état de dépendance économique constituent simplement des contraintes courantes dans les contrats d'affaires. La violence économique est caractérisée uniquement lorsqu'elle est de nature à vicier le consentement d'une caution et à la priver totalement de sa liberté contractuelle (II). Ainsi, la violence économique commencerait là où la contrainte contractuelle naturelle s'arrête.

I – La caractérisation d'une violence de nature économique

100. – Plan. La « violence économique » est une déclinaison prétorienne relativement récente du vice de violence. Auparavant, la jurisprudence ne niait pas que certaines circonstances économiques pouvaient avoir des incidences sur l'engagement des parties mais elle préférait entrevoir cette problématique sous l'angle de la lésion, s'intéressant davantage au résultat qu'au contexte de signature des conventions.

Cependant, depuis une conséquente évolution de la jurisprudence en la matière, il est désormais acquis que la contrainte économique se rattache au vice de violence (A). Depuis lors, les cautions, y compris les cautions dirigeantes, sont tentées de faire reconnaître devant les tribunaux que la situation dans laquelle elles se trouvaient lors de la signature du cautionnement constituait une violence économique et qu'elles se sont engagées sous la pression d'un mal considérable menaçant leurs intérêts légitimes (B).

A) Le rattachement de la contrainte économique au vice de violence

101. – La contrainte économique est un vice de violence. La « violence économique » est un concept juridique relativement récent mais l'idée selon laquelle une partie peut être contrainte de contracter en raison de la situation désespérée dans laquelle elle se trouve remonte au moins au XIX^e siècle⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Dans l'un de ses ouvrages, le Professeur Rémy Cabrillac cite la décision rendue le 27 avril 1887 par la Chambre des requêtes (Req. 27 avril. 1887, S. 1887, I, p. 372 ; D. 1988, p. 263). En l'espèce, un remorqueur avait accepté de dégager un navire échoué moyennant une rémunération égale à 5 % de la valeur du navire et de la cargaison. La condition désavantageuse exigée par le remorqueur envers un cocontractant qui était dans l'impossibilité de la refuser avait fondé la nullité de l'engagement souscrit. De même, dans un arrêt de la Chambre sociale du 5 juillet 1965 (Cass. soc., 5 juill. 1965 : *Bull. civ.* V, n° 545), les hauts magistrats avaient reconnu que « le besoin d'argent, dû notamment à la maladie d'un enfant, justifie l'annulation d'un contrat de travail désavantageux » (R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, note de bas de page n° 3, p. 64).

Ce n'est que très récemment que la jurisprudence a expressément reconnu que la contrainte économique peut constituer un vice de violence. Dans une décision en date du 30 mai 2000, la première Chambre civile de la Cour de cassation affirma pour la première fois que « *la contrainte économique se rattache à la violence* »⁴⁵⁶. Dans les faits, le propriétaire d'un garage avait été victime d'un incendie dans ses locaux professionnels. Sur proposition de l'expert, l'assuré avait accepté de signer une transaction avec son assureur pour fixer le montant de l'indemnisation à la somme de 667.382 francs. Le garagiste demanda finalement la nullité de la transaction au motif que son consentement n'était pas libre au jour de la conclusion de la transaction puisqu'il avait été obligé de signer l'acte désavantageux en raison des difficultés financières que lui avaient causé cet incendie. La cour d'appel rejeta la demande du garagiste estimant que, conformément aux dispositions légales, une transaction ne peut pas être attaquée pour cause de lésion et, qu'en conséquence, la contrainte économique dont le garagiste faisait état ne pouvait pas fonder la nullité de l'accord⁴⁵⁷. Cependant, la transaction n'était pas défavorable au garagiste simplement parce qu'il ne s'était pas rendu compte du « *défaut d'équivalence entre les prestations* »⁴⁵⁸ ou parce que l'expert avait réalisé une mauvaise évaluation du préjudice mais parce qu'il avait été obligé de contracter en raison de la situation financière catastrophique dans laquelle il se trouvait (tout en ayant conscience du fait que la transaction ne lui était pas favorable). C'est en raisonnant de la sorte que la Cour de cassation fut en mesure d'affirmer que « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ».

Cette solution aurait pu avoir une portée limitée et être exclusivement réservée aux transactions afin de contourner l'interdiction de se fonder sur la lésion pour obtenir la nullité de telles conventions mais la doctrine observa très rapidement que « *la proposition formulée par la Cour de cassation*

456 Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 : *Bull. civ. I*, n° 169 ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2000, p. 863, obs. P.-Y. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 142, obs. L. Leveneur ; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. Chazal ; *D.* 2001, p. 1140, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. Delebecque ; *Dr et patr.* 2000, n° 86, p. 100, obs. P. Chauvel ; *JCP G* 2001, II 10461, note G. Loiseau.

457 La cour d'appel de Paris avait assimilé la contrainte invoquée par le demandeur à une lésion en s'appuyant davantage sur le résultat obtenu que sur le contexte de signature. En effet, pour parler de lésion, les juges d'appel s'étaient simplement intéressés aux effets de la transaction (à savoir un acte lésionnaire) mais ne s'étaient pas préoccupés de l'origine de ce déséquilibre contractuel.

458 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 13^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2012, n° 166, p. 130.

intéresse l'ensemble des conventions. L'attendu est énoncé en termes suffisamment généraux pour se voir reconnaître une portée large »⁴⁵⁹. Le vice de violence causé par une contrainte économique pouvait dès lors concerner toutes sortes de conventions, y compris le contrat de cautionnement⁴⁶⁰.

102. – La contrainte économique est une dépendance économique.

*« Dans un régime libéral, celui-là même qui suppose le contrat, on se heurte à une aporie : d'une part, l'inégalité économique est consubstantielle au marché, d'autre part, la liberté du consentement doit être respectée. Comment concilier l'inégalité et la liberté, telle est la question. Car, on peut au moins être assuré d'une chose : si l'inégalité économique n'était pas prise en compte, le contrat risquerait de se transformer en instrument d'assujettissement au nom même de la liberté qu'il est censé exprimer, et on parviendrait au résultat paradoxal qu'on userait de sa liberté pour l'aliéner (...) Il s'agit, en fait, d'assimiler, l'économie à une violence, de la présenter comme une force quasi irrésistible, paralysante, qui réduit sa "victime" à l'état d'esclavage. Il est donc crucial de la rapporter à l'art. 1112 C. civ., c'est-à-dire de la faire remonter jusqu'à la subjectivité du cocontractant. Et c'est, d'ailleurs, ce qu'a jugé la Cour de cassation en énonçant que "la contrainte économique se rattache à la violence". Façon de dire non seulement que la psychologie des contractants est économique mais encore qu'elle est déterminée par des logiques de marché. C'est donc la "psychologisation" de l'économie qui est essentielle, dans sa dimension contraignante. »*⁴⁶¹

La violence économique est un vice du consentement qui survient lorsqu'un contractant, en situation de supériorité économique, subordonne la conclusion d'un contrat à des conditions désavantageuses pour son cocontractant et que ce dernier n'est pas en position de les refuser ou de les négocier en raison de la situation de détresse économique dans laquelle il se

459 B. FAGES, J. MESTRE, « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », *RTD Civ.* 2000, n° 4, p. 827.

460 Au regard de la décision précitée, la violence économique peut ainsi être définie comme une « inégalité contractuelle entre les parties qui découle de la situation de détresse économique, dans laquelle se trouve l'une d'entre elles, et qui se traduit par l'impossibilité pour ce contractant économiquement dépendant, car fragilisé, de négocier librement le contrat. En clair, l'un des contractants doit se trouver, en raison des difficultés économiques ou sociales qui l'assaillent, dans une situation économique telle, qu'il ne lui est pas possible de faire autrement que de conclure le contrat qui lui est imposé » (D. MAZEAUD, « Régime de la violence économique », *D.* 2002, n° 37, p. 2844).

461 B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, n° 29, p. 2315.

trouve. La liberté contractuelle dont dispose une partie lui permet théoriquement de refuser la conclusion d'un contrat ou de négocier les modalités de la convention mais les événements auxquels elle est confrontée l'empêchent de refuser la signature du contrat car, sans cet engagement, sa situation serait définitivement compromise. Dans une telle situation, la liberté de contracter existe mais n'est pas praticable. Il s'agit ainsi de concilier, comme le préconise Bernard Edelman, la liberté de consentir avec une donnée non négociable : l'inégalité économique.

Évidemment, nous ne contractons pas qu'entre personnes de position égale. Dans une société libérale tout à chacun conclut des actes avec des puissances économiques d'une autre dimension et parfois même conclut des contrats dont il se passerait volontiers⁴⁶². Non seulement nous n'avons pas toujours le choix de contracter mais parfois nous n'avons même pas le luxe de choisir le cocontractant. Certains contrats dits *d'adhésion* ne permettent pas non plus de négocier les conditions contractuelles : soit le contrat est accepté dans son intégralité, soit il est refusé dans son principe⁴⁶³.

Cela signifie-t-il pour autant que tous ces contractants subissent une violence économique ? Il n'est pas possible d'aboutir à tel constat sinon un nombre incalculable de conventions seraient susceptibles d'annulation. En droit de la concurrence, le seul fait qu'une entreprise dispose d'une puissance économique supérieure à celle de son cocontractant et fasse signer à ce dernier un contrat déséquilibré constitue un abus de position dominante, sanctionné *per se*⁴⁶⁴.

462 La loi impose parfois de conclure certaines conventions, notamment certains contrats d'assurance : assurance pour les véhicules terrestres à moteur (C. assur., art. L. 211-1 contenu dans un chapitre intitulé : « *L'obligation de s'assurer* »), assurance « *dommages-ouvrage* » (C. assur., art. L. 242-1 contenu dans un chapitre intitulé : « *L'assurance de dommages obligatoire* »), etc.

463 Les contrats d'abonnement au service d'eau ou d'électricité, à la téléphonie ou à internet sont notamment des contrats d'adhésion. Comment refuser de signer l'une de ces conventions ? Il est évident qu'un consommateur isolé ne peut pas, à lui seul, influencer les géants de l'électricité ou de la téléphonie (ayant une situation quasiment monopolistique) pour obtenir des conditions contractuelles plus avantageuses. Soit il signe le contrat type et bénéficie de la prestation, soit il vit sans ces prestations. Cela signifie-t-il pour autant que tous les consommateurs subissent une violence économique ? Non. Pourtant, force est de constater que le consommateur n'est pas libre de refuser la conclusion de ces contrats d'adhésion, sauf s'il souhaite vivre en marge de la société et dans des conditions rudimentaires. Dans une décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 (relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine), l'Autorité de la concurrence avait d'ailleurs condamné deux des plus grands opérateurs de téléphonie mobile, estimant que ces derniers avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce (sanctionnant l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur).

464 M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *Les Petites Affiches*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

En droit commun, cet état de dépendance économique peut être sanctionné sur le fondement des vices du consentement. La cour d'appel de Paris a déjà reconnu que le consentement libre exigé par l'article 1108 du Code civil faisait défaut lorsqu'un contrat d'adhésion avait été conclu entre une entreprise puissante et un concessionnaire d'un poids économique incomparablement plus faible afin d'échapper au mal considérable que représentait, pour lui, la fermeture immédiate de son entreprise⁴⁶⁵. *« Le terme de violence n'était pas utilisé, mais la solution de la cour était claire : elle utilisait le vice de violence pour annuler le contrat d'adhésion dans lequel la dépendance économique d'une partie envers l'autre est particulièrement prononcée et anormalement exploitée au point que celui-ci n'exprime plus que la volonté unilatérale de la partie dominante. »*⁴⁶⁶

B) Le rattachement de l'obligation de cautionner à la violence économique

103. – Plan. La contrainte éventuellement exercée sur une caution dirigeante est nécessairement une violence spécifique. Une caution est un contractant singulier, elle engage son patrimoine personnel envers un créancier pour rendre service à une personne ou pour en retirer indirectement un avantage. Quoiqu'il en soit, une caution s'engage dans un contrat unilatéral, à titre gratuit, sans contrepartie directe.

Un dirigeant accepte de signer un cautionnement parce qu'il espère obtenir l'exécution d'une obligation pour sa société, il s'engage uniquement en considération de l'avantage qui va être maintenu ou accordé à son entreprise⁴⁶⁷ et parce que l'accomplissement de cette obligation a été strictement conditionnée à son engagement personnel par le créancier⁴⁶⁸. Plusieurs situations sont dès lors susceptibles de se présenter. Le dirigeant peut solliciter un concours bancaire ou une avance de fonds afin de créer son entreprise ou encore mettre sur pied un nouveau projet. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, le dirigeant fait le choix de demander un financement à un créancier pour devenir chef d'entreprise ou pour financer un nouveau

465 Paris, 25^e ch., 27 sept. 1977, : JurisData n° 1977-255050 ; D. 1978, p. 690, note H. Souleau ; Gaz. Pal. 1978, n° 1, p. 110, note J. Guyénot.

466 M. BOIZARD, *op. cit.*, p. 5.

467 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 145, p. 112.

468 La caution dirigeante n'est pas philanthrope, elle accepte de signer un tel contrat parce qu'elle espère retirer un avantage personnel de l'exécution du contrat principal, les motifs subjectifs de son engagement ne sont finalement qu'un espoir de contrepartie indirecte.

projet, il agit dans une logique positive d'investissement. Rien ne le force à créer son entreprise ou à participer à un nouveau projet, il manifeste simplement la volonté d'en retirer un avantage personnel (se créer un emploi, augmenter le résultat de la société et indirectement son salaire ou ses dividendes). Lorsque le créancier conditionne l'octroi de ce crédit à l'engagement personnel du dirigeant, la caution n'est pas forcée d'accepter. Elle peut très bien se tourner vers d'autres investisseurs ou fournisseurs pour réaliser son projet, trouver d'autres garanties pour rassurer les créanciers ou tout simplement abandonner ses ambitions. Dans de telles situations, la jurisprudence estime que la caution dirigeante n'agit pas sous la contrainte d'un mal menaçant directement ses intérêts légitimes (1°). Le vice de violence économique est également écarté lorsque la menace existait déjà lorsque le cautionnement a été sollicité et que le créancier n'a fait que profiter de la crainte déjà ressentie par la caution dirigeante pour obtenir son engagement personnel (2°).

1°) La crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable

104. – Les situations caractérisant une contrainte économique. Si le cautionnement du dirigeant peut être sollicité lorsque celui-ci manifeste un désir d'investissement facultatif, le créancier peut également solliciter une telle sûreté lorsque la société se trouve dans une situation financière critique. En effet, imaginons que le dirigeant ne soit pas simplement tenté de se lancer dans une vie entrepreneuriale ou d'élargir les ambitions de sa société mais soit tout simplement obligé d'obtenir un financement pour sauver son entreprise. Le dirigeant peut, par exemple, solliciter un crédit pour remettre sa société à flot après avoir essuyé une condamnation ou un impayé, demander le maintien ou l'augmentation d'une ligne de crédit à un fournisseur ou d'un découvert à sa banque pour se sortir d'une situation financière critique. Quelles que soient les raisons pour lesquelles le dirigeant peut solliciter un financement nécessaire à la survie de son entreprise, il contracte un cautionnement parce que sa société est dans une situation de détresse financière, pour protéger sa rémunération mais aussi parfois l'emploi de ses salariés. S'il n'obtient pas les fonds demandés, il sait que son entreprise est vouée à la faillite.

Dans de telles circonstances et lorsque l'octroi du financement est conditionné au cautionnement du dirigeant, le consentement de la caution

dirigeante n'est pas erroné, elle sait qu'elle prend un risque important et qu'elle engage son patrimoine personnel pour une société qui est dans une situation financière très compromise mais elle accepte quand même de garantir les dettes sociales parce qu'elle n'a pas le choix et qu'elle croit en des jours meilleurs. En théorie, la caution dirigeante est libre de refuser de signer ce cautionnement, le créancier n'use pas de violences physiques ou morales à son égard⁴⁶⁹, il ne lui fait pas non plus miroiter un avenir radieux qui n'existe pas uniquement pour la forcer à contracter. Cependant, en pratique, le dirigeant n'est pas libre de refuser ce cautionnement car, s'il le fait, il condamne sa société. L'impasse dans laquelle se trouve la caution dirigeante, le créancier la connaît. Il sait qu'en conditionnant l'octroi d'un financement à une société en difficulté à l'engagement personnel du dirigeant, il ne lui laisse pas la possibilité de refuser. La caution dirigeante, privée de sa liberté de consentir à l'acte, pourrait alors se prévaloir d'une violence économique pour obtenir la nullité du cautionnement. À condition toutefois qu'elle parvienne à démontrer que la violence lui a inspiré la crainte d'exposer ses intérêts légitimes à un mal menaçant.

105. – Une crainte menaçant les « intérêts légitimes » du contractant.

L'article 1112 du Code civil impose à toute personne qui souhaite obtenir la nullité d'une convention pour vice de violence de prouver que la contrainte exercée par son cocontractant lui a inspiré « *la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ». Il n'y a point violence lorsqu'une partie a été simplement influencée par les circonstances économiques lors de la signature du contrat. La peur ressentie par cette dernière doit être caractérisée : elle doit porter sur la crainte d'exposer sa fortune à un mal considérable et présent. Si le mal n'est pas considérable et présent, autrement dit, s'il n'est important, remarquable et conséquent au jour de la signature du contrat, le vice de violence n'est pas caractérisé. La partie qui se prétend victime d'un tel vice ne doit pas simplement prouver qu'elle a ressenti une appréhension ou une inquiétude à propos d'un mal éventuel qui pourrait se produire ultérieurement ou d'une menace certaine qui concerne

⁴⁶⁹ À propos des violences morales exercées par le créancier sur une caution, la Cour de cassation refuse de retenir – au titre des vices du consentement – les appels téléphoniques même incessants d'un banquier à l'égard de son futur cocontractant. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le banquier a une raison légitime de s'adonner à telles pratiques, comme celle de finaliser l'acte de cautionnement (Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-17.954, inédit ; cité par M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université, Paris, Sirey, 2014, n° 259, p. 82-83).

un tiers ou une tierce fortune. Elle doit démontrer que la contrainte constituait une grave menace pour sa propre personne ou sa fortune personnelle. La jurisprudence en a déduit que la crainte doit menacer directement un intérêt légitime.

La Cour de cassation avait jugé en ce sens à propos d'une salariée qui avait accepté de renoncer à ses droits d'auteur au profit de son employeur parce que celui-ci lui avait fait part de l'état de fragilité de l'entreprise et d'un risque réel et sérieux de compression de personnel dans l'entreprise. La cour d'appel avait estimé que la crainte de perdre son emploi avait nécessairement influencé son consentement et l'avait empêché de négocier les conditions de cession de ses droits d'auteur comme elle aurait pu le faire dans des circonstances économiques et sociales plus favorables (et sans ce lien de subordination). La Cour de cassation rejeta cette prise de position, estimant que « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »⁴⁷⁰. Or, en l'espèce, la salariée n'avait fait état que d'un « risque réel et sérieux » de licenciement lié au contexte social de l'époque et n'avait pas prouvé qu'elle était « *elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre* » lors de la cession des droits d'auteur.

Cette décision « *a l'allure d'un petit guide de la violence économique à l'usage des juges du fond* »⁴⁷¹ en ce qu'elle affirme sur un ton universel que la contrainte économique ne constitue un vice de violence que si la menace porte sur les intérêts légitimes de la partie qui s'en prétend victime, rendant ainsi sa caractérisation extrêmement difficile⁴⁷².

106. – Une crainte menaçant les « intérêts légitimes » de la caution dirigeante. La Chambre commerciale de la Cour de cassation poursuivait

470 Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932 : *Bull. civ.* I, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *JCP G* 2002, I 184, obs. G. Virassamy ; *JCP E* 2003, 278, obs. F. Chérigny ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. E. Savaux ; *Gaz. Pal.* 24-25 janv. 2003, n° 25, p. 18, note J. Rovinski ; *Contrats, conc. Consom.* 2002, comm. 121, note L. Leveneur ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 80, obs. Ch. Caron et comm. 89, obs. ph. Stoffel-Munck ; *Dr. et patr.* 2002, n°107, p. 26, étude G. Loiseau ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

471 B. FAGES, J. MESTRE, « Violence morale et dépendance économique », *RTD civ.* 2002, n° 3, p. 502.

472 L. THIBIERGE, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », in M. BOURASSIN, J. REVEL, *Réformes du droit civil et vie des affaires : actes du séminaire organisé par le Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2014, p. 236.

l'écriture du « *petit guide de la violence économique à l'usage des juges du fond* » à propos des cautions dirigeantes exigeant, dans un arrêt inédit du 3 octobre 2006, la preuve d'un mal menaçant directement leurs intérêts légitimes⁴⁷³. Il était déjà certain qu'un mal peut menacer directement les intérêts légitimes d'un salarié lorsqu'il est nommément désigné par un plan de licenciement et que son employeur exploite cette circonstance pour extorquer son consentement. Il s'agissait dès lors de déterminer quelles formes de contraintes pouvaient porter atteinte aux « intérêts légitimes » d'une caution dirigeante.

En premier lieu, la crainte doit directement concerner sa personne ou sa fortune. Cette exigence ne pose pas de difficultés particulières, non seulement parce que la Cour de cassation considère depuis longtemps que la violence exercée sur une société peut avoir effet sur les représentants légaux personnes physiques⁴⁷⁴ (et *vice versa*) mais essentiellement parce que le mal dont est menacé la société a des conséquences financières directes sur le dirigeant (perte d'emploi, recours à son patrimoine personnel, etc.). En revanche, il est plus difficile de prouver que la menace porte sur les « intérêts légitimes » de la caution dirigeante, notamment depuis que la Cour de cassation a affirmé qu'une caution qui s'engage afin de poursuivre absolument l'activité de son entreprise en repoussant tout constat d'échec n'agit pas sous la contrainte d'un mal menaçant ses intérêts légitimes⁴⁷⁵.

En revanche, la cour d'appel de Paris a déjà reconnu que le fait, pour une caution économiquement plus faible, de s'engager pour échapper au mal considérable que représentait la fermeture immédiate de son entreprise⁴⁷⁶ est une crainte menaçant un intérêt légitime lorsque son cocontractant a le pouvoir de pousser lui-même sa société à la faillite. Même si le résultat est identique (et se solde par une fermeture de la société du dirigeant), il existe une différence notable : la crainte ressentie par le dirigeant n'est pas une fatalité, elle découle d'une exploitation anormale de sa dépendance

473 Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13.987, inédit.

474 Cass. soc., 8 nov. 1984, n° 82-14.816 : *Bull. civ.* V, n° 423.

475 Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-11.710, inédit. Le fait de vouloir à tout prix sauver son entreprise alors que le dirigeant sait pertinemment que la faillite est inévitable ne constitue pas une crainte menaçant un intérêt légitime. Peu importe que le créancier profite de la mauvaise solvabilité de la société pour solliciter un cautionnement, chaque fois qu'un dirigeant agit par entêtement dans le seul but de ne pas faire face à la réalité de la situation, le vice de violence est écarté. La crainte ressentie par le dirigeant a beau menacer sa personne ou sa fortune, ce sont les circonstances économiques et surtout son opiniâtreté qui le poussent à consentir. L'intérêt n'est plus légitime lorsqu'il en devient absurde !

476 Paris, 25^e ch., 27 sept. 1977 : *JurisData* n° 1977-255050 ; *D.* 1978, p. 690, note H. Souleau ; *Gaz. Pal.* 1978, n° 1, p. 110, note J. Guyénot.

économique, au point que la caution n'exprime plus que la volonté unilatérale de la partie dominante⁴⁷⁷. Dans une telle situation, la caution dirigeante ne s'engage pas parce qu'elle refuse tout constat d'échec mais parce que le créancier ne lui laisse même pas le choix de s'entêter à sauver son entreprise et s'engage à la condamner lui-même si le dirigeant ne cautionne pas les dettes sociales. Cette conception de « la crainte menaçant un intérêt légitime » est finalement classique dans le cadre d'un vice du consentement puisque le Code civil exige que la victime d'un tel vice prouve que le créancier a eu l'intention d'abuser de la dépendance de son cocontractant et que cet abus a déterminé son consentement à l'acte.

2°) L'exploitation de la crainte inspirant une caution dirigeante

107. – La pression économique ne constitue pas un vice de violence.

Selon la cour d'appel de Paris, lorsqu'un dirigeant accepte de cautionner sa société pour échapper à la fermeture immédiate de son entreprise⁴⁷⁸ – que lui promet le créancier s'il ne s'engage pas personnellement –, et l'exploitation abusive de cette dépendance économique par le créancier constitue un vice de violence.

Cependant, un autre arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2013⁴⁷⁹ précisa cette solution et la possibilité, pour une caution dirigeante, de se prévaloir d'un tel vice du consentement. Dans les faits, plusieurs producteurs de lait (dont la société *Lactalis*) avaient accepté de poursuivre leurs relations contractuelles avec une société placée en redressement judiciaire, à condition que le dirigeant se porte caution des dettes de celle-ci. Après la mise en liquidation judiciaire de la société, les créanciers assignèrent le dirigeant en exécution de ses engagements. Celui-ci invoqua alors la nullité du cautionnement pour violence, expliquant qu'à la date de souscription des cautionnements, les créanciers connaissaient la situation irrémédiablement compromise de sa société et avaient profité de son état de dépendance économique pour extorquer son consentement en le menaçant de cesser les approvisionnements s'il ne s'engageait pas personnellement. Selon la caution dirigeante, le fait de cesser les approvisionnements aurait

477 M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *Les Petites Affiches*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

478 Paris, 25^e ch., 27 sept. 1977 : *JurisData* n° 1977-255050 ; *D.* 1978, p. 690, note H. Souleau ; *Gaz. Pal.* 1978, n° 1, p. 110, note J. Guyénot.

479 Paris, 2^e ch., 25 oct. 2013, n° 13/13273.

directement conduit sa société à la liquidation judiciaire et lui aurait fait perdre sa seule source de revenus. Sa personne et sa fortune auraient ainsi été exposées à un mal considérable s'il avait refusé de s'engager. La cour d'appel de Paris refusa cependant de suivre cet argumentaire, estimant que le simple fait que la société ait été placée en redressement judiciaire et se soit heurtée à des obstacles pour maintenir ses approvisionnements ne constituait pas une violence économique. En effet, selon les conseillers parisiens, l'ouverture d'une procédure collective au bénéfice d'une société explique une certaine frilosité des créanciers à maintenir des relations contractuelles sans garantie et justifie que ceux-ci cherchent à se protéger contre l'insolvabilité définitive du débiteur.

Par ailleurs, la cour d'appel releva que le dirigeant ne s'était pas porté caution pour échapper à la fermeture immédiate de son entreprise promise par les créanciers s'il ne s'engageait pas personnellement mais parce qu'il avait l'espoir de redresser la situation de sa société. Grâce à cet approvisionnement stable, le dirigeant pensait pouvoir redresser la situation de sa société dès la fin de la deuxième période accordée par le tribunal. Ainsi, si la caution dirigeante s'était effectivement engagée pour échapper au mal considérable que représentait la liquidation judiciaire de son entreprise⁴⁸⁰, la réalisation de ce mal ne relevait pas d'une menace des créanciers qui subordonnaient la survie de l'entreprise à l'engagement de la caution mais résultait simplement d'une éventualité liée au redressement judiciaire (déjà prononcé au jour de la conclusion du cautionnement) que le dirigeant voulait à tout prix éviter⁴⁸¹.

108. – La menace de rompre des relations contractuelles ne constitue pas un vice de violence. Pour faire simple, dans l'arrêt précité, le dirigeant devait choisir entre la liquidation judiciaire immédiate de sa société ou la

480 Paris, 25^e ch., 27 sept. 1977 : *JurisData* n° 1977-255050 ; *D.* 1978, p. 690, note H. Souleau ; *Gaz. Pal.* 1978, n° 1, p. 110, note J. Guyénot.

481 Cette forme de contrainte économique peut être rapprochée de celle exercée à propos de l'emploi de *voies de droit*. En effet, la caution dirigeante craignait que la rupture des approvisionnements par le créancier précipite sa société (en redressement judiciaire) vers l'ouverture d'une liquidation judiciaire et sa fermeture immédiate. Or, un tel risque est inhérent au droit des entreprises en difficulté : toute société placée en redressement judiciaire risque la conversion si la période d'observation traduit une impossibilité de redresser l'entreprise ou si la société est *in fine* dans l'impossibilité de respecter le plan adopté. Les créanciers, confrontés à une première cessation des paiements de l'entreprise, sollicitent légitimement une garantie de la part du dirigeant (pour se protéger contre le risque d'insolvabilité définitive). À l'image de la menace d'user d'une *voie de droit*, une telle exigence pourrait néanmoins devenir une violence lorsque le créancier menace le dirigeant de demander la résolution du plan (et d'imposer une liquidation judiciaire à la société) s'il n'obtient pas un cautionnement excessif de sa part (Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2013).

signature d'un cautionnement en espérant que ce mal considérable ne se réaliserait pas. Si cette situation relève effectivement d'une pression économique, la cour d'appel de Paris⁴⁸² estima qu'elle ne devait pas être confondue avec une violence économique. Dans de telles circonstances et lorsque le risque d'exposition à un mal considérable existe déjà au jour de la conclusion du cautionnement, la cour d'appel de Paris estima que le vice de violence n'était pas constitué. La violence économique ne peut exister que lorsque la caution dirigeante s'engage par crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable engendré par l'auteur de la violence et en aucun cas lorsque ce risque d'exposition existait déjà au jour de la conclusion du cautionnement et était inhérent aux événements susceptibles de se produire dans le cadre d'un redressement judiciaire.

Cependant, en comparant cette décision à celle également rendue par la cour d'appel de Paris le 27 septembre 1977, il convient d'objecter une remarque : si la violence économique n'est caractérisée que lorsque le créancier extorque le consentement du dirigeant en le menaçant de provoquer lui-même la faillite de son entreprise, ne doit-on pas considérer que la société *Lactalis* avait extorqué le consentement du dirigeant en conditionnant le maintien d'approvisionnements nécessaires à la survie de l'entreprise à la signature d'un cautionnement ? En effet, même si le risque d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable (liquidation judiciaire et perte de ses uniques revenus) existait déjà au jour de la conclusion, le créancier n'avait-il pas accentué ou provoqué ce risque avec sa menace de cesser les approvisionnements et ainsi profité de cette situation pour extorquer le consentement du dirigeant ? Manifestement, oui. Cependant, selon la cour d'appel de Paris, le créancier semble tout à fait pouvoir profiter de la pression économique subie par le dirigeant pour obtenir un cautionnement de sa part, de telles circonstances ne suffisant pas, à elles seules, à constituer un vice de violence. Il conviendra dès lors de rechercher quelles « circonstances exceptionnelles »⁴⁸³ sont susceptibles de faire basculer la simple utilisation de circonstances économiques défavorables à la caution à l'extorsion de son consentement par violence.

482 Paris, 2^e ch., 25 oct. 2013, n° 13/13273.

483 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 66, p. 102.

II – L'impression d'une violence économique sur la caution dirigeante

109. – Plan. Pour que la nullité d'un cautionnement soit prononcée en raison d'un vice de violence, la caution dirigeante ne doit pas simplement prouver qu'elle a subi une contrainte de nature économique, elle doit démontrer que son consentement a été extorqué par violence. Cette exigence est posée par l'article 1112 du Code civil selon lequel « *il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». En vertu du premier alinéa de cette disposition, le vice du consentement doit être apprécié objectivement, en fonction de ce qu'est capable de supporter toute personne normalement douée de raison. Le second alinéa de cet article impose, en revanche, une méthode d'appréciation subjective et exige que les juges du fond examinent – au regard de l'âge, du sexe et de la condition de la caution – si le consentement de cette « personne raisonnable » a été effectivement vicié.

De nombreux auteurs constatent et déplorent la contradiction existant entre ces deux alinéas. Cependant, au lieu d'affirmer qu'ils se contredisent, n'est-il pas plus juste d'observer une intéressante complémentarité⁴⁸⁴? Vu sous cet angle, l'alinéa premier de l'article 1112 du Code civil permettrait de savoir si le contractant-victime est effectivement une personne raisonnable et s'il peut, à ce titre, se prévaloir d'un vice de violence (A) tandis que le second alinéa permettrait d'évaluer, dans l'affirmative, si cette personne objectivement raisonnable a effectivement été impressionnée par la contrainte économique (B).

484 B. PETIT, S. ROUXEL, « Contrats et obligations. – Violence », *J.-Cl. Civil Code* (art. 1111 à 1115), LexisNexis, 2013, Fasc. unique, n° 33 : « *L'appréciation du caractère déterminant donne lieu à une contradiction entre les deux alinéas de l'article 1112 du Code civil : d'une part, l'alinéa 1^{er} se réfère à une appréciation in abstracto en exigeant que la violence soit "de nature à faire impression sur une personne raisonnable" ; d'autre part, l'alinéa 2 prescrit au contraire une appréciation in concreto en imposant d'avoir égard, "en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes". Cette contradiction a essentiellement une explication historique, les rédacteurs du Code civil ayant superposé le principe romain de l'appréciation in abstracto et la critique de ce principe qu'ils trouvaient sous la plume de Pothier. Mais il est également possible d'y voir une nouvelle trace de la double nature de la violence : le délit civil s'apprécie, comme toute faute, in abstracto, tandis que le vice du consentement s'apprécie in concreto en fonction de l'influence effectivement exercée sur la volonté d'une victime individualisée.* »

A) La caution dirigeante, une personne objectivement raisonnable

110. – L'appréciation de la qualité de « personne raisonnable ». Le droit français regorge de standards juridiques exigeant soit d'adopter un comportement de référence dans certaines circonstances (le *bon père de famille*), soit de suivre des règles morales de vie en société (les *bonnes mœurs*), soit encore de respecter des règles morales dans les relations contractuelles (la *bonne foi*). La *personne raisonnable* fait partie de ces concepts juridiques, en ce qu'elle oblige d'apprécier le comportement d'une personne *in abstracto*, en considération de la réaction que l'on pourrait attendre de n'importe quelle autre personne placée dans des circonstances identiques et sans tenir compte de son attitude et de ses aptitudes personnelles.

L'article 1112 du Code civil explique qu'il y a vice de violence lorsque la contrainte exercée est de nature à faire impression sur une personne raisonnable. Pour autant, cette disposition ne définit pas ce qu'est une « personne raisonnable ». Si l'on se réfère au Digeste Justinien, une personne raisonnable serait « *un homme de valeur et d'opiniâtreté et non un homme sans consistance* »⁴⁸⁵. Une personne raisonnable serait ainsi une personne qui ne se laisse pas facilement impressionner et qui a suffisamment de consistance pour résister aux craintes de la vie courante. Pour que le vice de violence soit caractérisé, la crainte doit être suffisamment impressionnante et considérable pour effrayer une personne normalement résistante. Ainsi, « l'impression » qui est faite par un contractant ne constitue le vice de violence que si elle effraie une personne qui n'est craintive mais qui est devenue vulnérable en raison de la contrainte exercée sur sa fortune ou sa personne. Les individus qui manquent, pour quelques raisons que ce soit, de consistance ou de résistance ne peuvent donc pas être considérés comme des personnes raisonnables⁴⁸⁶. En visant les « personnes raisonnables », le législateur a donc fait le choix d'exclure *a priori* de ce vice du consentement

485 P. MORVAN, « Absence de validité du cautionnement solidaire signé sous l'emprise d'une violence morale », *D.* 1992, n° 13, p. 166.

486 Tel est notamment le cas des personnes fragilisées par un déséquilibre nerveux les rendant plus vulnérables aux pressions exercées sur elles (Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1986, n° 85-11.666 : *Bull. civ.* I, n° 98), des individus affaiblis par l'âge et la maladie (Cass. 3^e civ., 19 févr. 1969 : *Bull. civ.* III, n° 157), des personnes déstabilisées par le décès récent d'un proche (Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1976, n° 75-12.992 : *Bull. civ.* I, n° 319 ; *Gaz. Pal.* 1977, n° 1, p. 67, note A. Damien) ou encore des individus vivant dans un état de grande précarité (Cass. soc., 5 juill. 1965 : *Bull. civ.* V, n° 545).

toutes les contraintes exercées sur des personnes qui ne sont pas en mesure de résister à une crainte raisonnée⁴⁸⁷. Ces personnes vulnérables devront dès lors user d'autres fondements (incapacité, insanité d'esprit, etc.) pour obtenir la nullité de leurs engagements.

111. – La caution dirigeante, une personne objectivement raisonnable.

Un dirigeant social peut être naturellement considéré comme « *un homme de valeur et d'opiniâtreté* »⁴⁸⁸, une personne de consistance qui ne se laisse pas facilement impressionner et qui peut résister aux menaces ordinaires de la vie des affaires. *A priori*, la caution dirigeante n'est pas une personne vulnérable. D'ailleurs, pour continuer d'exercer son mandat social, elle ne peut pas se permettre d'être une personne fragilisée par un déséquilibre nerveux⁴⁸⁹ ou d'être affaiblie par l'âge et la maladie⁴⁹⁰. La caution dirigeante est censée être une personne en âge et en état d'assumer ses responsabilités et capable de résister aux pressions inhérentes au monde des affaires. La caution dirigeante doit ainsi être objectivement considérée comme une « *personne raisonnable* »⁴⁹¹, en droit de se prévaloir d'un vice de violence et de faire reconnaître que c'est la contrainte exercée sur elle l'a rendue vulnérable.

La caricature que l'on vient de dresser d'un dirigeant social – une personne forte, aguerrie, résistance – fait certes de lui une personne objectivement « *raisonnable* » en droit de se prévaloir d'un vice de violence, mais elle fait peut-être aussi de lui une personne plus raisonnable et plus résistante aux pressions (même économiques) que les autres contractants. Autant de qualités qui font pressentir de sérieuses difficultés lorsqu'il s'agira d'apprécier si, dans les faits, la caution dirigeante a réellement été impressionnée par la contrainte exercée sur sa personne ou sa fortune par le créancier.

B) La caution dirigeante, une personne subjectivement raisonnable

112. – La caution dirigeante : une personne « *surdouée de raison* ». Il ne suffit pas de constater qu'un contractant est objectivement doué de raison, il

487 Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1959 : *D.* 1960, p. 187, note D. Holleaux.

488 P. MORVAN, *op. cit.*, p. 166.

489 Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1986, n° 85-11.666 : *Bull. civ.* I, n° 98.

490 Cass. 3^e civ., 19 févr. 1969 : *Bull. civ.* III, n° 157.

491 Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-17.672 : *Bull. civ.* IV, n° 180.

faut également d'observer si, dans les faits, celui-ci était effectivement en mesure de résister à la pression exercée sur lui lors de la conclusion du contrat. Conformément à l'article 1112 du Code civil, cette appréciation doit être réalisée *in concreto* par les juges du fond au regard de l'âge, du sexe et des conditions de la personne contractante. En matière de cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société, ces critères d'appréciation sont essentiellement fondés sur l'âge, la formation et l'expérience de la caution. À cet égard, il est possible d'imaginer que la caution dirigeante serait rarement bien fondée à demander la nullité d'un cautionnement pour vice de violence. La cour d'appel de Versailles avait d'ailleurs entendu rappeler, dans une décision en date du 27 février 2003, que si la contrainte économique dont faisait état la caution était susceptible de se rattacher à la violence, il convenait cependant d'apprécier la réalité de cette violence en considération de la personne qui s'en prétendait victime.

En l'espèce, la caution avait été considérée comme « *un homme d'affaires averti* », compte tenu de son âge, de sa formation ainsi que de son expérience au sein de la société qu'il dirigeait depuis plus de 30 ans⁴⁹². La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait statué dans le même sens quelques mois plus tard en qualifiant une caution dirigeante « *d'hommes d'affaires expérimenté* », estimant que celle-ci ne pouvait pas subir une altération de son consentement simplement parce que le créancier avait subordonné le maintien des concours bancaires à sa société à la signature d'un cautionnement⁴⁹³. La caution dirigeante est donc une personne raisonnable – ce qui lui permet de se prévaloir d'un vice de violence – mais elle est aussi considérée comme une caution particulièrement résistante aux pressions, ce qui provoque certaines difficultés lorsqu'il s'agit de démontrer qu'elle a effectivement été impressionnée.

Les qualités faisant d'un dirigeant un bon dirigeant et une personne objectivement raisonnable font aussi de lui un contractant qui ne se laisse pas facilement impressionner par les contraintes économiques exercées sur sa personne.

113. – La caution dirigeante : une personne pouvant perdre tout libre arbitre. « *Plusieurs décisions ont concerné soit les situations où le dirigeant prétextait la violence économique, soit le fait de n'avoir pas eu d'autre*

492 Versailles, 13^e ch., 27 févr. 2003, n° 01/5881.

493 Aix-en-Provence, 8^e ch. C, 2 déc. 2003, n° 01/13897.

*choix que de se porter caution des engagements de son entreprise, pour éviter ou retarder l'ouverture d'une procédure collective. La Cour de cassation refuse de manière générale de considérer que le dirigeant caution pouvait être victime d'une violence économique. Une décision de la cour d'appel de Douai du 29 juin 2006 considère cependant qu'il peut y avoir violence économique à partir du moment où la caution a perdu tout libre arbitre. »*⁴⁹⁴

La caution dirigeante est considérée comme une personne particulièrement consistante qui ne se laisse pas facilement impressionnée par les violences économiques exercées sur elle. La jurisprudence admet ainsi très difficilement qu'elle soit victime d'un vice de violence. Elle peut néanmoins se prévaloir d'un tel vice du consentement si elle parvient à démontrer qu'elle avait perdu tout libre arbitre⁴⁹⁵ lors de la conclusion du contrat de cautionnement en raison de la violence exercée sur sa personne. La cour d'appel de Douai avait ainsi estimé qu'une caution avait perdu tout libre arbitre en subissant une autorité tellement pesante qu'elle ne pouvait pas se soustraire à la demande de cautionnement⁴⁹⁶.

Dès lors, la démonstration que doit effectuer la caution dirigeante n'est pas différente que celle qui doit être effectuée par toute autre caution. Le fait d'avoir perdu « tout libre arbitre » ne peut exister que si l'état de dépendance économique dans lequel la caution se trouvait a été intentionnellement utilisée par le créancier pour mettre le dirigeant dans l'impossibilité de se soustraire à la demande de cautionnement.

§ 2 : La détermination de l'élément intentionnel du vice de violence

114. – Plan. Contrairement l'erreur, la victime d'un vice de violence ne doit pas simplement prouver qu'elle a manqué de discernement ou qu'elle a eu une représentation erronée de la relation contractuelle envisagée pour obtenir la nullité de son engagement. Elle doit, comme pour le dol, prouver que son consentement a été intentionnellement vicié par son cocontractant.

Dans le cadre d'un vice de violence exercé sur une caution dirigeante, cette

494 B. SAINT-ALARY, « L'évolution législative du sort du dirigeant caution », *RLDC* 2009/58 suppl., n° 3364, p. 39.

495 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 63, p. 54.

496 Douai, 8^e ch., 29 juin 2006, n° 05/00784.

démonstration consiste à prouver que les agissements volontaires du créancier ou d'un tiers ont eu pour effet de priver la caution de sa liberté contractuelle. Il ne suffit pas d'établir « *un état de précarité, une situation de désarroi ou de dépendance* »⁴⁹⁷, le dirigeant doit prouver que la contrainte économique exercée sur lui l'a placé dans l'impossibilité de refuser la conclusion du contrat de cautionnement et l'a totalement privé de son libre arbitre. Cependant, il ne suffit pas de dire que la caution a été contrainte de signer la garantie ou a été dans l'impossibilité de négocier les modalités du contrat en raison du contexte économique pour dire qu'il y a violence. Il faut que cette violence soit illégitime, autrement dit, qu'elle ne résulte pas d'une pratique courante dans le monde des affaires mais qu'elle ait été intentionnellement exercée dans le but d'extorquer le consentement de la caution (I).

*« Lorsque le capitaine prend la mer, il n'accepte pas d'essuyer une tempête dont la violence conduit son navire au naufrage. Ce n'est qu'un risque, qu'un aléa, plus juridiquement un cas de force majeure. Au contraire l'inégalité économique est consubstantielle au marché. À moins de vivre en autarcie, il est impossible de ne pas contracter avec plus puissant que soi et, ainsi, de respecter la morale de la fable du pot de terre et du pot de fer : "Nous ne nous associons qu'avec nos égaux". Dans leur majorité, les juristes l'ont bien compris : "Tout homme se trouve plus ou moins dans la société en état de nécessité de contracter, car il ne peut vivre sans contracter". Dès lors, comment la contrainte économique pourrait être illégitime ? "Se prévaloir d'une position de force n'est pas contraire à la loyauté contractuelle". Par conséquent, il faut, pour caractériser le vice de violence, quelque chose de plus que la seule contrainte économique. Oui mais quoi ? Une menace illégitime ? On revient alors à la classique violence morale et le concept de contrainte économique serait inutile. Force serait donc de se tourner vers la notion d'abus. Il y aurait violence lorsque le contractant en position de force abuse de la situation pour obtenir un avantage excessif »*⁴⁹⁸ (II).

I – L'existence d'une contrainte économique illégitime

115. – Plan. « *"Violence légitime" ? Voilà un bel oxymore qui rappelle la*

497 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 259, p. 82.

498 J.-P. CHAZAL, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 2000, n° 43, p. 879.

"boucherie héroïque" de Voltaire. En effet, dès l'instant que le consentement a été extorqué, que la victime a été contrainte, qu'elle n'a donné son consentement que sous la crainte, ne devrait-on pas annuler l'acte en partant de ce seul constat ? Admettre que certaines violences soient considérées comme légitimes, c'est rompre avec la fonction traditionnelle des vices du consentement, à savoir protéger la partie contractante. On ne devrait donc pas se focaliser sur l'auteur de la violence (son acte est-il légitime ?), mais sur le consentement de la victime (son consentement a-t-il été libre ?). Exiger une violence illégitime n'est en effet pas compatible avec une analyse psychologique du consentement, où devrait seulement compter le fait que le consentement a été altéré, même si la contrainte a été légitime. »⁴⁹⁹

Pourtant, la jurisprudence exige des victimes de vice de violence qu'elles démontrent dans quelle mesure la contrainte a été illégitimement exercée sur elles et qu'elle ne découle pas de la seule crainte envers une « autorité morale naturelle » (A). La sujétion de la caution dirigeante envers un créancier est légitime lorsqu'elle résulte d'une situation ordinaire de dépendance économique. En effet, il est habituel et courant de contracter avec plus puissant que soi et le fait, pour une caution dirigeante, de s'engager avec un contractant économiquement dominant ne prouve pas que son consentement ait été extorqué par violence, il s'agit d'une sujétion naturelle dans le monde des affaires. Le vice de violence ne sera dès lors caractérisé que lorsque créancier aura eu l'intention d'abuser de la dépendance économique de la caution pour extorquer son consentement (B).

A) La sujétion naturelle d'un contractant

116. – La crainte envers « une autorité morale naturelle » : une violence légitime. La première Chambre civile de la Cour de cassation « *n'admet pas que la sujétion d'un opérateur caractérise, par elle-même, l'existence d'un vice du consentement. Influencée par l'origine délictuelle de ce vice en droit romain, l'interprétation jurisprudentielle continue en effet d'exiger une faute commise par l'autre partie. Elle ne prononce l'annulation du contrat que si la violence se révèle illégitime* »⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Y. GUENZOU, « La crainte révérencielle », *D.* 2010, n° 16, p. 984.

⁵⁰⁰ B. MONTELS, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002, n° 3, p. 417.

L'exigence d'illégitimité de la violence a été déduite de l'article 1114 du Code civil par la jurisprudence⁵⁰¹ Selon cette disposition, l'élément matériel du vice du consentement n'est pas constitué, la violence n'est pas illégitime ou injustifiée, lorsque une personne agit sous l'empire d'une crainte animée par des valeurs, un sens du devoir ou par l'affection qu'elle porte à quelqu'un. La peur de décevoir ses ascendants ou de déroger aux traditions familiales ne peut pas constituer une violence morale au sens des vices du consentement car si les enfants craignent leurs parents, c'est avant tout parce qu'ils doivent les respecter. Cette crainte est légitime puisque, en vertu de l'article 371 du Code civil, tout enfant doit respect et honneur à ses parents quelque soit son âge.

Aucune autre disposition légale ne faisant référence à cette condition de légitimité, force serait de constater que *« c'est sur le texte de l'article 1114, sans doute un peu suranné dans sa lettre, que s'appuient aujourd'hui, d'une manière générale, les solutions, d'ailleurs traditionnelles, apportées au problème de la légitimité de la violence. Il s'agit essentiellement de l'abus dans l'exercice d'un droit et des rapports hiérarchiques »*⁵⁰². En suivant le modèle de la « crainte révérencielle » envers ses ascendants, il convient d'apprécier la légitimité de la contrainte chaque fois qu'un contractant, y compris une caution dirigeante, invoque un vice de violence pour obtenir la nullité d'une convention.

117. – La sujétion naturelle d'une personne. Lorsqu'une caution invoque un vice de violence, la jurisprudence exige, comme pour n'importe quel autre contractant, que la contrainte exercée sur elle soit illégitime. Dit autrement, que la crainte ressentie ne s'explique pas par la sujétion naturelle d'une personne envers une quelconque forme d'autorité⁵⁰³.

501 Cette disposition refuse de prendre en compte la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant. Cela permet de savoir où s'arrête la crainte légitime et où commence la violence illégitime. *« Pour que la violence permette d'annuler le contrat, elle doit être illégitime, ce qui n'est pas le cas de la crainte révérencielle envers ses parents. Si les enfants doivent craindre leurs parents, c'est d'abord parce qu'ils doivent les respecter. Le législateur lui-même l'énonce dans l'article 371 du code civil : "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère" (...) La crainte révérencielle que les enfants éprouvent envers leurs parents en serait alors une conséquence naturelle. Cette crainte respectueuse que l'on ressentirait, par affection ou par devoir, envers ses ascendants, serait ainsi légitime : elle dériverait d'une autorité morale naturelle. »* (Y. GUENZOU, *op. cit.*, p. 984).

502 P. CHAUVEL, « Violence », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, janv. 2013, n° 20.

503 Les Professeurs Aynès, Malaurie et Stoffel-Munck constatent que la crainte révérencielle envers ses parents apparaît de nos jours désuète, que *« la crainte de déplaire aux personnes que l'on doit respecter est légitime »* mais que celle-ci connaît de nos jours une nouvelle application : la menace d'exercer une voie de droit. Doit-on dès lors en déduire que la crainte envers ses parents a laissé place à la crainte du juge ? (L. AYNÈS, Ph.

La cour d'appel de Douai avait par exemple annulé un contrat de cautionnement consenti par la sociétaire d'une communauté religieuse afin de financer une acquisition immobilière au profit de cette communauté. Les conseillers de Douai avaient estimé que « *la menace d'éviction, sanction de la désobéissance, ainsi que la diabolisation de cette attitude* » constituaient un vice de violence car la caution subissait une autorité tellement pesante « *qu'elle avait perdu tout libre arbitre* »⁵⁰⁴. La crainte ressentie par la caution n'était pas légitime, elle ne reposait pas sur une sujétion naturelle d'une personne envers une quelconque forme d'autorité mais résultait au contraire d'une manipulation visant à extorquer son consentement⁵⁰⁵.

Bien évidemment, une caution dirigeante n'agit pas par crainte révérencielle, elle ne s'engage pas dans le cadre d'un devoir moral, ni en raison de l'affection qu'elle porte au créancier ou à sa société. Pourtant, le dirigeant peut lui aussi être éventuellement assujéti à une contrainte morale exercée par une quelconque forme d'autorité puisque le créancier est économiquement plus puissant que le dirigeant et domine les rapports précontractuels puis contractuels. En conséquence, le créancier peut être considéré comme une autorité morale exerçant une contrainte sur le consentement de la caution dirigeante. Le dirigeant n'agit pas dans un état de dépendance affective – comme dans le cadre d'une crainte révérencielle – mais il s'engage dans une situation de dépendance économique. Il est alors nécessaire de se demander si la crainte ressentie par la caution dirigeante – consistant dans la peur de conduire son entreprise à la faillite s'il ne signe pas le cautionnement imposé par le créancier – est légitime ou, au contraire, si le dirigeant subit une autorité tellement pesante qu'il peut perdre tout libre arbitre.

B) L'assujettissement abusif d'une caution dirigeante

118. – La contrainte légitime exercée sur une caution dirigeante. La Cour de cassation estime depuis longtemps que la convention conclue par une partie pour échapper au mal considérable que représente la fermeture de son entreprise ne caractérise pas un vice de violence, dès lors que la caution

MALAURO, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 517, p. 254).

504 Douai, 8^e ch., 29 juin 2006, n° 05/00784.

505 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 63, p. 54.

n'établit pas que les agissements de son cocontractant sont illégitimes⁵⁰⁶.

Selon la Cour de cassation, la situation de dépendance économique de la caution vis-à-vis du créancier et l'autorité morale exercée par ce dernier dans de telles circonstances ne constituent pas une violence économique illégitime. La crainte ressentie par la caution dirigeante est une sujétion naturelle, valable pour n'importe quelle partie qui s'engage avec un cocontractant économiquement dominant dans des circonstances qui ne lui laissent pas la liberté de refuser la conclusion du contrat. La cour d'appel de Paris estimait même qu'il est « *habituel et normal* » que des partenaires commerciaux demandent des garanties aux dirigeants lorsque des difficultés financières apparaissent dans l'entreprise et qu'ils augmentent leurs risques⁵⁰⁷. Le simple fait qu'un créancier subordonne le maintien de concours consentis à une société à l'engagement personnel de son dirigeant n'est pas, en soi, de nature à vicier le consentement de la caution par violence⁵⁰⁸.

Certes, les dirigeants s'engagent par crainte, parce qu'ils ont peur de la faillite de leur société mais cette contrainte n'est pas directement exercée par le créancier, elle résulte simplement des circonstances économiques. Le fait que cette crainte ne puisse être apaisée que par un financement conditionné à l'engagement personnel du dirigeant ne signifie pas que le consentement de la caution dirigeante ait été extorqué par violence, sinon les tribunaux seraient contraints de procéder à l'annulation de tous les cautionnements donnés par les dirigeants en garantie des dettes de leurs sociétés, « *ce qui ruinerait l'existence de l'institution* »⁵⁰⁹. Ce n'est pas parce que la société rencontre de graves difficultés nécessitant, pour sa survie, le maintien de concours ou un nouveau financement et que le dirigeant, en situation de détresse économique, n'a pas la liberté de refuser la conclusion d'un cautionnement pour obtenir cet avantage que son consentement a été extorqué par violence. Il s'agit d'une sujétion naturelle et légitime existant

506 Cass. com., 20 mai 1980, n° 78-10.833 : *Bull. civ.* IV, n° 212.

507 Paris, 15^e ch. A, 14 mai 1996 : *JurisData* n° 1996-021542. Plus récemment : Paris, 2^e ch., pôle 5, 25 oct. 2013, n° 13/13273 : Le simple fait qu'une société ait été placée en redressement judiciaire et se soit heurtée à des obstacles – en l'espèce, l'obligation du dirigeant de s'engager personnellement – pour maintenir ses relations contractuelles, ne constitue pas une violence économique.

508 Aix-en-Provence, 8^e ch., 2 déc. 2003, n° 01/13897. La pratique consistant à subordonner le maintien ou l'octroi d'un financement à l'engagement personnel d'un dirigeant est courante dans le monde des affaires. On ne contracte pas qu'avec ses égaux et les puissants contractants ne commettent pas de violence économique simplement parce qu'ils obtiennent une forme d'aliénation de la partie faible.

509 J.-P. LEGROS, ref. par J.-J. ANSAULT, « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in *J.-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2013, Fasc. 36-50, n° 53.

dans le monde des affaires et seulement inhérente à « *la pression des circonstances économiques* »⁵¹⁰.

119. – La sujétion illégitime d'une caution dirigeante : l'abus de position dominante. Le vice de violence n'est pas constitué par l'inégalité économique existant entre les contractants, dans l'existence d'un contrat déséquilibré au détriment de la partie économiquement plus faible, ni même par l'état de nécessité dans lequel le dirigeant se trouvait au moment de la conclusion du cautionnement. La violence économique est caractérisée uniquement si la contrainte exercée sur la caution dirigeante n'est pas seulement issue de la pression des circonstances économiques et d'une sujétion naturelle dans le monde des affaires mais qu'elle résulte de l'intention du créancier d'abuser de l'autorité qu'il détient sur la caution : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »⁵¹¹.

Lorsqu'un créancier profite de l'état de dépendance économique de la caution pour imposer des conditions anormales au contrat⁵¹² – et uniquement dans cette hypothèse – le vice de violence économique peut être invoqué. La jurisprudence est très attachée à cette démonstration et les juges du fond examinent *in concreto* la « normalité » des relations contractuelles. Dans une décision du 29 octobre 1998, la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait par exemple estimé, que dans les faits qui lui étaient présentés, la durée et les conditions du contrat n'étaient pas inhabituelles et que « *la nécessité pour une société de recourir au crédit pour assurer sa trésorerie, faute de fonds propres suffisants, constitue une difficulté économique, laquelle ne saurait*

510 Cass. com., 23 juin 1992, n° 90-14.642, inédit : *RJ com.* 1992, p. 294, note M.-H. Monsérié-Bon.

511 Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932 : *Bull. civ. I*, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *JCP G* 2002, I 184, obs. G. Virassamy ; *JCP E* 2003, 278, obs. F. Chérigny ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. E. Savaux ; *Gaz. Pal.* 24-25 janv. 2003, n° 25, p. 18, note J. Rovinski ; *Contrats, conc. Consom.* 2002, comm. 121, note L. Leveneur ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 80, obs. Ch. Caron et comm. 89, obs. ph. Stoffel-Munck ; *Dr. et patr.* 2002, n° 107, p. 26, étude G. Loiseau ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages. Avant de parler expressément de « vice de violence économique », la Cour de cassation considérait que la convention conclue par une partie pour échapper au mal considérable que représentait la fermeture de son entreprise ne caractérisait pas un vice de violence dès lors qu'il n'était pas prouvé que les agissements du cocontractant étaient illégitimes en ce qu'il avait abusé de sa force économique contraignante (Cass. com., 20 mai 1980, n° 78-10.833 : *Bull. civ. IV*, n° 212).

512 Paris, 3^e ch. A, 18 mai 1993 : *JurisData* n° 1993-021772.

*constituer à elle seule une contrainte viciant le consentement »*⁵¹³.

La caution dirigeante doit ainsi prouver que le créancier a entendu profiter de sa situation de supériorité et de la détresse économique qu'elle subissait pour imposer le cautionnement de relations contractuelles anormales. Cette conception du vice de violence économique semble *in fine* similaire à l'abus de dépendance économique existant en droit de la concurrence⁵¹⁴. Si, en droit de la concurrence, les textes permettent de condamner *per se* de telles pratiques – sur simple démonstration d'un contrat comportant des conditions anormales⁵¹⁵ – la violence économique est un vice du consentement et, en tant que tel, elle ne conduit pas à une condamnation *per se* de cette pratique. Le droit commun des obligations impose de démontrer en sus l'intention du créancier d'exercer une contrainte sur le consentement de la caution dirigeante. À ce titre, la cour d'appel de Paris⁵¹⁶ a d'ailleurs déjà jugé que la menace de rompre des relations commerciales établies avec une société bénéficiant d'une procédure collective ne pouvait pas constituer une violence économique, le créancier ne pouvant pas avoir l'intention de mener la société à la faillite, celle-ci s'y trouvant déjà.

II – La preuve de l'illégitimité de la contrainte économique

120. – Plan. La situation de dépendance économique d'une partie ou de position dominante de l'autre ne suffit pas à prouver qu'un consentement a été extorqué par violence, sinon cela reviendrait à prononcer l'annulation de tous les contrats dans lesquels les parties n'avaient pas une position économique égale. De même, il ne s'agit pas de parler de violence économique simplement lorsqu'une partie a été empêchée de négocier les modalités du contrat, sinon cela reviendrait à reconnaître un vice du consentement dans tous les contrats d'adhésion.

En revanche, un vice de violence peut être constitué lorsqu'un contractant a l'intention d'abuser de sa position dominante et de la situation de détresse économique de son cocontractant pour prévoir des conditions exorbitantes

⁵¹³ Aix-en-Provence, 2^e ch., 29 oct. 1998, n° 93/22213.

⁵¹⁴ En effet, l'article L. 420-2 du Code de commerce sanctionne le fait d'exploiter abusivement d'une position dominante ou de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve son cocontractant en pratiquant par exemple des conditions de vente discriminatoires ou en menaçant de rompre des relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

⁵¹⁵ Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013, n° 248, p. 273.

⁵¹⁶ Paris, 2^e ch., pôle 5, 25 oct. 2013, n° 13/13273.

dans le contrat principal (A) et/ou pour obtenir un cautionnement disproportionné par rapport à l'avantage octroyé au débiteur principal (B).

A) Les éléments de preuve extrinsèques au contrat de cautionnement

121. – La violence illégitime et les conditions contractuelles exorbitantes.

La violence économique ne peut fonder la nullité d'un cautionnement que si la contrainte exercée par le créancier est illégitime, autrement dit, si elle ne résulte pas de pratiques courantes dans le monde des affaires. La preuve de cette illégitimité ne peut passer que par la démonstration de l'intention du créancier d'abuser de sa position dominante et de l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait la caution à son égard⁵¹⁷.

Dans un arrêt du 21 juin 2007, la cour d'appel de Nîmes avait estimé qu'un fournisseur de matériaux qui menaçait de ne plus livrer les marchandises à une société si le dirigeant ne se portait pas caution des dettes de celle-ci ne constituait pas une exigence illégitime. Le créancier ne faisait que solliciter un acte courant dans le monde des affaires, dès lors que cette formalité avait été demandée sans abus afin d'obtenir le paiement de marchandises vendues à un prix normal⁵¹⁸. La cour d'appel avait ainsi clairement expliqué que le fait de subordonner le maintien de relations commerciales – nécessaires à une entreprise – au cautionnement du dirigeant ne constituait pas, en soi, un abus mais relevait d'une pratique commerciale courante entre professionnels. *A contrario*, les juges d'appel semblaient sous-entendre que la violence aurait pu devenir illégitime si le créancier avait profité de cette situation pour vendre des marchandises à un prix ou à des conditions inhabituelles. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait statué à l'identique dix ans auparavant, estimant que la menace de supprimer l'autorisation tacite de découvert jusqu'ici accordée s'il n'était pas régularisé sous la forme d'un prêt cautionné par le dirigeant n'était pas illégitime, dès lors que la durée et les conditions du prêt proposé n'étaient pas inhabituelles⁵¹⁹.

L'abus de position dominante ne peut ainsi fonder la nullité du cautionnement pour vice de violence que si la caution démontre que le

517 L. AYNÈS, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 518, p. 254. Selon ces auteurs, le vice de violence n'est constitué que si deux conditions sont réunies : le créancier exploite l'état de dépendance économique de la caution et en profite pour obtenir un « *avantage indu* » de sa part.

518 Nîmes, 2^e ch. B, 21 juin 2007, n° 06/01814.

519 Aix-en-provence, 2^e ch., 29 oct. 1998, n° 93/22213.

créancier a profité de l'état de nécessité dans lequel elle se trouvait pour lui imposer le cautionnement d'obligations principales inhabituelles et exorbitantes.

122. – Le contrôle de conformité des conditions contractuelles principales. L'élément intentionnel du vice de violence commise envers une caution serait ainsi visible à travers les conditions stipulées dans le contrat principal et imposerait une comparaison des relations commerciales entretenues entre le créancier et le débiteur principal antérieurement à la signature du contrat de cautionnement, puis de les rapprocher de celles nouvellement cautionnées. Si les conditions contractuelles n'ont pas évolué ou ont évolué dans une proportion « normale », la violence sera considérée comme légitime puisque l'intention de retirer tout libre arbitre à la caution ne pourra pas être prouvée.

En revanche, si le créancier profite de la situation de détresse économique de la caution dirigeante pour imposer des conditions contractuelles exorbitantes à sa société, le vice de violence pourra être caractérisé. Cependant, cette méthode d'évaluation de la légitimité de la violence n'est pas pleinement satisfaisante pour deux raisons au moins. Premièrement, parce qu'en l'absence de relations contractuelles préexistantes entre le créancier et le débiteur, il paraît difficile de savoir si les conditions stipulées dans le contrat principal – en considération desquelles la caution s'est engagée – sont normales ou exorbitantes. Dans une telle situation, il conviendra alors de se référer aux données "normales" du marché. Ensuite, parce que cette appréciation revient *in fine* à observer si le consentement de la caution dirigeante a été extorqué au regard d'une contrainte davantage exercée sur sa société que sur sa personne, alors que l'article 1112 du Code civil impose, pour que la violence soit une cause de nullité, que la contrainte soit exercée sur la partie contractante (la caution elle-même), son conjoint, ses ascendants ou ses descendants. Cela étant, le caractère accessoire du cautionnement a permis à la jurisprudence de considérer que la contrainte exercée sur une société est aussi exercée sur la caution dirigeante et que cette violence a également effet sur les personnes physiques, représentants légaux de la société⁵²⁰.

520 Cass. soc., 8 nov. 1984, n° 82-14.816 : *Bull. civ.* V, n° 423.

B) Les éléments de preuve intrinsèques au contrat de cautionnement

123. – La violence illégitime et le cautionnement disproportionné⁵²¹.

Même si le caractère accessoire du cautionnement justifie d'apprécier la légitimité de la violence eu égard aux conditions exorbitantes imposées au débiteur principal, cette méthode d'appréciation est vaine lorsque le cautionnement intervient à l'occasion de la première relation contractuelle entre le créancier et le débiteur et qu'aucun autre contrat n'avait été conclu auparavant entre eux. Sans indice de référence antérieur, l'examen de « normalité » des relations contractuelles ne peut pas être effectué ou peut éventuellement être opéré en comparaison avec les données du marché. Dans de telles circonstances, l'abus commis par le créancier peut fort heureusement se prouver autrement, sur des critères d'appréciation extrinsèques au contrat principal et en se référant plus logiquement aux conditions stipulées directement dans le contrat de cautionnement.

En 1993, la cour d'appel de Paris avait déjà reconnu cette possibilité : « *la violence économique n'est susceptible de justifier la nullité du cautionnement des engagements bancaires d'une société consentie par son dirigeant sur le fondement de l'article 1112 du Code civil que s'il est établi que le créancier a profité de l'état de dépendance économique de la caution pour imposer des conditions anormales au contrat, notamment des garanties exorbitantes par rapport au montant des crédits accordés* »⁵²².

La contrainte économique ne serait ainsi pas seulement visible dans les relations contractuelles établies entre le créancier et la société cautionnée mais pourrait également être démontrée par l'existence d'un contrat de cautionnement déséquilibré ou disproportionné. La cour d'appel de Paris avait ainsi estimé qu'un créancier avait abusé de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvait son cocontractant pour lui imposer des garanties exorbitantes par rapport au montant des crédits accordés.

124. – Le contrôle de proportionnalité du cautionnement. Il s'agit ainsi de

521 Si les Professeurs Barthez, Ghestin et Houtcieff ne niaient pas l'importance de la violence économique illégitime dans le contrat de cautionnement, ils précisait néanmoins que « *la généralisation du "bénéfice de disproportion" rend assez inutile une telle expansion* » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 345, p. 248). Il s'agira de réfuter leur prédiction dans la suite du développement.

522 Paris, 3^e ch. A, 18 mai 1993 : *JurisData* n° 1993-021772.

procéder, non pas à un *contrôle de concordance* des relations antérieures au cautionnement avec celles postérieures à la signature d'une telle garantie, mais à un *contrôle de proportionnalité* entre les garanties demandées à la caution dirigeante et le montant des crédits alloués à sa société. Cette façon de concevoir la légitimité de la violence était tout à fait intéressante – peut-être même innovante dans les années 1990 – mais, depuis que « *la loi du pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 a généralisé cette exigence de proportionnalité entre le montant de la garantie et les facultés de remboursement du garant* »⁵²³, existe-t-il encore un intérêt de recourir au vice de violence lorsque l'engagement de la caution est disproportionné par rapport aux crédits accordés à sa société ?

Manifestement oui, puisque l'article L. 341-4 du Code de la consommation prévoit qu'un créancier professionnel ne peut pas se prévaloir d'un 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) mais ne fait aucunement référence à une exigence de proportionnalité entre l'étendue de l'engagement de la caution et le montant des crédits accordés à sa société. Le recours au vice de violence conserve ainsi tout son intérêt puisque l'article L. 341-4 du Code de la consommation (issu de la loi du pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003) sanctionne uniquement une disparité entre le montant de l'engagement et les facultés de remboursement de la caution, sans s'intéresser à l'éventuel abus que peut commettre un créancier lorsqu'il exige un engagement disproportionné entre le montant des concours accordés au débiteur et le montant du cautionnement extorqué par violence, quand bien même la caution serait en mesure d'y faire face eu égard à ses facultés de remboursement.

523 M. BOIZARD, « La réception de la notion de violence économique en droit », *Les Petites Affiches*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

125. – Conclusion chapitre 2. Contracter, c'est choisir. Un dirigeant choisit de cautionner les dettes de sa société. Il exerce sa liberté contractuelle et s'engage en qualité de caution pour créer, valoriser ou tout simplement sauver son entreprise. Il fait le choix, parfois absurde, de s'entêter à sauver une société non viable pour protéger sa rémunération, l'emploi de ses salariés ou pour repousser tout constat d'échec. Peu importe la cause précise de son engagement, ce sont les circonstances économiques qui le poussent à consentir et à user de sa liberté contractuelle pour s'aliéner au profit d'un créancier. La caution dirigeante fait donc un choix, celui de ne pas renoncer et de sacrifier sa fortune personnelle pour échapper au mal considérable que représente pour elle la fermeture immédiate de son entreprise. Ses motivations personnelles, la cause subjective de son engagement, sont intimement liées aux circonstances économiques. Elle peut aussi choisir de ne pas contracter de cautionnement, de ne pas créer d'entreprise, d'abandonner son projet ou encore d'accepter la faillite de sa société. La caution dirigeante a donc le choix mais elle opère bien souvent un choix par défaut. Elle s'engage en effet régulièrement pour éviter la réalisation d'un mal plus grave pour sa société et indirectement pour sa personne.

Dans de telles circonstances, lorsqu'un créancier sollicite une garantie pour transférer le risque d'impayé sur le dirigeant, il agit conformément à une pratique courante dans le monde des affaires. Même si le créancier profite de la situation de détresse financière de la société et du dirigeant pour solliciter un cautionnement et/ou utilise la cause subjective de l'engagement de celui-ci pour extorquer son consentement, la contrainte économique résulte simplement d'une sujétion naturelle dans le monde des affaires. Cette contrainte ne devient punissable que si le créancier a assujéti la caution en lui imposant des conditions abusives dans le contrat principal ou un contrat de cautionnement disproportionné. Lorsque le créancier exploite la situation dans laquelle se trouve la caution dirigeante et utilise la cause subjective de son engagement pour vicier son consentement et qu'il suspend les concours à l'entreprise presque immédiatement après avoir obtenu la garantie dans le seul but de se constituer un débiteur de substitution⁵²⁴, qu'il subordonne l'exécution de son obligation à une condition irréalisable⁵²⁵, qu'il en profite

524 Paris, 15^e ch. A, 20 oct. 1998, n° 1997/10402.

525 Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-30.923, inédit : *Rev. sociétés* 2012, p. 487, note I. Riassetto.

pour stipuler des conditions exorbitantes dans le contrat principal ou encore pour exiger un cautionnement disproportionné par rapport au montant des crédits accordés⁵²⁶, il fait manifestement perdre à la caution le droit de décider de l'avenir de sa société et de son propre devenir.

La jurisprudence admet ainsi rarement que les cautions dirigeantes puissent être victimes d'un vice de violence ou d'une erreur provoquée sur la cause. Cette sévérité ne leur est cependant pas réservée et concerne toutes les cautions et, plus largement, toutes les contractants qui invoquent de tels fondements. Selon la Cour de cassation, la contrainte devient illégitime lorsque un contractant abuse de sa situation de supériorité (économique, hiérarchique, etc.) pour forcer son cocontractant (caution dirigeante ou non dirigeante, salarié, etc.) à accepter des relations contractuelles abusives⁵²⁷.

Ainsi, même si la caution dirigeante est *in abstracto* plus « raisonnable » que les autres cautions, la jurisprudence n'exige pas d'elle une démonstration plus sévère. La caution dirigeante doit, comme n'importe quel contractant de droit commun, prouver que le créancier a utilisé la cause subjective de son engagement pour lui faire perdre tout libre arbitre lors de la signature du contrat.

526 Paris, 3^e ch. A, 18 mai 1993 : *JurisData* n° 1993-021772.

527 La Cour de cassation avait d'ailleurs estimé que le fait, pour un employeur, de pousser son salarié à abandonner ses droits d'auteur en évoquant les difficultés économiques internes à l'entreprise qui allaient aboutir à une compression du personnel ne constituait pas un vice de violence mais simplement une sujétion naturelle dans le monde du travail et que la violence ne serait devenue illégitime que si le salarié avait été en mesure de prouver que le plan de licenciement menaçait directement sa personne et ses intérêts (Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932 : *Bull. civ.* I, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et note J.-P. Chazal ; *JCP G* 2002, I 184, obs. G. Virassamy ; *JCP E* 2003, 278, obs. F. Chérigny ; *Defrénois* 2002, p. 1246, obs. E. Savaux ; *Gaz. Pal.* 24-25 janv. 2003, n° 25, p. 18, note J. Rovinski ; *Contrats, conc. Consom.* 2002, comm. 121, note L. Leveneur ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 80, obs. Ch. Caron et comm. 89, obs. ph. Stoffel-Munck ; *Dr. et patr.* 2002, n°107, p. 26, étude G. Loiseau ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages).

126. – Conclusion titre 1. Le sujet de la validité du consentement de la caution, plus précisément de l'intégrité de son consentement, apporte un éclairage fondamental sur l'évolution du statut de la caution dirigeante en jurisprudence.

Dans les prétoires, la caution dirigeante était autrefois considérée comme « *un homme de valeur et d'opiniâtreté* »⁵²⁸ qui avait suffisamment de consistance pour résister aux craintes ordinaires de la vie des affaires, comme la caution la plus intégrée et intéressée aux affaires du débiteur principal, et de ce fait, nécessairement informée de la situation de celui-ci. À ce titre, elle était non seulement censée pouvoir résister à la violence légitime que constitue une demande de cautionnement mais également difficilement excusable de son ignorance à propos d'informations que son mandat social lui imposait de connaître. La position de la Cour de cassation n'a pas significativement évolué à l'égard des cautions dirigeantes. Jamais, elle n'affirma expressément que le dirigeant était un contractant sans consistance qui ne pouvait pas résister aux contraintes économiques ou une caution qui était en droit d'ignorer des informations déterminantes sur sa société. D'ailleurs, juger en ce sens reviendrait à avouer qu'un dirigeant est une personne vulnérable ou fragilisée qui n'est plus en mesure d'exercer son mandat social et de résister aux pressions normales du monde des affaires ou, pis encore, que le dirigeant a commis une faute en se désintéressant de sa société.

En revanche, la Cour de cassation a progressivement admis que la caution dirigeante n'est plus une exception du droit du cautionnement, que d'autres cautions ont suffisamment de consistance pour supporter la violence légitime que constitue une demande de cautionnement, que d'autres cautions ont également la possibilité de s'informer sur la situation du débiteur principal. Elle accepte ainsi désormais que la caution dirigeante puisse, comme n'importe quelle autre caution, perdre tout libre arbitre⁵²⁹ lors de la conclusion du contrat. La jurisprudence requiert désormais la même démonstration à l'égard de toutes les cautions souhaitant se prévaloir d'un vice de violence, exigeant que celles-ci prouvent que la contrainte exercée sur elles était illégitime ; dit autrement, que le créancier a abusé de sa

528 P. MORVAN, « Absence de validité du cautionnement solidaire signé sous l'emprise d'une violence morale », *D.* 1992, n° 13, p. 166.

529 B. SAINT-ALARY, « L'évolution législative du sort du dirigeant caution », *RLDC* 2009/58 suppl., n° 3364, p. 39.

situation de supériorité pour les forcer à accepter des relations contractuelles principales ou accessoires abusives.

La Cour de cassation finit également par considérer que la caution dirigeante n'est pas la seule caution susceptible d'être mieux informée que le créancier sur la situation du débiteur principal et instaure, dès lors, une obligation de se renseigner à la charge de toutes les cautions détenant les moyens effectifs d'exécuter cette obligation. La création prétorienne d'une obligation de se renseigner à la charge de ces cautions permet désormais d'affirmer que l'erreur commise par une caution dirigeante ne s'apprécie plus *in abstracto* au regard de sa qualité, de ses connaissances présumées ou encore de son implication dans les affaires du débiteur principal mais qu'elle doit être examinée *in concreto* au regard des moyens effectifs dont elle disposait pour se renseigner sur la solvabilité du débiteur principal.

D'aucuns affirmeront que cette évolution de la jurisprudence n'apporte aucune faveur aux cautions dirigeantes puisque, même si l'obligation de se renseigner sur la situation du débiteur principal ne pèse plus seulement sur elles et que celles-ci ne sont théoriquement plus stigmatisées au regard de leur seule qualité de dirigeant ; en pratique, elles rencontrent toujours des difficultés lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi elles n'ont pas pris la peine de saisir des informations qui étaient manifestement à leur portée. Ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, elles sont toujours en difficulté pour légitimer leur ignorance. Il convient cependant de combattre farouchement ce scepticisme et de rappeler que depuis que la jurisprudence ne stigmatise plus les cautions dirigeantes et les a intégrées dans la catégorie des cautions ayant l'obligation de se renseigner, tout porte à croire que celles-ci peuvent désormais bénéficier de la jurisprudence selon laquelle la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée, toujours signifiant : même lorsqu'elles manquent à leur obligation de se renseigner.

Titre 2

LE DROIT À L'INFORMATION DE LA CAUTION DIRIGEANTE

127. – Plan. *« Si l'information de la caution est aujourd'hui au centre de toutes les attentions, c'est qu'elle se trouve au croisement de deux questions fortement empreintes de politique juridique et de philosophie du droit : d'une part, celle de l'information et de la transparence, "regardées comme la panacée des tensions sociales", et, d'autre part, celle de la protection de la caution, véritable "mot d'ordre" législatif et prétorien de ces vingt-cinq dernières années. »*⁵³⁰

Selon François-Xavier Licari, le droit à l'information des cautions est une préoccupation législative de premier ordre depuis plusieurs décennies. Pourtant, force est de constater que le législateur ne s'est jamais prononcé en faveur d'une obligation générale d'information en droit du cautionnement ou d'une obligation précontractuelle d'information au bénéfice des cautions. Le législateur est seulement intervenu à plusieurs reprises pour initier certaines obligations d'information pendant l'exécution du contrat : *« c'est la loi bancaire du 1^{er} mars 1984 et plus particulièrement son article 48 qui a pour la première fois mis à la charge de certains créanciers une obligation d'information des cautions. L'innovation était importante car jusqu'alors il était admis que la caution avait l'obligation de se renseigner sur la portée de son engagement. (...) La mise à la charge des créanciers d'une obligation d'information s'opère cependant dans le plus grand désordre. Il existe au moins huit dispositions figurant dans trois Codes différents qui consacrent des obligations d'information. Des dispositions font parfaitement doublon. Loin d'unifier et de simplifier la matière, la loi du 1^{er} août 2003 n'a fait qu'ajouter à la confusion. Elle énonce un principe qui se veut général mais l'article L. 341-6 du Code de la consommation ne remplace aucune disposition antérieure. Il apparaît que l'information peut-être double. Il existe des informations annuelles qui sont dues automatiquement. D'autre*

530 F.-X. LICARI, « Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information qui incombe à l'établissement de crédit », *JCP G* 2002, II 10043.

part, il existe des informations dues seulement en cas d'incidents de paiement affectant le débiteur principal »⁵³¹ (chapitre 2).

Frénétique à propos du droit à l'information des cautions pendant la vie du contrat⁵³², le législateur est paradoxalement inerte en matière d'information précontractuelle des cautions. Pourtant, la transparence contractuelle et la protection des cautions *via* un droit à l'information ne concernent pas seulement la phase d'exécution du contrat. Une caution peut également souffrir d'une asymétrie d'informations lors de la conclusion du contrat. Aussi, afin de pallier la carence législative, la jurisprudence érigea, au début du XXI^e siècle, un véritable droit à l'information précontractuelle des cautions, imposant aux créanciers bénéficiaires de cette sûreté d'informer leurs cocontractants à propos des risques de l'opération envisagée⁵³³. La protection prétorienne des cautions durant la formation du contrat s'est cependant construite sur une catégorisation des cautions⁵³⁴. En effet, initialement, la Cour de cassation considérait que toutes les cautions ne se valaient pas et que certaines méritaient davantage de protection (et donc d'information) que d'autres. L'obligation d'informer les cautions sur les dangers du cautionnement avant la conclusion de celui-ci ne jouait ainsi que pour les relations entre les professionnels du crédit et les cautions profanes ou non-averties⁵³⁵. Il fallut attendre que la Cour de cassation affirme que les dirigeants qui cautionnent les dettes de leur entreprise ne sont plus présumés informés de la situation de celle-ci au regard de leurs seules fonctions pour que ceux-ci soient également créanciers d'une obligation d'information lors de la conclusion du contrat. En reconsidérant le critère de distinction entre les cautions averties et les cautions profanes et en édictant une obligation de se renseigner à la charge de toutes les cautions en mesure de le faire, la Cour de cassation corrigea le régime applicable aux cautions dirigeantes. Le droit à l'information précontractuelle des cautions ne dépendait plus de leur seule qualité de dirigeant mais de leurs aptitudes personnelles à s'enquérir de la portée réelle de leur engagement, les cautions dirigeantes seraient ainsi devenues des *quidam* du droit du cautionnement (chapitre 1).

531 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 299, p. 225.

532 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 94, p. 76.

533 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n°s 419-420, p. 136-137.

534 P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 351.

535 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 68, p. 56.

CHAPITRE 1. LES OBLIGATIONS D'INFORMATION EXIGEANT UNE « ASYMÉTRIE DE COMPÉTENCES »⁵³⁶

128. – Plan. *« Pendant fort longtemps, l'information de la caution n'a tenu qu'une place bien modeste au sein du droit du cautionnement qui se résumait, pour l'essentiel à la prise en compte d'un éventuel dol commis par le créancier. Au cours des dix dernières années [NLDR : l'article ayant été publié en 1999, le Professeur Pierre Crocq faisait référence aux années 1990], l'information de la caution a connu un développement considérable (...) La jurisprudence s'est montrée particulièrement soucieuse de la protection de la caution et sensible à la disparité existant entre une caution ne disposant parfois que d'une information très limitée et un créancier, qui, au contraire, est le plus souvent en situation d'exiger la fourniture de tous les renseignements dont il pourrait avoir besoin. Elle a eu le souci de rééquilibrer leur relation en développant l'obligation d'information mise à la charge de ce dernier. »*⁵³⁷

Le développement d'une l'obligation d'information à la charge du créancier s'est réalisé selon le classique triptyque entre l'obligation précontractuelle d'information, le devoir de mise en garde et le devoir de conseil.

L'obligation d'information *« consiste à communiquer à son cocontractant une information de manière compréhensible par lui »*⁵³⁸, elle est *« exclusive de tout avis et consiste à instruire le cocontractant, objectivement et complètement, sur l'objet du contrat afin qu'il puisse décider en connaissance de cause »*⁵³⁹. Selon le Professeur Philippe Dupichot, l'obligation précontractuelle d'information *« ne porte que sur la fourniture d'un renseignement à l'état brut »*⁵⁴⁰, elle n'impose pas au créancier d'attirer l'attention de la caution dirigeante sur les risques liés à l'opération garantie

536 E. NETTER, « Caution et établissement de crédit : retour sur le devoir de mise en garde et les garanties disproportionnées », *RLDC* 2012/96, n° 4776, p. 23.

537 P. CROCQ, *op. cit.*, p. 349-350.

538 L. AYNÈS, P. CROCQ et Ph. MALAURIE (dir.), *Les sûretés : la publicité foncière*, 7^e éd., coll. Droit civil, Defrénois, 2013, n° 297, p. 136-137.

539 Th. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 679, V° *Obligation de conseil*.

540 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 87, p. 87-88.

ou de refuser la conclusion du contrat. Le créancier a simplement l'obligation de révéler une information brute, dénuée de conseil, de recommandation ou de prise de décision, pourvu qu'elle soit déterminante pour le consentement de la caution. Tout manquement à cette obligation d'information *stricto sensu* est susceptible de décharger la caution de ses obligations (section 1).

Plus intense que l'obligation précontractuelle d'information, le devoir de mise en garde consiste à « *avertir les cautions des conséquences de leur engagement, en attirant leur attention sur les risques liés à la constitution d'une telle sûreté liée à l'octroi d'un prêt accordé au débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier.* »⁵⁴¹ Le devoir de mise en garde du créancier professionnel n'impose pas seulement d'instruire objectivement la caution sur l'objet du contrat qui va être souscrit, elle requiert une information complète et personnelle sur sa situation, les dangers de l'opération et l'opportunité du crédit. En effet, le créancier ne doit pas se contenter d'informer la caution sur les risques habituels et prévisibles inhérents à tout contrat de cautionnement, il doit apprécier *in concreto* les risques liés à cette convention et doit communiquer à la caution les résultats de son analyse.

Dans le cadre du devoir de mise en garde, le créancier a seulement l'obligation de révéler à la caution une information personnalisée sur les dangers de l'opération, eu égard au risque d'endettement et à ses capacités financières. Le dirigeant régulièrement mis en garde peut ainsi librement choisir de cautionner un crédit excessif ou inadapté, sans que la responsabilité du créancier ne puisse être engagée. Au contraire, le devoir de conseil consiste « *à assister une personne dans la conduite de ses affaires* »⁵⁴², à éclairer son cocontractant sur l'opportunité de la convention et même à éventuellement lui refuser la conclusion de celle-ci. « *Naguère, aucun devoir de conseil, notamment sur l'intérêt du cautionnement ou son opportunité ne pesait en principe sur le créancier professionnel : les mécanismes ordinaires paraissaient suffisants. Mais il est aujourd'hui jugé que dans certaines circonstances, le créancier professionnel commet une faute s'il n'attire pas l'attention non avertie sur l'absence de viabilité de l'opération financée* »⁵⁴³ (section 2).

541 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 67, p. 55.

542 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., coll. Quadriges, Paris, PUF, 2014, p. 239, V° *Obligation de conseil*.

543 L. AYNÈS, P. CROCQ et Ph. MALAURIE (dir.), *op. cit.*, n° 297, p. 136-137.

Section 1. L'obligation précontractuelle d'information du créancier

129. – Plan. Aucune disposition de droit commun ne prévoyant d'obligation générale d'information, la jurisprudence fut contrainte de créer une obligation précontractuelle d'information. Cette obligation avait initialement vocation à caractériser l'élément matériel du délit civil de dol, la rétention d'informations au jour de la conclusion du contrat n'étant punissable que si le contractant avait l'obligation de les révéler. Ferme à cet égard, la jurisprudence rejetait les prétentions fondées sur le dol lorsque la caution n'était pas en mesure de prouver que son cocontractant était tenu de lui délivrer une information. La Chambre commerciale de la Cour de cassation refusa notamment de reconnaître l'existence d'une réticence dolosive à l'égard d'un créancier qui s'était volontairement abstenu de révéler à son cocontractant que l'entreprise était en redressement judiciaire puisque aucun texte ne l'obligeait à le faire⁵⁴⁴. Faute de texte prévoyant un « *devoir de parler* »⁵⁴⁵, le créancier pouvait ainsi se taire ou, du moins, n'était pas coupable d'une réticence dolosive au sens de l'article 1116 du Code civil.

Au fil des années, l'obligation précontractuelle d'information – initiée par la jurisprudence dans le contexte du dol – obtint finalement une certaine indépendance, de sorte qu'il est aujourd'hui possible d'affirmer que l'obligation de contracter un cautionnement de bonne foi peut désormais revêtir deux formes distinctes : elle peut soit être « *le fondement exprès de la réticence dolosive* »⁵⁴⁶, soit être sanctionnée en dehors de ce contexte de façon autonome (§1). Cette affirmation est le fruit d'une préoccupation jurisprudentielle débutée dans les années 1980 ayant esquisser une nouvelle conception de l'information précontractuelle à destination des cautions dirigeantes (§2).

544 Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, inédit : *RTD civ.* 2004, p. 86, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 260, obs. D. Mazeaud.

545 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2. *Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939, n° 98.

546 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 346, p. 248.

§ 1 : La création prétorienne d'une obligation précontractuelle d'information dans le contrat de cautionnement

130. – Plan. Le créancier n'est susceptible de commettre un manquement contractuel ou un délit civil que s'il pèse sur lui une réelle obligation de révéler une information. La caution ne peut lui opposer une faute que si elle est en mesure de démontrer que son cocontractant n'a pas exécuté l'obligation d'information qui lui incombait.

Ainsi, une caution ne peut reprocher à son cocontractant d'avoir retenu une information que dans la mesure où celui-ci était effectivement obligé de parler.

En d'autres termes, le créancier doit être tenu d'une obligation d'informer la caution pour que la non-délivrance de l'information soit fautive. En l'absence d'obligation légale d'information au stade précontractuel (I), la Cour de cassation fut contrainte de procéder elle-même à sa création et choisit, à cette fin, le fondement de la bonne foi contractuelle puis celui de la responsabilité contractuelle (II).

I – L'absence d'obligation générale d'information à la charge des parties en phase de contracter un cautionnement

131. – L'absence légale d'obligation générale d'information. L'obligation d'information peut être définie comme « *une exigence de transparence en matière contractuelle* »⁵⁴⁷, elle interdit de dissimuler des éléments intéressant la relation contractuelle, d'adopter un comportement opaque ou tendancieux à l'égard de son cocontractant en ne lui révélant pas toutes les informations connues. Elle impose également aux parties d'agir avec clarté et honnêteté au moment de la conclusion du contrat comme lors de son exécution. Une telle obligation est ainsi intimement liée au comportement des parties en phase de contracter, ainsi qu'à l'existence et à l'intégrité des consentements. En effet, comment affirmer que le contrat est conclu et exécuté de bonne foi, conformément à l'article 1134 du Code civil⁵⁴⁸, si les parties n'exécutent pas

⁵⁴⁷ S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC* 2012/97, n° 4838, p. 87.

⁵⁴⁸ C. civ., art. 1134, al. 3 : « *Les conventions légalement formées [...] doivent être exécutées de bonne foi.* »

leurs obligations respectives en toute transparence ? L'obligation d'information aurait donc vocation à protéger le consentement des parties lors de la conclusion du contrat et assurer un certain « *solidarisme contractuel* »⁵⁴⁹ lors de l'exécution de la convention⁵⁵⁰.

Pourtant, aucun texte de droit commun ne prévoit un « *devoir de parler* »⁵⁵¹ inhérent à tout contractant. Au mieux, il est possible de remarquer l'existence de dispositions spéciales prévoyant l'obligation de révéler une information précise à un contractant et un moment déterminés⁵⁵². Le droit du cautionnement fonctionne selon ce modèle : il ne prévoit pas d'obligation générale d'information mais simplement l'obligation de délivrer des informations précises et ponctuelles lors de l'exécution du contrat. L'établissement de crédit est notamment tenu de délivrer une information annuelle à la caution sur l'état des créances dues au 31 décembre de l'année concernée ainsi que sur le terme de l'engagement⁵⁵³. En revanche, le droit du

549 Selon Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Cours Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2014, n° 27, p. 30-31 : « *Un courant de pensée aux racines anciennes quoique floues, le solidarisme contractuel, a récemment ressurgi, porté par de jeunes et talentueux auteurs, pour considérer le contrat non plus comme la rencontre d'intérêts égoïstes mais une oeuvre de coopération entre partenaires. Cette conception se traduirait en particulier par un devoir de loyauté et de coopération des parties pour la bonne exécution du contrat. Mais on ne peut que constater que le solidarisme contractuel est loin de faire l'unanimité en doctrine* ». D'ailleurs, le Professeur Manuella BOURASSIN estime que « *Le solidarisme contractuel dans les contrats unilatéraux n'a pas de sens. (...) Dans la mesure où ces contrats ont pour fonction de protéger les intérêts d'une seule partie, il est encore plus contestable que dans les contrats synallagmatiques de justifier le devoir de solidarité par l'union des intérêts des parties. Si des raisons pratiques et idéologiques permettent de discuter le bien-fondé de la justification du devoir de coopération par le solidarisme en matière de contrats synallagmatiques, ce sont des raisons purement juridiques qui imposent d'écarter cette justification en matière de contrats unilatéraux.* » (M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachellier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, n° 156, p. 77).

550 L'utilisation du conditionnel n'est pas inutile et révèle de profondes contradictions. Le devoir de coopération entre les contractants développé par certains auteurs est loin de faire l'unanimité en doctrine, de sorte que l'obligation d'information – qui est une composante de ce solidarisme – ne revêt pas le même intérêt pour l'ensemble des commentateurs. De plus, il faut bien admettre que d'autres mécanismes juridiques sont déjà compétents pour protéger l'existence et l'intégrité des consentements, sans qu'il ne soit forcément nécessaire de créer une obligation autonome. Ces contradictions expliquent sans doute l'absence d'obligation générale d'information imposant aux contractants d'adopter un comportement transparent au stade de l'exécution du contrat comme lors de sa formation.

551 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, 2. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939, n° 98.

552 Conformément à l'article L. 111-1, I du Code de la consommation, le vendeur professionnel est notamment tenu d'informer le consommateur sur les caractéristiques essentielles de l'objet de la vente en amont de la conclusion du contrat : « *Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.* »

553 C. mon. fin., art. L. 313-22, al. 1 : « *Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente*

cautionnement ne prévoit pas d'obligation d'information à la charge des parties en phase de contracter. Aucun texte de droit commun ou spécifique au droit du cautionnement ne prévoyant une telle obligation, il est difficile d'imaginer que le bénéficiaire d'un cautionnement puisse être sanctionné pour la non-délivrance d'une information qu'il n'était pas légalement tenu de révéler à la caution. Les cautions dirigeantes, comme toutes autres cautions, ne seraient donc pas en mesure d'invoquer un manquement du créancier à son « *devoir de parler* »⁵⁵⁴, dès lors que celui-ci n'est tenu d'aucune obligation légale en ce sens.

Aucune obligation précontractuelle d'information d'origine légale n'incombant aux signataires d'un cautionnement, il est possible d'aboutir à deux constats : soit l'obligation précontractuelle d'information n'existe pas entre les parties au contrat de cautionnement, soit son existence repose sur une conception solidariste du droit du cautionnement.

132. – La définition doctrinale de l'obligation précontractuelle d'information. Issue d'une fiction prétorienne, sanctionnée en vertu de la bonne foi contractuelle ou du devoir de loyauté, l'obligation précontractuelle d'information ne bénéficie d'aucune reconnaissance ou définition légale. Les définitions les plus complètes de cette obligation sont ainsi offertes par la doctrine : « *l'obligation précontractuelle d'information est celle qui impose à chaque partie, quelle que soit sa qualité (professionnel ou consommateur, vendeur ou acheteur, etc.), de communiquer à l'autre toutes les informations pertinentes qui lui permettront de consentir en connaissance de cause. (...) Elle est due dès l'instant où elle revêt un caractère pertinent, autrement dit, dès qu'elle détermine le consentement* »⁵⁵⁵.

Selon cette définition, l'obligation précontractuelle d'information concerne potentiellement tous les partenaires contractuels, sans distinguer *a priori* leur position dominante ou leur situation de faiblesse. D'autre part, l'information pertinente étant celle qui détermine le consentement d'une partie, elle est intimement liée à l'existence et l'intégrité du consentement. Seul le contractant doté d'une information pertinente et déterminante pour le

au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. »

554 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2. *Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939, n° 98.

555 S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC* 2012/97, n° 4838, p. 87

consentement de son cocontractant est tenu d'un « *devoir de parler* »⁵⁵⁶. L'obligation précontractuelle d'information ne poursuit donc qu'un seul objectif : protéger le consentement des parties, sans avoir pour autant vocation à punir un comportement intentionnel ou illicite. De ce point de vue, elle participe ainsi au respect des conditions de formation du contrat. Par ailleurs, selon le Professeur Philippe Dupichot, « *l'obligation d'information est un terme général qui recouvre des obligations d'une intensité variable. À cet égard, l'habitude a été prise de distinguer l'obligation d'information ou de renseignement stricto sensu, l'obligation de mise en garde ainsi que celle de conseil, et ce par ordre croissant de contrainte. L'obligation d'information ne porte que sur la fourniture d'un renseignement à l'état brut* »⁵⁵⁷. L'obligation de révéler une information pertinente implique donc de révéler une information à l'état brut, il s'agit du « *socle de base* »⁵⁵⁸ auquel peut éventuellement se rajouter le devoir de conseil et le devoir de mise en garde.

II – La construction progressive d'une obligation précontractuelle d'information dans le contrat de cautionnement

133. – Plan. Le forçage du contrat est une technique prétorienne permettant de créer des obligations qui ne sont prévues, ni par les dispositions légales, ni par les stipulations contractuelles. Le « *devoir de parler* »⁵⁵⁹ a été créé selon ce modèle et peut correspondre « *ou bien à une obligation d'information qui pèse en permanence sur le cocontractant, ou bien une obligation qui apparaît occasionnellement afin de prévenir un silence contraire à la bonne foi* »⁵⁶⁰. La création jurisprudentielle d'une obligation d'information à la charge de certaines parties ne peut cependant se faire qu'à l'appui d'une disposition légale. En effet, il n'est pas envisageable de contourner la nécessité de s'appuyer sur un fondement textuel pour créer de nouvelles obligations à la charge des parties. À cette fin, la jurisprudence

556 Expression empruntée à L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 98.

557 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 87, p. 87-88.

558 M. STORCK, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », in *Problématiques autour du droit du crédit*, Colloque tenu à l'Université Robert Schuman de Strasbourg le vendredi 20 juin 2008, *RLDA* 2008/31, n° 1907, p. 82.

559 L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 98.

560 C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, n° 41, p. 3338.

recourt le plus souvent à des notions d'ordre moral telles que l'équité⁵⁶¹ ou la bonne foi⁵⁶² et puise « *donc, sur le plan technique, dans les textes qui consacrent ces notions* »⁵⁶³(A).

La création d'une obligation précontractuelle d'information par la jurisprudence ne poursuivait initialement qu'un seul objectif : caractériser la manoeuvre dolosive et sanctionner ce délit civil. Pour créer une telle obligation, la jurisprudence eut recours au fondement textuel de la bonne foi, estimant qu'une partie qui retient volontairement une information pertinente pour son cocontractant adopte nécessairement un comportement déloyal. Progressivement, la jurisprudence réalisa que cette logique était transposable à des situations où le dol n'était certes pas caractérisé mais dans lesquelles le créancier avait néanmoins contracté de mauvaise foi, permettant ainsi à la caution d'engager la responsabilité de son cocontractant indépendamment du dol (B).

A) Le fondement de l'obligation précontractuelle d'information

134. – La nécessité d'un fondement textuel. *« L'obligation d'information existe même sans être intronisée par la loi et, en tant que telle, sa méconnaissance peut être sanctionnée. Par conséquent, peu importe que la loi ne prévoit pas l'obligation en cause, celle-ci peut résulter d'un devoir général de loyauté ou être constitutive d'un dol par réticence si les conditions sont réunies »*⁵⁶⁴.

Le juge qui désire créer de nouvelles obligations à la charge des parties est néanmoins contraint de s'appuyer sur un fondement textuel. Les relations étroites – parfois même nébuleuses – existant entre le devoir général de loyauté et le dol ont encore été récemment révélées par une décision rendue par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation. Selon cet arrêt, l'absence d'obligation légale en la matière ne dispense pas un contractant de révéler un fait dont il avait connaissance et qui aurait dissuadé son cocontractant de consentir dès lors qu'il est tenu à « *un devoir général de*

561 C. civ., art. 1135 : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »

562 C. civ., art. 1134 al. 3.

563 B. PETIT, S. ROUXEL, « Contrats et obligations. – Obligation d'information. », *J.-Cl. Civil Code* (art. 1136 à 1145), LexisNexis, 2011, Fasc. 50, n° 21.

564 S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC* 2012/97, n° 4838, p. 87.

loyauté »⁵⁶⁵. Cette décision est très révélatrice de la logique adoptée par la Cour de cassation : s'il n'existe pas d'obligation légale d'information, il existe cependant un devoir général de loyauté⁵⁶⁶ en vertu duquel chaque partie est contrainte de révéler une information dont elle avait connaissance et qui était décisive dans le choix de contracter de l'autre partie. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation prôna ainsi l'existence d'une obligation précontractuelle d'information qui se passe volontiers de dispositions légales ou contractuelles spécifiques et qui se contente du fondement du devoir de loyauté.

Cependant, la Cour de cassation ne mena pas ce raisonnement jusqu'à son terme : alors qu'elle s'attela à reconnaître l'existence d'une obligation précontractuelle d'information fondée sur un devoir général de loyauté, elle se contenta de rendre sa décision au seul visa de l'article 1116 du Code civil ! En procédant de la sorte, la Cour de cassation n'expliqua pas quel était le fondement du devoir général de loyauté. La troisième Chambre civile expliqua que l'obligation précontractuelle d'information existait, même en l'absence de disposition légale spécifique, grâce à un devoir général de loyauté mais elle ne visait qu'un texte relatif au dol, de sorte que l'on ne connaît, avec cette seule décision du 16 mars 2011, ni l'origine de ce devoir, ni sa fonction indépendamment du dol.

135. – Le devoir de loyauté et l'obligation de contracter de bonne foi. Le devoir de loyauté est l'une des manifestations de l'obligation générale de bonne foi prévue par l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil⁵⁶⁷, un « *aspect de la bonne foi qui doit régir le contrat aussi bien au stade de la formation que de l'exécution* »⁵⁶⁸. La notion de loyauté ne peut se comprendre qu'à travers celle de bonne foi et n'existe textuellement que grâce à celle-ci. En effet, il est possible de parler de « devoir général de loyauté » uniquement parce qu'il existe une disposition légale générale prévoyant une obligation de bonne foi. Les deux notions étant intimement liées – au point parfois d'être confondues –, la loyauté peut se permettre d'utiliser le fondement textuel de

565 Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-10.503, *Bull. civ.* III, n° 36 ; *JCP G* 2011, 566, obs. J. Ghestin ; *RLDC* 2011/82, n° 4228, p. 14, obs. A. Paulin ; *Deffrénois* 2011, p. 1400, obs. J.-B. Seube.

566 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 88, p. 77.

567 C. civ., art. 1134, al. 3 : « *Les conventions légalement formées [...] doivent être exécutées de bonne foi.* »

568 C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, n° 41, p. 3338.

la bonne foi pour exister en tant que devoir général. Si l'on considère, comme le Professeur Dimitri Houtcieff, que « *la bonne foi est synonyme de cohérence du comportement* »⁵⁶⁹, on peut affirmer que cette obligation impose d'adopter un comportement prévisible, logique et continu afin de ne pas tromper la confiance légitime de son cocontractant. « *Le contraire de la loyauté est la duplicité, c'est-à-dire le comportement double qui ruine la prévisibilité* »⁵⁷⁰.

Selon cette définition, la loyauté est l'aspect de la bonne foi qui impose d'adopter un comportement qui suscite la confiance du cocontractant⁵⁷¹ et qui permet de répondre à « *l'exigence de transparence* »⁵⁷² contractuelle. Lorsqu'une partie surprend la confiance qu'elle a suscitée en contractant, elle ne répond pas à l'obligation générale de contracter de bonne foi. Le contrat induit nécessairement une relation de confiance qui, même si elle n'est pas stipulée, impose aux parties une conduite loyale dans les relations contractuelles. L'obligation précontractuelle d'information participe à ce devoir général de loyauté en imposant à chaque partie de révéler les informations dont elle a connaissance et qui sont décisives dans le choix de contracter de l'autre partie.

La création prétorienne d'une obligation précontractuelle d'information basée sur la bonne foi contractuelle permet d'affirmer que l'échange des consentements doit s'accomplir de façon loyale entre les parties, même en l'absence d'obligation générale d'information. Selon le Professeur Philippe Dupichot, « *il n'existe aucune raison sérieuse d'écarter en matière de cautionnement une obligation qui participe du droit commun des obligations, bien au contraire* »⁵⁷³. S'il est désormais certain que l'obligation d'information naît « *lorsqu'une des parties connaît un fait dont elle sait l'importance déterminante pour la conclusion du contrat, et que l'autre partie, soit est dans l'impossibilité de se renseigner elle-même, soit peut légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat ou de leurs qualités respectives* »⁵⁷⁴, il est possible d'affirmer que la

569 D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Coll. Institut droit des affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, Vol. 2.

570 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 764, p. 371.

571 *Loc. cit.*

572 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 67, p. 55.

573 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 83, p. 82-83.

574 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013, n° 233, p. 260-261. Pour qu'apparaisse une obligation d'information, plusieurs conditions relatives au débiteur ou

caution peut se prévaloir de la non-divulgence d'une information pertinente et légitimement ignorée.

B) L'avènement d'une obligation précontractuelle d'information autonome

136. – Plan. Contrairement à l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 16 mars 2011 qui ne visait que l'article 1116 du Code civil, les décisions sanctionnant le manquement à l'obligation précontractuelle d'information dans le contexte du dol sont généralement rendues au double visa des articles 1116 et 1134 alinéa 3 du Code civil. Selon Carole Vuillemin-Gonzalez, « *les décisions qui ont considéré la réticence dolosive caractérisée prononcent, pour la plupart, la nullité du contrat à la fois pour vice du consentement sur la base de l'article 1116 du Code civil et pour manquement à l'obligation de contracter de bonne foi sur le fondement de l'article 1134 du même Code* »⁵⁷⁵. L'association de ces deux dispositions répond à la logique suivante : l'obligation précontractuelle d'information – fondée sur la notion de bonne foi – permet de caractériser la réticence dolosive opérée par le créancier⁵⁷⁶. Sans cette obligation (et le double visa), le silence n'est pas punissable dans le contexte du dol. L'adjonction de ces deux articles sert clairement le dol – l'article 1134 ne servant qu'à constituer le vice du consentement – au détriment d'une autonomie de l'obligation précontractuelle d'information. En effet, s'il est évident que l'accomplissement de manœuvres dolosives implique une mauvaise foi de la part du cocontractant qui les pratique, ce double visa ne permet pas de prôner l'indépendance de l'obligation précontractuelle d'information. La question était ainsi de savoir si cette obligation générale de bonne foi faisait naître un « *devoir de parler* »⁵⁷⁷ à la

au créancier de cette obligation doivent être réunies. Le débiteur de cette obligation doit premièrement avoir connaissance du contenu de l'information : on ne peut être tenu de révéler que ce que l'on sait, étant précisé que certains professionnels ont une obligation de se renseigner pour informer leur cocontractant. Deuxièmement, le débiteur doit connaître l'importance qu'attache son cocontractant à l'information concernée : celle-ci doit être déterminante. Le créancier doit, quant à lui, tout à la fois ignorer effectivement le contenu de l'information et l'ignorer légitimement, c'est-à-dire être placé dans une situation « d'exception » légitimant son ignorance au regard du devoir de se renseigner pesant sur lui. Une telle situation se rencontre lorsque l'accès à l'information est objectivement impossible pour le créancier, par exemple en raison d'une incompétence liée à sa qualité de non-professionnel ou encore lorsque le créancier peut légitimement faire confiance à l'autre partie, (notamment en raison du caractère *intuitus personae* du contrat ou de la qualité des parties).

⁵⁷⁵ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, *op. cit.*, p. 3338.

⁵⁷⁶ Cass. 3^e civ., 15 janv. 1971, n° 69-12.180 : *Bull. civ.* III, n° 38 ; *RTD civ.* 1971, p. 839, obs. Y. Loussouarn.

⁵⁷⁷ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2. *Théorie générale des*

charge du créancier, indépendamment du dol, fondé sur l'unique disposition de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ou, au contraire, s'il n'existait pas d'obligation précontractuelle d'information du créancier à l'égard de la caution en dehors du délit civil (1°). La réponse peut paraître évidente à la lecture de la solution du 16 mars 2011 prônant l'existence d'un devoir général de loyauté. Cependant, en s'attardant sur la structure de cette décision, plus particulièrement sur le visa unique (article 1116 du Code civil), force est de constater que certaines interrogations ont persisté jusqu'à que la Cour de cassation accorde finalement une complète autonomie à l'obligation précontractuelle d'information sur le fondement de la responsabilité contractuelle (2°).

1°) Le double visa des articles 1116 et 1134 du Code civil

137. – La volonté de caractériser le dol par réticence. À partir des années 1980, la Cour de cassation intégra la notion de « bonne foi » dans la formation du contrat cautionnement⁵⁷⁸. Le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi⁵⁷⁹ permettait ainsi de caractériser la réticence dolosive du créancier⁵⁸⁰. Le manquement à cette obligation n'existait pas de façon autonome et n'était ainsi punissable qu'à travers ce délit civil. Selon la position retenue par la Cour de cassation, il n'y avait manquement à cette obligation que lorsque la réticence dolosive était *in fine* caractérisée. La bonne foi précontractuelle n'existait donc qu'au regard de la réticence dolosive en matière de cautionnement. Pour preuve, une décision rendue le 10 mai 1989 dans laquelle la première Chambre civile de la Cour de cassation affirmait que la banque qui « *manque à son obligation de contracter de bonne foi commet ainsi un dol par réticence* »⁵⁸¹. L'utilisation

obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939, n° 98.

578 S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC* 2012/97, n° 4838, p. 87.

579 Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 1981, n° 79-15.443 : *Bull. civ. I*, n° 25 : « *l'arrêt attaqué, a pu retenir l'existence d'un dol, dès lors que, par réticence, la banque avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi* » (décision rendue au double visa des articles 1116 et 1134 du Code civil).

580 Cass. com., 8 nov. 1983, n° 82-10.493 : *Bull. civ. IV*, n° 298.

581 Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294 : *Bull. civ. I*, n° 187 ; *D.* 1990, p. 385, obs. L. Aynès ; *Defrénois* 1989, p. 131, note L. Aynès ; *RTD civ.* 1989, p. 736 et 738, obs. J. Mestre – V. également : Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1997, n° 95-11.816 : *Bull. civ. I*, n° 61 : « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager* ».

du double visa des articles 1116 et 1134 alinéa 3 du Code civil et l'emploi de l'adverbe « ainsi » incarnaient le lien de dépendance de l'obligation de contracter de bonne foi à l'égard du dol. Cette « *grande décision* »⁵⁸² eut le mérite d'explicitier les intentions de la Cour de cassation⁵⁸³. Dans les faits, les cautions n'avaient pas démontré, à l'occasion de l'instance d'appel, le caractère déterminant de la réticence dolosive conformément à l'article 1116 du Code civil. La Cour de cassation ne suivit pas les juges du fond, estimant que la preuve du caractère déterminant de la réticence dolosive ressortait du simple manquement à l'obligation de contracter de bonne foi et qu'il appartenait au créancier de prouver le caractère non déterminant de la réticence.

La solution retenue par la Cour de cassation était en totale contradiction avec la conception du dol, l'article 1116 du Code civil écartant d'office toute présomption : le dol « *ne se présume pas et doit être prouvé* ». Ne pouvant pas sanctionner le créancier sur le fondement du dol – faute de preuve du caractère déterminant –, la Cour de cassation décida alors de punir celui-ci sur le fondement de l'obligation de contracter de bonne foi, de sorte que la réticence dolosive devenait punissable sans que le caractère déterminant de ce délit civil ne soit prouvé⁵⁸⁴.

138. – Un timide abandon du double visa. Le recours au double visa des articles 1116 et 1134 du Code civil n'apparaissait pas être une solution satisfaisante. En effet, quel est l'intérêt de viser l'article 1116 du Code civil dans une décision si le dol n'est pas caractérisé ? Soit ce vice du consentement est constaté et doit être sanctionné par la nullité du cautionnement, soit il n'est pas constitué et doit être écarté du visa, sous peine de faire référence à une règle de droit inapplicable en l'espèce. Cette

582 Selon le Professeur Jacques Mestre, cet arrêt constituait une « *grande décision* » (Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294, *Bull. civ.* I, n° 187, *RTD civ.* 1989, p. 738).

583 Le Professeur Laurent Aynès considérait d'ailleurs que cet arrêt officialisait le renversement de la « *charge de la preuve* » du caractère déterminant du dol grâce à la seule constatation du manquement à l'obligation de contracter de bonne foi (L. AYNÈS, « Vice du consentement : dol par réticence de la banque qui n'indique pas à la caution la situation réelle du débiteur », *D.* 1990, n° 42, p. 385).

584 Ce regrettable état de dépendance de l'obligation précontractuelle d'information à l'égard du dol avait néanmoins le mérite, selon certains auteurs, de participer à la construction de la théorie générale de la bonne foi : « *La Cour de cassation vise expressément dans ses décisions en matière de réticence dolosive le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, ce qui lui vaut souvent à ce titre d'être citée comme exemple lorsqu'il s'agit de construire la théorie générale de la bonne foi* » (P. JOURDAIN, « La bonne foi dans les relations entre particuliers dans la formation du contrat, Rapport français », in *La bonne foi – Journées Louisianaises du 14 au 17 mai 1992*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, Litec, 1994, t° 43, p. 121 et s.)

amalgame aboutissait donc à une dénaturation du dol et à un asservissement de l'obligation de bonne foi qui ne pouvait pas se passer de l'article 1116 du Code civil pour être sanctionné en cas de manquement. La construction jurisprudentielle de l'obligation précontractuelle d'information n'était ainsi pas aboutie et le dol devenait la sanction applicable à un manquement au devoir de loyauté. Pourtant, la jurisprudence refusait toujours de lui accorder une totale autonomie et continuait de doubler le visa même lorsque le caractère déterminant du dol n'était pas prouvé⁵⁸⁵.

La première Chambre civile de la Cour de cassation participa finalement à l'émancipation de l'obligation de contracter de bonne foi en ne visant que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil dans une décision en date du 16 mai 1995⁵⁸⁶. Ni le dol, ni l'article 1116 du Code civil ne furent mentionnés, la Cour de cassation se contenta de sanctionner le créancier qui connaissait l'insolvabilité totale de son débiteur et qui avait laissé la caution dans l'ignorance de cette information pertinente sur le seul fondement de l'obligation de contracter de bonne foi. L'abandon du double visa ne pouvait qu'être salué. Cependant, cet effort jurisprudentiel devait être tempéré car l'arrêt ne fit pas l'objet d'une publication au Bulletin, de sorte que la première forme d'indépendance de l'obligation précontractuelle d'information ne bénéficia que d'une timide reconnaissance.

2°) *Le nouveau fondement de l'article 1147 du Code civil*

139. – Le choix de la responsabilité contractuelle. Une décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 juin 1998⁵⁸⁷ vint à la fois confirmer l'autonomie de l'obligation de contracter de bonne foi amorcée en 1995 et assoir le régime juridique applicable aux cautions dirigeantes en la matière⁵⁸⁸.

585 En vertu de l'article 1020 du Code de procédure civile, le visa est le texte de loi sur lequel la cassation est fondée. Le double visa des articles 1116 et 1134 du Code civil supposait l'application de ces deux règles de droit : l'obligation de contracter de bonne foi venait pallier l'inapplicabilité du dol.

586 Cass. 1^{re} civ., 16 mai 1995, n° 92-20.976, inédit : *JCP* 1996, II 22736, note F.-X. Lucas : « Mais attendu que les juges du fond, qui ont constaté que M. Y... savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qu'il avait laissé Mme A... dans l'ignorance de la situation d'insolvabilité totale de M. B..., en ont déduit qu'il avait ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi ».

587 Cass. com., 23 juin 1998, n° 95-16.117 : *Bull. civ.* IV, n° 208 ; *RTD com.* 1999, p. 683, obs. C. Champaud et D. Danet ; *RTD civ.* 1999, p. 83, obs. J. Mestre ; *JCP E* 1998, p. 157, obs. D. Legeais.

588 Dans les faits, une société crédit-bailleresse avait donné en location un ensemble hôtelier en état de futur achèvement à une autre société et avait par la même occasion exigé le cautionnement solidaire de ses dirigeants. Le crédit-bail n'était cependant pas une

Selon la cour d'appel, le crédit-bailleur n'avait pas intentionnellement trompé son cocontractant mais avait néanmoins commis une faute en exigeant le cautionnement des dirigeants pour garantir une opération financière qu'il savait vouée à l'échec. La Cour de cassation suivit le raisonnement des juges du fond : si elle ne pouvait pas sanctionner une intention dolosive, elle entendait punir un créancier qui avait fauté en sollicitant un cautionnement en parfaite mauvaise foi. La faute du crédit-bailleur consistait à exiger un cautionnement des dirigeants alors qu'il avait connaissance du caractère non viable et même déficitaire du crédit-bail ; il avait assurément contracté de mauvaise foi. Cette décision, écartant le dol mais retenant néanmoins le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, ne fut logiquement pas rendue au double visa des articles 1116 et 1134 alinéa 3 du Code civil. Cependant, alors que la Cour de cassation aurait pu se prononcer au seul visa de la disposition relative à la bonne foi contractuelle, elle visa l'article 1147 du Code civil et engagea la responsabilité contractuelle du crédit-bailleur qui n'avait pas satisfait l'obligation précontractuelle d'information qui lui incombait⁵⁸⁹.

La Chambre commerciale entérina cette tendance à l'occasion d'une décision en date du 28 juin 2005, affirmant que la preuve de la réticence dolosive suppose l'intention de tromper qui n'est pas constituée par le seul manquement à une obligation précontractuelle d'information : « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information (...) ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci* »⁵⁹⁰.

140. – La pertinence des fondements utilisés. Il est intéressant d'accorder quelques lignes aux fondements tour à tour utilisés pour sanctionner la

opération viable puisque le montant des loyers correspondait à la moitié du chiffre d'affaires et l'investissement avait été intégralement financé par le crédit-bail, de sorte que le remboursement des loyers plongeait inéluctablement la société dans une situation déficitaire. La société preneuse étant, dès l'origine, vouée à un état de cessation des paiements, la liquidation judiciaire et l'assignation des cautions ne tardèrent pas.

589 « *Quoiqu'il se rattache davantage à la période contractuelle, le devoir de mise en garde est généralement fondé sur l'article 1147 du Code civil. Ceci s'explique sans doute par un effet d'attraction du contrat sur l'information : l'information portant sur les risques de l'exécution des conventions de prêt et de cautionnement, elle peut en ce sens être qualifiée d'obligation d'information contractuelle* » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 352, p. 253). Un tel raisonnement, tenu à propos du devoir de mise en garde, est bien évidemment transposable à l'obligation précontractuelle d'information ainsi qu'au devoir de conseil.

590 Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-16.794 : *Bull. civ.* IV, n° 140.

rétenction d'une information précontractuelle. S'agissant tout d'abord de l'article 1134 du Code civil, il convient de rappeler qu'il ne traite expressément que de la bonne foi au stade de l'exécution du contrat⁵⁹¹, de sorte qu'il n'est pas évident que cette exigence soit transposable à la conclusion du contrat de cautionnement. Selon le Professeur Jacques Mestre, cette interrogation est dépourvue d'intérêt puisque « *c'est uniquement pour des raisons de forme que la version définitive de l'article 1134 a été ramené au seul terrain de l'exécution (...) Portalis ayant demandé le retrait du mot "contractées" qui, inutile, lui semblait rien ajouter* »⁵⁹².

S'agissant ensuite de l'article 1147 du Code civil, il convient de rappeler que cette disposition sanctionne expressément l'inexécution d'une obligation contractuelle et nécessite un contrat valablement formé entre les parties. Or, l'obligation précontractuelle d'information n'existe, comme son nom l'indique, qu'en amont du contrat de cautionnement, de sorte qu'il est possible de se demander si le fondement de la responsabilité extracontractuelle ne serait pas plus opportun puisque, au jour où l'information aurait dû être révélée, le contrat de cautionnement n'était pas encore formé. Cependant, selon la théorie développée par le Professeur Muriel Fabre-Magnan⁵⁹³, la responsabilité contractuelle s'applique dès que le manquement à l'obligation précontractuelle d'information a des conséquences sur l'exécution du contrat⁵⁹⁴. La Cour de cassation ayant tranché en faveur de la responsabilité contractuelle s'agissant de l'obligation précontractuelle d'information dans le contrat de cautionnement, le manquement à l'obligation de révéler une information pertinente à la caution aurait donc nécessairement une incidence sur l'exécution du contrat de cautionnement (et pas seulement sur la formation du contrat).

591 L'article 1134 alinéa 3 du Code civil dispose que les conventions légalement formées « doivent être **exécutées** de bonne foi ».

592 J. MESTRE, « La difficile preuve de la novation », *RTD civ.* 1998, p. 377.

593 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1992, n° 411, p. 332.

594 Le manquement à une obligation précontractuelle d'information produisant des effets sur l'exécution du contrat peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, tandis que le manquement à une obligation précontractuelle d'information ayant seulement une incidence sur la formation du contrat de cautionnement relèverait de la responsabilité extracontractuelle (M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 332). Les situations dans lesquelles le manquement à l'obligation précontractuelle d'information aurait uniquement des effets sur la formation du contrat de cautionnement sont cependant difficilement lisibles.

§ 2 : La reconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information au bénéfice des cautions dirigeantes

141. – Plan. L'obligation précontractuelle d'information – telle qu'elle a été conçue par la jurisprudence – vit désormais de façon autonome sur le fondement de la responsabilité contractuelle⁵⁹⁵. De ce point de vue, elle participe à la protection des consentements et assure un certain solidarisme contractuel entre les parties au contrat de cautionnement. Cette obligation revêt néanmoins encore certaines spécificités à l'égard des cautions dirigeantes.

En effet, de tous temps, les cautions dirigeantes ont fait l'objet de présomptions et ont été traitées par la jurisprudence avec davantage de rigueur que les autres cautions personnes physiques. Le fait qu'elles soient directement ou indirectement intéressées par les ressources dégagées par leur société permettait de les stigmatiser sans qu'elles ne puissent combattre cette présomption⁵⁹⁶. Le fait qu'elles soient intégrées aux affaires de la société cautionnée permettaient également aux juridictions de considérer les cautions dirigeantes comme des cautions *in abstracto* conscientes de la nature et de l'étendue de leur engagement⁵⁹⁷. « En toute logique, le créancier ne devrait être tenu d'informer la caution que dans la mesure où celle-ci ne connaît pas la réalité ou n'est pas sensée la connaître à raison de ses liens avec le débiteur principal. »⁵⁹⁸

Cependant, la récente prise en compte du niveau d'information réellement détenu par les cautions afin de distinguer les cautions profanes des cautions

595 Selon les Professeurs Marie-Pierre Dumont-Lefrand et Christophe Albiges, « *c'est au titre du devoir de loyauté envers son cocontractant que le créancier doit révéler à la caution les informations relatives à la situation du débiteur principal, car ces informations lui permettent d'avoir une appréciation exacte du risque. L'intérêt de telles solutions réside ainsi dans la référence à la notion de "bonne foi" qui devient bien un critère essentiel au stade de la formation du contrat et non plus seulement de son exécution* » (Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 66, p. 55).

596 Cass. com., 21 avr. 1964, *Bull. civ. IV*, n° 200 : « Il résulte de l'expose des faits et de l'examen des documents produits que les graves difficultés survenues à la société démontrent que la caution, porteur de parts et gérant, avait un intérêt personnel à garantir les obligations souscrites par sa société pour la maintenir in bonis, l'arrêt peut retenir le caractère commercial du cautionnement et, partant, la compétence de la juridiction commerciale pour connaître de l'action introduite par le créancier contre la caution. »

597 Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.626 : *Bull. civ. IV*, n° 310 ; *D.* 1990, p. 3, note P. Ancel.

598 P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 350.

averties a permis aux cautions dirigeantes de combattre cette présomption de connaissance et de prouver l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant leur ignorance⁵⁹⁹. La présomption simple dont bénéficient désormais les cautions dirigeantes leur permet ainsi d'engager la responsabilité contractuelle du créancier (II). Certaines situations caractérisées par le comportement intolérable du créancier permettent même aux cautions dirigeantes de se prévaloir d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information sans que leur qualité ne soit prise en considération (I).

I – L'action en responsabilité pour faute grave du créancier

142. – Plan. La Cour de cassation considère que la déloyauté de certains créanciers revêt une telle gravité et constitue une telle atteinte pour la communauté financière qu'elle doit être condamnée sans que le comportement de la caution ne soit pris en compte (A). Ces situations sont marginales et ne concernent que des comportements pratiquement délictuels. Pourtant, certains commentateurs ont souhaité restreindre davantage la portée de ces décisions en abreuvent leurs articles de décisions qui rejetaient la demande formée par le dirigeant-emprunteur, situation qu'il convient de ne pas confondre avec celle formée par la caution dirigeante.

Afin de clarifier le débat et d'isoler les hypothèses dans lesquelles la qualité de dirigeant est indifférente, il faut distinguer l'action en responsabilité exercée par la caution dirigeante de celle exercée par le dirigeant es-qualités de représentant de la société cautionnée (B).

A) Un comportement irresponsable sanctionné *per se* par la jurisprudence

143. – Le cautionnement d'une « catastrophe » orchestrée par le créancier. Un arrêt du 23 juin 1998 reconnu pour la première fois expressément qu'une caution dirigeante pouvait être créancière d'une obligation précontractuelle d'information⁶⁰⁰. Selon les Professeurs Claude

599 Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681 : *Bull. civ.* IV, n° 284 ; *JCP E* 1998, p. 182, note D. Legeais.

600 Il convient d'en rappeler les faits : une société crédit-bailleresse avait donné en location un ensemble hôtelier en état de futur achèvement à une autre société à la condition que ses dirigeants se portent cautions solidaires du paiement des loyers. Le montant de ces loyers correspondant à la moitié du chiffre d'affaires et l'investissement étant intégralement

Champaud et Didier Danet, « *ce sont les partenaires à venir d'une entreprise condamnée par avance qu'il s'agit de préserver contre celui qui savait ce qui allait arriver et qui a créé les conditions de la catastrophe. Le crédit-bailleur est donc particulièrement fautif. D'une part, il fait preuve d'un comportement irresponsable à l'égard de la communauté commerciale et financière ; d'autre part, il agit en toute connaissance de cause, la demande de cautionnement constituant le signal de la mauvaise foi* »⁶⁰¹.

La caution dirigeante n'est ainsi pas systématiquement écartée de la protection précontractuelle accordée aux autres cautions personnes physiques par la jurisprudence. Si elle est en mesure d'invoquer un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, c'est pour la bonne et simple raison que la Cour de cassation entend en premier lieu condamner le comportement irresponsable du bénéficiaire du cautionnement. Ce n'est pas la qualité de la caution (avertie ou profane) qui est examinée mais simplement le comportement du créancier. Une telle attitude dans la phase précontractuelle doit être condamnée *per se* parce qu'il n'est pas envisageable de laisser de telles pratiques impunies. Les auteurs précités soulignent justement qu'il ne s'agit pas simplement de s'intéresser à une relation entre cocontractants mais plus largement de sanctionner un comportement inacceptable à l'égard de la « *communauté commerciale et financière* ». Il ne serait pas tolérable de laisser impunies de telles pratiques consistant à faire volontairement contracter une opération manifestement non viable tout en laissant peser la charge de la faillite sur des tiers ou, pis encore, à sacrifier sur l'autel du profit des sociétés normalement viables et des patrimoines personnels qui n'auraient pas dû être sollicités. C'est ici encore l'absence d'aléa – normalement présent dans tout contrat de cautionnement – qui justifie une sanction à l'égard des créanciers qui réclament, en parfaite mauvaise foi, un cautionnement qu'ils ne sont censés actionner qu'en cas

financé par le crédit-bail, l'opération n'était manifestement pas viable puisque le remboursement des loyers entraînait la société dans une situation déficitaire. Cette dernière bénéficia rapidement d'une liquidation judiciaire et les cautions dirigeantes furent appelées. La cour d'appel reconnut que le crédit-bailleur n'avait pas intentionnellement trompé son cocontractant mais elle retint néanmoins sa faute pour avoir sollicité un cautionnement tout en sachant pertinemment que l'opération n'était pas viable. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le crédit-bailleur et sanctionna le créancier qui avait fauté en sollicitant un cautionnement en parfaite mauvaise foi même si elle ne pouvait pas retenir une quelconque intention dolosive. Le crédit-bailleur avait donc manqué à son obligation de contracter de bonne foi en sollicitant un cautionnement alors qu'il avait connaissance du caractère non viable et même déficitaire du crédit-bail. Sa mauvaise foi devait être sanctionnée *per se*.

601 C. CHAMPAUD, D. DANET, « Cautionnement. Dirigeant. Crédit-bail. Absence de viabilité de l'opération. Responsabilité du créancier », *RTD com.* 1999, n° 3, p. 683.

d'éventuelle défaillance de l'entreprise au lieu de créer lui-même, dès l'origine, « *les conditions de la catastrophe* ». La caution peut bien être dirigeante, elle ne mérite pas pour autant le sort que ses créanciers ont prévu de lui consacrer. La gravité du comportement consistant à faire payer à des cautions une opération principale irréalisable dépasse ainsi parfois toutes les considérations jurisprudentielles sur la qualité de la caution.

144. – Une solution rarement transposable. Dans cette décision, la Cour de cassation ne chercha même pas à savoir si les cautions avaient connaissance ou même conscience de l'issue du crédit-bail, elle condamna simplement le crédit-bailleur pour avoir créé « *les conditions de la catastrophe* ». Le simple fait de solliciter un cautionnement pour une opération financière vouée à l'échec dès l'origine témoignait de la mauvaise foi du créancier et permettait ainsi à la caution dirigeante d'être créancière d'une obligation de contracter de bonne foi.

L'extrême rigueur dont la Cour de cassation avait fait preuve à l'égard du créancier semble cependant réduite à la particularité de cette espèce. La Cour de cassation avait condamné un créancier ayant sollicité le cautionnement des dirigeants pour une opération qu'il avait lui-même orchestrée. Le crédit-bailleur avait lui-même créé « *les conditions de la catastrophe* » puis avait exigé un cautionnement pour faire peser ce désastre sur la caution. Cette situation revenait finalement à provoquer l'endettement d'une société et à réclamer le paiement de la créance à des dirigeants qui ne savaient pas que leur société était condamnée par avance, sans quoi ils n'auraient certainement contracté ni le crédit-bail, ni le contrat de cautionnement. La solution ne serait donc transposable qu'aux situations dans lesquelles le créancier est à la fois le *concepteur* et le *financier* du projet non viable et le *pollicitant* au contrat de cautionnement. Ainsi, le bénéficiaire d'un cautionnement qui se contenterait de financer une opération sans l'avoir lui-même conçue ne pourrait pas être accusé d'avoir créé « *les conditions de la catastrophe* », ni d'avoir contracté de mauvaise foi. L'établissement bancaire qui financerait un projet échafaudé par le débiteur principal ou par un tiers et qui réclamerait le cautionnement solidaire du dirigeant ne pourrait ainsi pas se voir reprocher un comportement irresponsable ou déloyal, de sorte qu'il serait à nouveau possible de prendre en considération la qualité de la caution et d'isoler la caution dirigeante de dans de telles situations⁶⁰².

602 Selon les Professeurs M. Bourassin, V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachelier,

B) La confusion entre l'information du débiteur principal et l'information de la caution dirigeante

145. – Les arrêts du 11 mai 1999 et les dirigeants-emprunteurs. Un an après la décision du 23 juin 1998, une partie de la doctrine avait cru à une nouvelle stigmatisation des cautions dirigeantes. Certains auteurs estimaient que *« l'a jurisprudence admettait en effet fréquemment qu'une banque engage sa responsabilité civile envers la caution du bénéficiaire du crédit lorsqu'elle savait que la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise mais que les dirigeants auraient bien du mal à obtenir gain de cause »*⁶⁰³ ou encore que *« dans la majorité des affaires qui lui sont soumises, le juge refuse de couronner de succès l'action en responsabilité diligentée par le dirigeant-caution à l'égard de la banque »*⁶⁰⁴. De tels propos étaient étayés par une série d'arrêts dont la portée est toutefois discutable.

Trois décisions rendues par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 11 mai 1999 étaient régulièrement invoquées par la doctrine pour affirmer que la caution dirigeante ne pouvait que très rarement se prévaloir d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du créancier. Dans ces trois affaires, la Cour de cassation avait rejeté les prétentions de dirigeants qui souhaitaient engager la responsabilité contractuelle de leur créancier, soit pour leur avoir accordé d'importants crédits sans tenir compte de leurs capacités de remboursement⁶⁰⁵, soit pour leur avoir octroyé un financement en parfaite connaissance de la situation irrémédiablement compromise de leur entreprise⁶⁰⁶, soit encore pour avoir manqué à leur obligation de conseil en ne les informant pas des risques liés aux opérations financières cautionnées⁶⁰⁷. Les dirigeants des entreprises concernées avaient

« l'obligation d'informer n'existe que si la caution ne connaît pas ou ne devait pas déjà connaître les informations litigieuses, eu égard notamment à ses qualités et/ou sa proximité avec le débiteur. » (M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université, Paris, Sirey, 2014). Il s'agira d'affiner ce constat et éventuellement de l'infirmier au regard des décisions récemment rendues par la Cour de cassation.

603 V. AVENA-ROBARDET, « La situation irrémédiablement compromise du débiteur exploitée par la caution », *D.* 2003, n° 33, p. 2308.

604 J.-P. LEGROS, ref. par J.-J. ANSAULT, « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in *J.-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2013, Fasc. 36-50, n° 51.

605 Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-13.441, inédit.

606 Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088 : *Bull. civ.* IV, n° 95 ; *RTD com.* 1999, p. 733, obs. M. Cabrillac.

607 Cass. com., 11 mai 1999, n° 95-22.042, inédit.

tous été considérés comme des professionnels expérimentés et des contractants avertis. Le Professeur Dominique Legeais estimait que ces arrêts avaient pour ambition de limiter la portée de la décision de la décision du 23 juin 1998 et de réserver la responsabilité des créanciers aux seules cautions profanes⁶⁰⁸.

Cette position doit être étudiée à l'appui des solutions rendues par la Chambre commerciale ce jour-là. Dans la première affaire, la Cour de cassation avait affirmé que le crédit avait été sollicité par le dirigeant selon un plan de financement sérieux et que le banquier n'avait pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client pour apprécier l'opportunité du financement sollicité⁶⁰⁹. Dans le second arrêt (le seul publié au Bulletin), la Chambre commerciale affirma que même si la banque connaissait la situation obérée de l'entreprise à laquelle elle avait accordé un important découvert en compte-courant, il n'était pas démontré que le dirigeant ignorait cette situation en raison de circonstances exceptionnelles⁶¹⁰. Enfin, dans la dernière décision, la Cour de cassation avait décidé qu'une banque ayant accordé des crédits à un homme d'affaires expérimenté ne pouvait pas se voir reprocher un manquement à son obligation de conseil pour ne pas avoir mentionné les risques inhérents aux opérations montées par le dirigeant⁶¹¹. Le point commun entre ces différentes décisions est bien évidemment la rigueur dont avait fait preuve la Chambre commerciale à l'égard des dirigeants de ces sociétés qui souhaitaient engager la responsabilité contractuelle du créancier.

Cependant, ces arrêts ne peuvent raisonnablement pas être utilisés pour affirmer que la caution dirigeante est limitée dans son action en responsabilité contre un créancier qui manquerait à son obligation précontractuelle d'information pour la bonne et simple raison que les demandeurs n'étaient pas à proprement parlé des cautions dirigeantes mais les dirigeants ès-qualités de représentant légal de la société empruntrice.

146. – L'emprunteur-dirigeant : un emprunteur irréfragablement averti. Ces décisions ne limitent donc pas l'action des cautions dirigeantes mais celle des emprunteurs dirigeants. L'amalgame est d'autant plus grossier

608 D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *JCP E* 1999, p. 1730.

609 Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-13.441, inédit.

610 Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088 : *Bull. civ. IV*, n° 95 ; *RTD com.* 1999, p. 733, obs. M. Cabrillac.

611 Cass. com., 11 mai 1999, n° 95-22.042, inédit.

que la principale décision citée par les commentateurs – celle publiée au Bulletin – concernait un entrepreneur individuel qui était tenu sur ses biens personnels sans avoir contracté de cautionnement. L'arrêt s'intéressant uniquement au sort du dirigeant-emprunteur, il n'était pas possible d'en déduire le sort réservé aux cautions dirigeantes. Certaines autres décisions invoquées par la doctrine allaient dans le même sens et se contentaient de distinguer les emprunteurs-avertis des emprunteurs-profanes. L'emprunteur-averti est sévèrement écarté de l'action en responsabilité contre le créancier, non seulement parce qu'il a lui-même sollicité le prêt mais également parce qu'aucun élément ne permet *a priori* de justifier que le créancier connaisse mieux la situation financière de sa société que lui⁶¹².

L'éventuelle transposition de l'arrêt du 23 juin 1998 à d'autres situations ne pouvait ainsi être évaluée avec ces trois décisions, ni même avec une décision plus récente qui ne fit que confirmer cette différence et préciser son importance⁶¹³. Dans un arrêt du 15 avril 2008, la Cour de cassation estima, en effet, que le demandeur « *en sa qualité de gérant de la société connaissait parfaitement les engagements de celle-ci envers la banque, ce dont il résultait qu'il n'était pas fondé, à défaut de circonstances exceptionnelles non alléguées, à mettre en cause la responsabilité de la banque* ». *A priori*, la lecture de cette solution pourrait laisser penser que la caution dirigeante n'est créancière d'aucune obligation précontractuelle d'information. Cependant, il faut lire attentivement les faits de l'arrêt pour comprendre qu'il ne s'agissait pas, une fois de plus, de l'action dont bénéficie la caution, mais de celle dont ne bénéficie pas l'emprunteur dirigeant ! En effet, bien que ce soit la caution qui soit assignée en paiement, cette dernière n'invoqua pas le manquement à une obligation qui lui causa personnellement préjudice mais elle se prévalut de celui dont aurait été victime sa société, estimant qu'elle était « *en droit de se prévaloir dans ses rapports avec le créancier d'une faute de ce dernier à l'égard du débiteur principal* ».

La caution n'a donc aucun intérêt à se substituer à la faute que sa société aurait éventuellement subi mais devrait davantage se pencher sur l'obligation

612 Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 02-13.155 : *Bull. civ. I*, n° 324 et n° 03-10.770 : *Bull. civ. I*, n° 325. Selon la première Chambre civile de la Cour de cassation, l'emprunteur profane doit au contraire bénéficier d'un devoir de mise en garde de la part de la banque.

613 Cass. com., 15 avril 2008, n° 07-12.346, inédit. Dans les faits, le gérant d'une société s'était porté caution des dettes contractées par son entreprise auprès d'un établissement bancaire. L'entreprise cautionnée bénéficia d'une liquidation judiciaire et la banque assigna la caution dirigeante en exécution de son engagement. Le dirigeant décida alors de se prévaloir de la faute commise par le créancier qui avait, selon elle, commis une faute en laissant fonctionner le compte de sa société.

précontractuelle d'information dont elle est elle-même personnellement titulaire. S'il est possible de dire que l'obligation précontractuelle d'information du créancier est amoindrie lorsque le crédit est demandé par un dirigeant expérimenté⁶¹⁴, il était important de rappeler qu'aucun de ces arrêts ne permettait de transposer cette affirmation à la caution dirigeante.

II – L'action en responsabilité pour manquement du créancier à son devoir de loyauté

147. – Plan. Les précédentes démonstrations permettent d'affirmer que les cautions dirigeantes sont en mesure de renverser la présomption simple de connaissance pesant sur elles et sont ainsi recevables dans leurs actions en responsabilité dirigée contre le créancier. Il faut néanmoins avouer qu'elles devront réunir des conditions qui n'incombent pas à toutes les cautions pour que leurs prétentions aboutissent (A).

Pourtant, loin d'isoler les cautions dirigeantes, le sujet de l'obligation précontractuelle d'information témoigne désormais du nouveau visage de ces cautions. L'hypothèse de la faute grave du créancier démontrait déjà que la qualité de dirigeant était parfois indifférente. La mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle du créancier en cas de manquement simple à l'obligation de contracter de bonne foi démontrera, à son tour, que les cautions dirigeantes ne sont plus des exceptions du droit du cautionnement et qu'elles font seulement partie de la nouvelle catégorie des *cautions présumées averties en raison de leurs compétences professionnelles* (B).

A) La recevabilité de l'action engagée par une caution dirigeante

148. – La réaffirmation d'une obligation précontractuelle d'information au bénéfice des cautions dirigeantes. C'est sur le modèle de l'arrêt du 23 juin 1998, en se détachant complètement de la notion de dol, que la Cour de cassation accepta que le créancier puisse engager sa responsabilité

⁶¹⁴ La Chambre mixte de la Cour de cassation confirma cette distinction entre emprunteurs-profanes et emprunteurs-avertis et alla même plus loin en appliquant cette division au sein même d'un couple de co-emprunteurs. Elle décida ainsi que l'époux était un emprunteur-averti car il était en mesure d'appréhender, compte tenu de son expérience professionnelle, la nature et les risques de l'opération qu'il envisageait avec son épouse et que la banque n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients et n'avait ni devoir de conseil, ni devoir d'information envers lui. En revanche, l'épouse co-emprunteuse était potentiellement non-avertie et bénéficiait, à ce titre, d'un devoir de mise en garde de la part de la banque (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 06-11.673 : *Bull. civ.*, n° 8).

contractuelle à l'égard d'une caution dirigeante⁶¹⁵. Dans une décision en date du 8 juillet 2003⁶¹⁶, l'intention dolosive avait été écartée par la première Chambre civile de la Cour de cassation mais il était certain que la banque avait eu connaissance de la situation financière du débiteur principal au jour de la conclusion du contrat de cautionnement et qu'elle n'avait pas communiqué cette information pertinente à la caution. Dans les faits, un dirigeant s'était porté caution solidaire des dettes de sa société le 26 mai 1982 envers un établissement bancaire. Le 30 avril 1982, soit un mois avant la conclusion du contrat, la banque avait émis une note interne dans laquelle elle écrivait à propos de la société débitrice principale : « *Très mauvaise cotation. Signature écartée. Nombreux incidents de paiement. M. X (la caution) sait-il bien où il met ses billes ?* ». Cette crainte, émise par le supérieur hiérarchique du directeur de l'agence bancaire, ne fut jamais communiquée à la caution. Suite à la liquidation judiciaire de la société, la banque assigna le dirigeant à titre personnel. La cour d'appel d'Aix-en-Provence condamna la caution à payer à la banque les sommes dues par sa société. À l'occasion de son pourvoi, la caution soutenait que son engagement était nul en ce que la banque savait, lorsqu'il avait signé, que la situation de la société débitrice était lourdement obérée et ne lui en avait jamais fait part. La prétention fondée sur le dol fût écartée par la première Chambre civile qui considéra que la réticence dolosive n'était pas caractérisée⁶¹⁷. En revanche, elle affirma que la cour d'appel aurait dû répondre aux conclusions de la caution dirigeante selon lesquelles le comportement de l'établissement bancaire à son égard constituait un manquement à son obligation de loyauté. En cassant un arrêt de cour d'appel qui n'avait pas répondu aux conclusions d'une caution dirigeante soutenant que le créancier connaissait la situation du débiteur principal au jour du contrat de cautionnement, la Cour de cassation permit aux cautions dirigeantes de se prévaloir d'un tel fondement, entièrement dissocié du dol, mais n'en précisa pas pour autant les conditions (les faits ne s'y prêtant pas).

615 Si auparavant l'obligation d'information au stade précontractuel était intrinsèquement liée à la réticence dolosive, « *au nom d'un impératif de bonne foi* », les juges retiennent désormais une obligation d'information à la charge du créancier bénéficiaire d'un cautionnement, indépendamment de toute référence au dol (Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 65, p. 54).

616 Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2003, n° 01-02.664, inédit : *D.* 2003, p. 2308, obs. V. Avena-Robardet ; *Bull. Joly* 2003, p. 1272, note P. Scholer.

617 « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.* »

149. – Les conditions de l'action engagée par une caution dirigeante.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation procéda à l'identique à l'occasion d'une décision rendue le 20 septembre 2005, affirmant que « *le crédit-bailleur qui détient au moment de la conclusion du cautionnement des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, ignorées par la suite de circonstances exceptionnelles de ces dernières, manque à son obligation de contracter de bonne foi s'il communique pas* »⁶¹⁸. Cette solution s'inscrit volontiers dans la lignée de la première Chambre civile et posa en sus les conditions que la Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion d'évoquer dans ses précédentes décisions (qui se contentaient de reconnaître théoriquement une telle action aux cautions dirigeantes). À cette occasion, la Chambre commerciale réitéra donc sa position concernant l'existence d'une obligation précontractuelle d'information dont le créancier est redevable à l'égard d'une caution dirigeante et s'expliqua sur les conditions de mise en oeuvre de celle-ci.

Selon cet arrêt, la caution dirigeante doit avoir une raison légitime d'ignorer les informations connues du créancier. La caution dirigeante est, en effet, présumée détenir toutes les informations nécessaires sur sa société et/ou sur le projet cautionné. Dans les faits, le franchiseur et le crédit-bailleur détenaient une étude d'impact et des études préliminaires sur l'état du secteur qui démontraient que l'opération était très risquée, voire non viable. La caution dirigeante n'ayant pas eu connaissance de ce dossier, la Cour de cassation avait ainsi estimé que le créancier avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard de la caution en ne communiquant pas l'étude qui était en sa possession. La responsabilité contractuelle du créancier avait ainsi pu être engagée car celui-ci détenait des informations que la caution ignorait effectivement par sa faute. La caution dirigeante était donc en droit d'engager la responsabilité contractuelle du créancier lorsqu'elle n'avait pas été en mesure d'apprécier le risque de l'opération et, plus largement, la portée du cautionnement.

Il est possible d'affirmer que le créancier est tenu d'une obligation précontractuelle d'information lorsque le débiteur principal est dans une situation financière irrémédiablement compromise⁶¹⁹ ou que l'opération cautionnée n'est manifestement pas viable et que la caution ignore cette

618 Cass. com., 20 sept. 2005, n° 04-10.856 : *Bull. civ.* III, n° 166 ; *RLDC* 2005/22, n° 901, p. 10, obs. C. Le Gallou.

619 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 85, p. 85.

information par la faute de son cocontractant. La faute du créancier réside en réalité dans *l'asymétrie d'informations*⁶²⁰.

150. – L'existence de « circonstances exceptionnelles », la principale condition de recevabilité. La Cour de cassation souhaite sanctionner le comportement d'un contractant qui ne prend pas la peine de révéler toutes les informations pertinentes qu'il détient à son cocontractant. Un tel comportement est certes moins grave que celui qui avait été adopté dans l'arrêt du 23 juin 1998 – être à l'origine de la *catastrophe* – mais il n'en reste pas moins fautif. La Cour de cassation expliqua clairement dans cette décision que le fait de ne pas communiquer certaines informations à son cocontractant, créant ainsi une inégalité informationnelle, revient à contracter de mauvaise foi. Le créancier ne doit donc pas avoir nécessairement l'intention de tromper la caution (comportement dolosif) mais doit être *a minima* conscient que la caution n'est pas titulaire de l'information pour manquer à son obligation de contracter de bonne foi. Dans la décision rendue par la Chambre commerciale le 23 juin 1998, la simple demande de cautionnement pour une opération inévitablement vouée à l'échec constituait un « *signal de la mauvaise foi* »⁶²¹ du créancier. Dans l'arrêt du 20 septembre 2005, le simple fait de laisser la caution dans une situation d'infériorité informationnelle suffit à caractériser la mauvaise foi. Cependant, comme ce comportement est moins grave que le fait de solliciter un cautionnement en parfaite connaissance de la catastrophe qui va se produire, la caution dirigeante ne pourra engager la responsabilité du créancier que si elle a de bonnes raisons d'ignorer les informations détenues par son cocontractant. Il est donc possible d'affirmer que le créancier qui finance un projet sans avoir créé les conditions de la catastrophe n'est pas aussi sévèrement responsable que le créancier qui conçoit et finance un projet non viable. Le comportement du créancier consistant simplement à créer un déséquilibre informationnel n'est pas grave au point de le condamner *per se*, sans prendre en compte la qualité de la caution. La caution dirigeante devra donc justifier son ignorance par la démonstration de circonstances exceptionnelles⁶²². Selon Xavier Delpech, « *la Cour de*

620 Expression empruntée à X. DELPECH, « L'asymétrie d'information, cause de responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *D.* 2005, p. 2588.

621 C. CHAMPAUD, D. DANET, « Cautionnement. Dirigeant. Crédit-bail. Absence de viabilité de l'opération. Responsabilité du créancier », *RTD com.* 1999, n° 3, p. 683.

622 Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681 : *Bull. civ.* IV, n° 284 ; *JCP E* 1998, p. 182, obs. D. Legeais. Dans cette décision, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par le

*cassation pose une condition supplémentaire, dont sont dispensés les débiteurs profanes : il faut des circonstances exceptionnelles »*⁶²³. Les cautions dirigeantes ne pourraient donc engager la responsabilité précontractuelle du créancier que si elles prouvent que des circonstances exceptionnelles les ont empêchées de connaître l'information qu'elles sont censées connaître eu égard à leurs fonctions dans la société cautionnée.

151. – L'ignorance d'une information pertinente, l'autre condition de recevabilité. Selon l'arrêt commenté, la caution doit justifier son comportement en expliquant pourquoi le créancier détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations qu'elle-même ignorait. Il convient de rappeler que conformément à la définition même de l'obligation précontractuelle d'information, seule l'ignorance (légitime) d'une information pertinente est susceptible de mettre en jeu la responsabilité du créancier, une information pertinente étant celle qui détermine le consentement d'une partie⁶²⁴.

Cependant, les modalités d'appréciation de la pertinence d'une information ne sont pas faciles à déterminer. En effet, si l'on estime que c'est la partie en possession de l'information qui doit procéder à l'examen du caractère pertinent, cela signifie qu'elle doit évaluer son éventuelle influence sur le consentement de son cocontractant (à sa place) avant de procéder à sa révélation. De ce fait, si elle estime que l'information est sans intérêt dans le choix de contracter, le contractant ne serait tenu d'aucune obligation d'information. Cette situation est complexe car elle revient à laisser l'appréciation du caractère déterminant de l'information à un seul contractant qui déterminera unilatéralement l'étendue de ses obligations. De plus, cette option ne constitue pas un gage de sécurité juridique car un contrôle *a posteriori* du caractère pertinent de l'information conduirait à un plus grand nombre de conventions défectueuses. Il serait davantage logique d'imposer à chaque partie de délivrer les informations qu'elle détient dès lors qu'elle sait que son cocontractant l'ignore. Ce dernier, une fois informé, sera

gérant d'une société qui souhaitait engager la responsabilité d'une banque qui avait, selon lui, abusivement octroyé des crédits à sa société (irrémédiablement compromise) sans démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles légitimant son ignorance (sur la situation financière de sa société). Cette solution fût notamment dupliquée dans l'arrêt très commenté du 11 mai 1999 (Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088 : *Bull. civ.* IV, n° 95 ; *RTD com.* 1999, p. 733, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 1999, p. 1730, obs. D. Legeais).

623 X. DELPECH, *op. cit.*, p. 2588.

624 S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC* 2012/97, n° 4838, p. 87.

normalement en mesure de donner un consentement libre, éclairé et exempt de vices et ne pourra pas se prévaloir du comportement opaque de l'autre partie. La notion de « transparence » semble imposer au créancier de révéler toutes les informations dont il dispose et de laisser l'examen du caractère pertinent aux bons soins de son partenaire contractuel⁶²⁵.

La Cour de cassation souhaite ainsi sanctionner le comportement d'un créancier qui contracte en parfaite mauvaise foi avec une caution, fut-elle dirigeante. L'intensité de l'obligation précontractuelle d'information dépend cependant de deux paramètres : la gravité du comportement du créancier et la qualité de la caution. Face à un acte grave et inacceptable à l'égard de la « communauté financière et commerciale »⁶²⁶, le défaut de loyauté du créancier sera sanctionné *per se* car il n'est pas envisageable de laisser une telle faute délibérée impunie. En revanche, lorsque la faute du créancier consiste simplement à ne pas révéler une information pertinente à la caution, la qualité de celle-ci sera à nouveau prise en compte.

B) Un régime de responsabilité participant à une redéfinition de la « caution dirigeante »

152. – De la caution intéressée et intégrée. La caution dirigeante a toujours fait l'objet de présomptions qui l'ont écartée du régime applicable aux *quidam* du droit du cautionnement. Elle fut tout d'abord présumée « intéressée » par la jurisprudence qui considérait que les cautions ayant un intérêt financier à la conclusion du contrat de cautionnement devaient être considérées comme des cautions averties. Puis, elles furent présumées « intégrées » aux affaires du débiteur principal afin de les différencier des cautions profanes qui étaient complètement étrangères à la gestion de la société cautionnée. Lorsque la Cour de cassation présumait que la caution dirigeante était intéressée ou intégrée aux affaires de la société cautionnée, celle-ci pouvait difficilement renverser la présomption qui pesait sur elle et démontrer qu'elle était désintéressée – puisqu'elle avait manifestement un

625 Ce débat sur l'appréciation du caractère pertinent permet de faire une césure très nette avec le dol pour lequel le contractant connaît le caractère pertinent et déterminant de l'information et choisit volontairement de ne pas la révéler pour pousser son cocontractant à s'engager. L'intérêt d'avoir élaboré une obligation précontractuelle d'information d'origine jurisprudentielle ne peut pas être contredite si l'on estime que le manquement à cette obligation et la réticence dolosive visent deux comportements radicalement différents.

626 C. CHAMPAUD, D. DANET, « Cautionnement. Dirigeant. Crédit-bail. Absence de viabilité de l'opération. Responsabilité du créancier », *RTD com.* 1999, n° 3, p. 683.

intérêt patrimonial au cautionnement – ou qu'elle n'était pas étrangère aux affaires d'une société qu'elle dirigeait. La caution dirigeante était ainsi irréfragablement présumée avertie⁶²⁷.

La jurisprudence comprit ensuite que certaines cautions étaient certes intéressées et intégrées mais qu'elles n'étaient pas pour autant toujours informées. Les cautions dirigeantes devenaient alors des cautions présumées informées de la situation financière de leur société, en mesure de renverser cette présomption en démontrant l'existence de circonstances exceptionnelles légitimant leur ignorance. En effet, si les cautions dirigeantes sont effectivement intégrées aux affaires de leur société, en pratique, il a été démontré qu'elles ne disposent pas toujours des informations leur permettant de mesurer la portée réelle de leur engagement.

153. – À la caution informée. Un arrêt de la cour d'appel de Caen⁶²⁸ illustre ce constat en ayant reconnu la qualité de cautions profanes à un couple de cautions dirigeantes qui s'était porté acquéreur d'un fonds de commerce suite à leur licenciement économique. Ces derniers ne disposaient manifestement d'aucune compétence en gestion d'entreprise ou même en comptabilité puisque la banque – auprès de laquelle ils sollicitaient le prêt pour cette acquisition – leur avait proposé des formations en gestion et analyse financière. La présomption d'information basée sur la qualité de dirigeant peut ainsi supporter une preuve contraire et ainsi permettre aux cautions dirigeantes de bénéficier d'une obligation précontractuelle d'information.

En prouvant leur manque d'information, les cautions dirigeantes peuvent ainsi délier de leurs engagements et légitimer leur ignorance. Désormais, *« seule une connaissance effective et établie peut faire entrer la caution dans la catégorie des cautions avertie »*⁶²⁹. Le créancier doit donc être transparent dans la phase précontractuelle et doit veiller à une *« symétrie des informations »*⁶³⁰ avec la caution, fût-elle dirigeante.

Les contours de l'exception d'ignorance légitime des cautions dirigeantes, amorcée dans le cadre de l'obligation précontractuelle d'information, furent cependant pleinement déterminés par la jurisprudence à propos du devoir de

627 La caution dirigeante étant généralement mieux placée que le créancier pour connaître l'exacte situation de sa société (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN, *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 349, p. 250).

628 Caen, 1^{er} ch., 20 juin 2002, n° 01/00148.

629 P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 352.

630 X. DELPECH, *op. cit.*, p. 2588.

mise en garde et de l'obligation de conseil du créancier à l'égard des cautions dirigeantes, obligations dont l'objet se révèle d'ailleurs être d'une intensité autrement plus conséquente que l'obligation précontractuelle d'information.

Section 2. L'obligation de mise en garde et le devoir de conseil du créancier

154. – Plan. « *L'existence d'un devoir de mise en garde est subordonné à la démonstration d'un risque* »⁶³¹, il consiste à attirer l'attention de la caution sur les dangers de l'opération garantie et sur la portée de son engagement. Le devoir de mise en garde se distingue de la simple obligation précontractuelle d'information en ce qu'il ne se contente pas d'obliger le créancier à délivrer une information brute d'explication, soumise à la libre compréhension de la caution, mais qu'il lui impose en sus d'expliquer tous les dangers liés à cette forme d'engagement à la caution. Selon Jérôme Attard, « *d'un point de vue solidariste, ce devoir peut être utilisé dans une optique d'intérêt général en ce qu'il permet dans une période de crise, à la fois de prévenir des situations de surendettement et de rétablir la confiance des acteurs* »⁶³². En ce qu'il assure une mission d'intérêt général, le devoir de mise en garde devrait ainsi profiter à tous les partenaires contractuels, quelque soit leur qualité. La Cour de cassation a cependant fait de la qualité d'averti de l'emprunteur ou de la caution l'une des conditions d'existence du devoir de mise en garde du créancier⁶³³ (§1).

L'obligation d'information peut parfois aussi s'étendre jusqu'à l'obligation d'inciter son cocontractant à ne pas conclure le contrat, en éclairant ce dernier sur « *l'opportunité de l'acte, ses avantages et ses inconvénients* »⁶³⁴. L'obligation de conseil consiste ainsi à dissuader la caution de contracter une convention que le créancier a pourtant lui-même sollicité. Par ailleurs, conseiller au dirigeant de ne pas conclure le contrat de cautionnement revient

631 M. STORCK, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », in *Problématiques autour du droit du crédit*, Colloque tenu à l'Université Robert Schuman de Strasbourg le vendredi 20 juin 2008, *RLDA* 2008/31, n° 1907, p. 82.

632 J. ATTARD, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », *RTD com.* 2011, n° 1, p. 11.

633 D. LEGAIS, « Conditions de la responsabilité d'une banque à l'égard d'un dirigeant pour la fourniture d'un crédit excessif », *Rev. sociétés* 2012, n° 10, p. 562.

634 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 777, p. 389.

indirectement à refuser la conclusion du contrat principal et à juger l'opération financière et/ou le sauvetage de l'entreprise non opportuns. Or, en principe, le devoir de non-ingérence du créancier lui impose de ne pas s'immiscer dans les affaires de l'emprunteur et à ne pas apprécier l'opportunité de l'opération envisagée⁶³⁵. Dès lors, existe-t-il réellement un devoir de conseil à la charge du bénéficiaire du cautionnement, imposant à ce dernier de refuser de contracter un cautionnement lorsque la situation financière du débiteur principal est irrémédiablement compromise ? Selon le Professeur Philippe Dupichot, « *il ne le semble pas, tout au moins pas encore* »⁶³⁶ (§2).

§ 1 : Le manquement du créancier à son obligation de mettre en garde la caution dirigeante

155. – Plan. *« Le crédit a été accordé à l'emprunteur, particulier ou entreprise, alors qu'il n'aurait pas dû l'être. La caution peut en premier lieu invoquer la faute commise envers l'emprunteur lui-même. Si ce dernier est emprunteur averti, la Cour de cassation considère que la responsabilité de l'établissement de crédit ne peut être engagée que s'il est établi que ce dernier disposait d'informations sur ses capacités de remboursement, sa situation financière ou sur les risques de l'opération financée que l'emprunteur aurait ignorés. Lorsque l'emprunteur est profane, l'établissement de crédit peut engager sa responsabilité fondée sur un devoir de mise en garde. La faute consiste alors en un manquement au devoir de se renseigner qui conduit à la fourniture d'un crédit inadapté aux facultés de remboursement de l'emprunteur. La faute consiste à ne pas avoir alerté*

635 L'article L. 533-13 du Code monétaire et financier oblige notamment l'établissement bancaire à s'enquérir de la situation financière et de la viabilité du projet de son cocontractant afin de lui recommander les produits les plus opportuns ou la gestion la plus adaptée. Le cocontractant doit, à ce titre, communiquer toutes les informations requises afin que sa situation soit utilement appréciée. S'il ne le fait pas, il ne pourra pas invoquer une faute professionnelle du créancier qui n'a pas conseillé le meilleur financement ou lui reprocher de ne pas l'avoir mis en garde contre les risques puisque le II, alinéa 2 de cet article dispose « *lorsque les clients, notamment les clients potentiels, ne communiquent pas les informations nécessaires ou lorsque les prestataires estiment, sur la base des informations fournies, que le service ou l'instrument ne sont pas adaptés, les prestataires mettent en garde ces clients, préalablement à la fourniture du service dont il s'agit* ». Il ressort de cette disposition que le créancier est seulement tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard de son client et qu'il a seulement l'obligation professionnelle de lui proposer le produit le plus adapté à sa situation et, en aucun cas, d'un devoir de conseil lui imposant de le convaincre de ne pas conclure d'emprunt.

636 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 87, p. 87-88.

l'emprunteur profane sur le risque encouru. Plus précisément, l'établissement de crédit doit mettre en garde l'emprunteur au regard non seulement des "charges du prêt" mais aussi de la capacité financière et du risque de surendettement (...) La caution peut aussi se prévaloir d'un manquement au devoir de mise en garde à son égard dès lors qu'il est établi que le crédit est excessif et que la caution est non avertie de ce que contrôle la Cour de cassation. »⁶³⁷

Le devoir de mise en garde ne consiste pas à refuser l'octroi d'un crédit excessif. Contrairement au devoir de conseil, il impose seulement au créancier de mettre en garde l'emprunteur ou la caution sur les risques de l'opération cautionnée, eu égard au risque d'endettement et à leurs capacités financières⁶³⁸. La jurisprudence subordonne l'existence d'un devoir de mise en garde du créancier à la réunion de deux conditions : le crédit doit présenter un risque d'endettement excessif (I) et la caution ne doit pas être un contractant averti (II). Jusqu'à très récemment, la Cour de cassation considérait que le créancier n'était pas tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution dirigeante ou d'un emprunteur dirigeant, contractants présumés avertis. Cependant, de récentes décisions démontrent que la Cour de cassation a radicalement modifié sa position à l'égard des cautions dirigeantes.

I – L'appréciation du caractère excessif ou inadapté du crédit

156. – Plan. *« La Cour de cassation ne se doutait peut-être pas que lorsqu'elle décida de mettre à la charge du banquier un devoir de mise en garde sur les risques des crédits octroyés, elle ouvrait la boîte de Pandore. Le contentieux ne tarit pas, bien au contraire, et la Cour de cassation est sans cesse amenée à préciser sa jurisprudence »⁶³⁹.*

Dans un premier temps, la Cour de cassation se contentait de constater qu'un crédit excessif avait été consenti à un contractant non-averti pour admettre l'existence d'un devoir de mise en garde à la charge du créancier⁶⁴⁰. A

637 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 292, p. 217-218.

638 D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité d'une banque à l'égard d'un dirigeant pour la fourniture d'un crédit excessif », *Rev. sociétés* 2012, n° 10, p. 562.

639 P. JOURDAIN, « Nouvelles précisions sur les conditions et la preuve du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RTD civ.* 2010, n° 1, p. 109.

640 D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité d'une banque à l'égard d'un dirigeant pour la fourniture d'un crédit excessif », *Rev. sociétés* 2012, n° 10, p. 562. Si l'emprunteur ou la caution était considéré comme une personne non-avertie, le créancier était obligatoirement tenu de mettre en garde son cocontractant contre un risque d'endettement

contrario, la Cour de cassation estimait que si l'emprunteur ou la caution présentait la qualité de contractant averti, il n'était pas nécessaire d'examiner le caractère excessif du crédit. Par ailleurs, la Cour de cassation considérait que les dirigeants (ès-qualités d'emprunteur ou de caution) ne devaient pas être considérés comme des cautions non-averties, de sorte que ceux-ci n'étaient pas créanciers d'un quelconque devoir de mise en garde.

Cependant, depuis un arrêt du 18 février 2009⁶⁴¹, la Cour de cassation considère que les juges du fond doivent préalablement examiner s'il existait un risque d'endettement excessif au jour de la conclusion du prêt, la qualité de la caution ou de l'emprunteur étant désormais appréciée dans un second temps (A). Trois années passèrent avant que la Cour de cassation précise les nouvelles règles probatoires attachées à ce revirement. Contre toute attente, elle décida que la preuve du caractère excessif du crédit ne s'opérerait plus de la même façon à l'égard d'un emprunteur-dirigeant qui doit continuer à renverser la présomption pesant sur lui et d'une caution dirigeante qui bénéficie désormais d'un allègement de la charge de la preuve (B).

A) Un examen liminaire du risque d'endettement excessif

157. – La qualité du contractant : une condition autrefois prioritaire.

Depuis que la Chambre mixte de la Cour de cassation s'est prononcée le 29 juin 2007⁶⁴² sur le devoir de mise en garde du créancier, la responsabilité de celui-ci ne peut être engagée que si deux conditions sont réunies : la caution ou l'emprunteur est un contractant non-averti et il existait un risque d'endettement excessif (du débiteur principal) au jour de la conclusion du contrat. La formulation des arrêts rendus par la Chambre mixte et l'utilisation des termes « *et, dans l'affirmative* » suggéraient que la qualité de la caution ou de l'emprunteur était la première condition à examiner et qu'il convenait, dans un second temps seulement, d'apprécier le caractère excessif du crédit : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si Mme Y... était non avertie et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la banque justifiait*

excessif.

641 Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 2009, p. 1179, note J. Lasserre-Capdeville ; *D.* 2009, p. 747, P. Chauvin et C. Creton ; *RDI* 2009, p. 235, note H. Heugas-Darraspen ; *JCP G* 2009, II 10091, note A. Gourio ; *RTD civ.* 2009, p. 536, obs. P. Jourdain.

642 Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 : *Bull. ch. Mixte*, n°s 7 et 8 ; *D.* 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre ; *JCP G* 2007, II 10146, note A. Gourio ; *JCP E* 2007, 2015, note D. Legeais ; *JCP E* 2006, 2775, note D. Houtcieff.

avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de Mme Y... et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Il ressortait de cette solution que les juges du fond devaient procéder à un examen successif de ces deux conditions. Premièrement, il leur incombait de déterminer *in abstracto* si la caution était avertie ou non-avertie, puisque seule cette dernière pouvait engager la responsabilité du créancier. Ensuite – et uniquement si la caution était qualifiée de non-avertie –, les juges du fond devaient vérifier si le crédit présentait effectivement un risque eu égard aux capacités financières de l'emprunteur⁶⁴³. *A contrario*, si la caution ou l'emprunteur était considéré comme averti (dans la négative), il n'y avait pas lieu d'examiner le caractère excessif du crédit. Selon certains auteurs, « *de nombreux arrêts laissaient même l'impression que cette seconde condition était éclipsée par la constatation de la première : en présence d'un emprunteur non-averti, la mise en garde s'imposait* »⁶⁴⁴.

158. – L'existence d'un risque d'endettement excessif : une condition désormais liminaire. Conformément aux arrêts rendus par la Chambre mixte le 29 juin 2007, les juges du fond contrôlaient en premier lieu le caractère non-averti de la caution ou de l'emprunteur pour savoir si ceux-ci étaient créanciers d'un devoir de mise en garde. C'était la qualité de la caution ou de l'emprunteur qui déterminait l'existence d'un devoir de mise en garde, de sorte que, face à une caution ou un emprunteur non-averti, le créancier devait systématiquement vérifier le risque d'endettement excessif. Cependant, depuis l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 18 février 2009⁶⁴⁵, l'ordre d'appréciation des conditions s'est inversé : c'est désormais la preuve du risque d'endettement excessif qui détermine l'existence d'un devoir de mise en garde du créancier. Selon la Cour de cassation, la condition relative au caractère averti de l'emprunteur ou de la caution ne nécessite pas d'être examinée tant que le risque d'endettement excessif n'est pas prouvé par la caution ou l'emprunteur. Il

643 Il ne s'agit pas de contrôler la disproportion de l'engagement d'une caution par rapport à ses capacités financières – comme dans le cadre du principe légal ou jurisprudentiel de proportionnalité – mais de s'assurer que le crédit accordé au débiteur principal était adapté à ses facultés de remboursement.

644 P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 109.

645 Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 2009, p. 1179, note J. Lasserre-Capdeville ; *D.* 2009, p. 747, P. Chauvin et C. Creton ; *RDI* 2009, p. 235, note H. Heugas-Darraspen ; *JCP G* 2009, II 10091, note A. Gourio ; *RTD civ.* 2009, p. 536, obs. P. Jourdain.

ressort de cette décision que le risque d'endettement excessif doit être apprécié en premier par les juges du fond (avant la qualité de la caution ou de l'emprunteur) et que la preuve de ce risque incombe à l'emprunteur ou à la caution. Si le caractère excessif du crédit est prouvé (par la caution ou l'emprunteur), les juges du fond examineront ensuite le caractère averti ou non-averti du contractant pour savoir s'il était effectivement créancier d'un devoir de mise en garde au jour de la conclusion du contrat. En revanche, si la caution ou l'emprunteur ne démontrent pas que les prêts litigieux étaient inadaptés, la Cour de cassation considère que le créancier n'était tenu d'aucun devoir de mise en garde à son égard et qu'il n'était pas nécessaire d'apprécier leur qualité⁶⁴⁶.

En l'absence de risque d'endettement excessif, le créancier ne serait donc pas tenu de mettre en garde la caution ou l'emprunteur non-averti⁶⁴⁷ ; ce qui apparaît finalement logique puisque si le crédit n'est pas excessif, le créancier n'a aucune raison de mettre en garde son cocontractant.

B) Un régime probatoire spécifique aux cautions dirigeantes

159. – La preuve du caractère excessif par une caution dirigeante. Selon l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 février 2009⁶⁴⁸, la preuve du risque d'endettement excessif incombe à l'emprunteur lorsque le crédit est contracté par un dirigeant au nom et pour le compte de sa société. L'emprunteur dirigeant ne peut pas reprocher à une cour d'appel d'avoir omis de rechercher s'il avait été satisfait au devoir de mise en garde, s'il ne l'a pas mise en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi du prêt. La charge de la preuve de l'existence d'un crédit excessif incombe donc à l'emprunteur dirigeant.

Une décision rendue le 11 avril 2012 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation mérite une attention particulière en ce qu'elle modifie le contenu de la preuve que la caution dirigeante doit rapporter pour démontrer que le crédit accordé au débiteur principal était excessif. Si, à l'égard de l'emprunteur dirigeant, la charge de la preuve de la faute du créancier lui

646 Un tel revirement laisse supposer que la qualification de contractant averti ou non-averti ne peut plus s'apprécier *in abstracto* et nécessite désormais une appréciation factuelle.

647 Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2009, n° 08-11.866, inédit : *Gaz. Pal.* 27-28 janv. 2010, n° 28, p. 6, note A. Legoux.

648 Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *Bull. civ.* I, n° 36 ; *D.* 2009, p. 1179, note J. Lasserre-Capdeville ; *D.* 2009, p. 747, P. Chauvin et C. Creton ; *RDI* 2009, p. 235, note H. Heugas-Darraspen ; *JCP G* 2009, II 10091, note A. Gourio ; *RTD civ.* 2009, p. 536, obs. P. Jourdain.

incombe entièrement, la jurisprudence considère qu'à l'égard d'une caution dirigeante, la charge de la preuve ne repose pas exclusivement sur elle. La Cour de cassation était parvenue à cette solution en dissociant les fautes du créancier, sans inverser la charge de la preuve. Dans les faits de cet arrêt du 11 avril 2012⁶⁴⁹, le prêt sollicité devait permettre le démarrage d'une société. Il avait été accordé par le créancier sans que l'emprunteur ne lui présente aucun élément comptable prévisionnel. La cour d'appel – comme la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi – avait estimé, qu'en l'absence d'éléments comptables prévisionnels, le créancier ne s'était pas donné les moyens d'apprécier l'adéquation de ce crédit aux capacités financières de la société et estima, « *sans inverser la charge de la preuve* », que le créancier avait commis une faute engageant sa responsabilité à l'égard de la caution dirigeante.

La Cour de cassation insista d'abord sur le fait qu'elle n'inversait pas la charge de la preuve et s'en expliqua : si le créancier n'a pas à démontrer que le crédit n'était pas excessif et qu'il incombe toujours à la caution dirigeante de prouver cet élément, il doit cependant démontrer qu'il s'était donné les moyens de procéder à une évaluation du risque d'endettement excessif⁶⁵⁰. Ainsi, ce n'est que lorsque le créancier aura demandé tous les documents nécessaires pour procéder à cette évaluation que la charge de la preuve incombera effectivement à la caution dirigeante. Cependant, en vertu de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, la caution dirigeante ne pourra pas se prévaloir d'une telle solution lorsque le créancier aura pris la peine de lui demander les informations permettant d'apprécier ce risque d'endettement excessif (et en aucun cas lorsqu'elle aura refusé de lui les communiquer).

160. – Du devoir de mise en garde à l'obligation de se renseigner.
« *Quelque soit le crédit, la banque est tenue à un tel devoir. Traditionnellement, il était qualifié de devoir de vigilance. Aujourd'hui, le*

649 Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429 : *Bull. civ.* IV, n° 76 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 562, note D. Legeais ; *D.* 2012, p. 1117 ; *RTD com.* 2012, p. 382, obs. D. Legeais.

650 La preuve du caractère excessif du crédit est donc largement facilitée pour la caution dirigeante puisqu'il lui suffit désormais de démontrer l'absence d'évaluation du risque d'endettement pour engager la responsabilité du créancier. Le raisonnement de la Cour de cassation est le suivant : le créancier manque obligatoirement à son devoir de mise en garde dès lors que faute d'éléments lui permettant de considérer que le crédit était excessif, il n'a pas été en mesure d'apprécier le risque et donc de mettre éventuellement en garde la caution contre celui-ci. Si la Cour de cassation prend théoriquement la peine de préciser qu'elle n'inverse pas la charge de la preuve du caractère excessif du crédit, force est de constater, qu'en pratique, elle la renverse chaque fois que le créancier ne se sera pas donné les moyens de se renseigner sur le risque de l'opération.

juge comme le législateur, préfèrent mettre en avant un autre devoir, celui de se renseigner. L'établissement de crédit va, dès lors, être fautif s'il manque à ce premier devoir. C'est ce que confirme l'arrêt. L'absence d'accomplissement du devoir de se renseigner permet de présumer l'existence d'un crédit inadapté. En l'espèce, la preuve de l'inaccomplissement de ce devoir est établie par le fait que le crédit avait été consenti sans que fussent présentés des éléments comptables prévisionnels. La cour d'appel avait dès lors pu en déduire que la banque n'avait pas été en mesure d'apprécier l'adaptation du crédit aux capacités financières de la société. Plus que l'exigence d'un crédit excessif, c'est donc le comportement fautif de la banque qui est en l'espèce stigmatisé »⁶⁵¹.

Ainsi, pour engager la responsabilité du créancier, il ne s'agit plus de démontrer que celui-ci détenait des informations ignorées de la caution dirigeante et a octroyé un crédit excédant les capacités de remboursement de l'emprunteur, la caution peut désormais simplement prouver que le créancier n'a pas recherché les renseignements nécessaires à l'appréciation du risque d'endettement excessif⁶⁵². Le créancier est donc fautif de ne pas avoir demandé les éléments lui permettant d'évaluer le risque de l'opération puisque, en s'abstenant de le faire, il n'a évidemment pas été en mesure de savoir s'il devait mettre en garde la caution non-avertie. Un certain équilibre semble donc avoir été trouvé par la jurisprudence : la preuve du manquement au devoir de mise en garde contre un crédit excessif incombe effectivement à la caution mais, avant cela, le créancier doit prouver qu'il a accompli son devoir de se renseigner sur les risques de l'opération.

Il aurait été absurde et contraire au droit commun des obligations d'imposer à la caution de renseigner le créancier pour être ensuite renseignée, de l'informer pour être mise en garde. La caution n'est donc pas tenue de renseigner le créancier pour être créancière d'un devoir de mise en garde, c'est au créancier de se renseigner pour savoir s'il doit mettre en garde la caution non-avertie⁶⁵³.

651 D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité d'une banque à l'égard d'un dirigeant pour la fourniture d'un crédit excessif », *Rev. sociétés* 2012, n° 10, p. 562.

652 Le créancier est tenu d'un devoir de se renseigner sur les capacités de remboursement de l'emprunteur puisqu'il a le devoir de consentir un crédit adapté aux facultés de remboursement de celui-ci (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 351, p. 253).

653 En revanche, lorsque le créancier aura pris le soin de demander à la caution les documents nécessaires pour apprécier le caractère excessif du crédit, la caution non-avertie devra prouver que le crédit était excessif et que le créancier a manqué à son obligation de mise en garde en ne l'informant pas du risque d'endettement.

II – L'appréciation du caractère averti ou non-averti de la caution

161. – Plan. Dans son rapport annuel pour 2006, la Cour de cassation définissait la caution ou l'emprunteur averti comme un contractant ayant « *un degré de connaissance* » suffisant pour être informé sur les risques encourus tant au regard de ses capacités financières que de la rentabilité de l'opération⁶⁵⁴. Selon Emmanuelle Palvadeau, « *ce rapport propose ainsi de raisonner non pas en termes de connaissance effective mais "d'aptitude à connaître" les risques que représentent l'opération de cautionnement* »⁶⁵⁵. L'emprunteur ou la caution était donc considéré comme un contractant averti lorsqu'il était apte à connaître les risques inhérents au crédit contracté ou cautionné.

Tandis que le législateur était indifférent au niveau de connaissance des cautions personnes physiques, la jurisprudence considérait que les dirigeants étaient présumés détenir toutes les informations nécessaires pour apprécier le risque d'endettement excessif et refusait, en conséquence, d'obliger les créanciers à les mettre en garde contre un risque qu'ils étaient aptes à connaître (sauf s'ils parvenaient à démontrer que ceux-ci détenaient, au jour de la conclusion du contrat, des informations qu'eux-mêmes ignoraient). Cette solution est toujours applicable aux emprunteurs-dirigeants qui demeurent, pour la Cour de cassation, des contractants présumés avertis. Cependant, la jurisprudence a récemment changé de position à l'égard des cautions dirigeantes, estimant que l'implication de la caution dans les affaires de la société empruntrice et la qualité de dirigeant ne suffisent plus à présumer le caractère averti de ce contractant⁶⁵⁶ (A). La distinction entre les cautions averties et les cautions non-averties ne se réalise donc plus en fonction de l'aptitude abstraite à détenir des informations, il est désormais « *question d'une asymétrie de compétence. Lorsque la caution est un interlocuteur averti, c'est-à-dire que sa formation et son expérience lui permettent de voir venir seul le danger, l'asymétrie n'existe pas, ou elle est suffisamment faible pour être ignorée. Si, malgré ses capacités d'analyse, l'homme averti souhaite braver le danger, il n'y a pas à le mettre en garde :*

654 Commission du rapport et des études de la Cour de cassation (présidée par Ch. Charraud), *Rapport annuel de la Cour de cassation 2006 : La cour de cassation et la construction juridique européenne*, Paris, La Documentation Française, 2007, p. 385.

655 E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* 2012, n° 218, p. 36.

656 D. LEGAIS, *op. cit.*, p. 562.

*il aura franchi le pas en toute connaissance de cause »*⁶⁵⁷ (B).

A) Un léger contrôle de qualification de la « caution avertie »

162. – La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 3 février 2009.

*« Revenons brièvement aux origines de cette jurisprudence. La première Chambre civile de la Cour de cassation avait décidé, en 1994, de considérer comme une faute le comportement d'un établissement de crédit ayant accordé un prêt à un agriculteur, alors que la charge annuelle de l'emprunt était supérieure aux revenus de l'exploitation agricole⁶⁵⁸. La Chambre commerciale commença par refuser de se rallier à cette initiative. Lorsque de semblables critiques étaient adressées à une banque, elle répondait qu'il aurait fallu, pour que le comportement de l'établissement de crédit soit critiquable, qu'il dispose, sur la fragilité de la situation financière des emprunteurs, d'informations que les emprunteurs eux-mêmes n'avaient pas⁶⁵⁹. Puis les deux formations rapprochèrent leur jurisprudence, jusqu'à ce que deux arrêts rendus par une Chambre mixte viennent lever toute ambiguïté. Il faut effectuer une distinction : l'emprunteur non averti doit bénéficier, lorsque sa situation est dangereuse, d'une mise en garde ; l'emprunteur averti, lui, ne pourrait se plaindre que si la banque avait sur lui des informations privilégiées dont il ne disposait pas lui-même⁶⁶⁰. La même distinction fut ensuite établie entre cautions averties et cautions non averties »*⁶⁶¹.

À cette époque, la jurisprudence considérait que les cautions et les emprunteurs non-avertis étaient créanciers d'un devoir de mise en garde contre le risque d'endettement excessif mais qu'il leur appartenait de démontrer que le créancier détenait, au jour de la conclusion du contrat, des informations privilégiées sur la situation financière de l'emprunteur ou sur le danger de l'opération qu'eux-mêmes ignoraient. Jusqu'à un arrêt rendu le 3 février 2009 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, les cautions intégrées et intéressées à l'entreprise cautionnée étaient présumées averties et devaient, de ce fait, justifier leur ignorance à propos de ces informations. En effet, la Cour de cassation n'admettait pas qu'une caution

⁶⁵⁷ E. NETTER, « Caution et établissement de crédit : retour sur le devoir de mise en garde et les garanties disproportionnées », *RLDC* 2012/96, n° 4776, p. 23.

⁶⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1994, n° 92-16.142, *Bull. civ. I*, n° 206.

⁶⁵⁹ Cass. com., 26 mars 2002, n° 99-13.810, *Bull. civ. IV*, n° 57.

⁶⁶⁰ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n°s 05-21.104 et 06-11.673, *Bull. civ. ch. mixte*, n°s 7 et 8.

⁶⁶¹ E. NETTER, *op. cit.*, p. 23.

intégrée et intéressée par l'entreprise ne soit pas informée de la situation financière de sa société et qu'un tiers puisse détenir davantage d'informations qu'elle. Plus les cautions étaient intéressées et intégrées à l'entreprise, plus elles devaient être présumées averties, de sorte que les cautions dirigeantes étaient des cautions présumées averties de prédilection.

163. – Une caution intégrée et intéressée n'est pas une caution avertie.

Le 3 février 2009, la Cour de cassation revint cependant sur une décision des juges du fond qui avaient estimé qu'une caution devrait être réputée avertie dès lors qu'elle était intégrée et intéressée à l'entreprise cautionnée⁶⁶².

En l'espèce, la caution avait la qualité d'associée et de compagne du gérant et les juges du fond avaient estimé que cette qualité lui permettait de connaître le fonctionnement et l'état financier de la société et faisait d'elle une caution avertie qui ne pouvait pas se prévaloir d'un devoir de mise en garde du créancier, sauf si elle prouvait que ce dernier avait des informations sur la situation financière de l'emprunteur ou sur le danger de l'opération qu'elle-même ignorait.

Refusant d'assimiler la caution avertie à la caution intégrée ou intéressée aux affaires du débiteur principal, la Cour de cassation affirma *« qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que Mme X... était une caution avertie, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision »*⁶⁶³. Certes, il n'était pas encore question d'une caution dirigeante mais la Cour de cassation affirmait déjà volontiers qu'une caution intégrée à l'entreprise cautionnée et intéressée par les produits financiers cautionnés n'était pas obligatoirement une caution avertie et que les juges du fond ne justifiaient pas légalement leur décision en se déterminant par ce seul motif, ce qui annonçait de bons présages pour les cautions dirigeantes.

164. – Un léger contrôle de qualification de la « caution avertie ».

Commentant cet arrêt du 3 février 2009, le Professeur Dominique Legeais notait que *« trois solutions étaient concevables. La Cour pouvait considérer que ce point relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle pouvait aussi exercer un contrôle lourd, ce qui l'aurait conduite à définir la*

⁶⁶² La détermination de la qualité de « caution avertie » doit être réalisée *in concreto* par les juges du fond au regard des circonstances, de l'expérience et des compétences du dirigeant. Lorsqu'un pourvoi est formé, la Cour de cassation vérifie si cette qualification est justifiée (Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 68, p. 56).

⁶⁶³ Cass. com. 3 févr. 2009, n° 07-19.778, inédit : *JCP E* 2009, 1305, obs. D. Legeais.

caution avertie et à dégager des critères précis de qualification. La Cour de cassation a choisi la voie du contrôle "léger" de motivation. Les juges du fond sont libres de leur appréciation à la condition de justifier précisément la qualification consacrée. La motivation justifiant la qualification doit ainsi être détaillée et cohérente. »⁶⁶⁴

La Cour de cassation refusa ainsi de définir elle-même la « caution avertie ». Cette position peut paraître regrettable lorsqu'on sait à quel point la distinction entre la caution profane et la caution avertie lui est chère, même en l'absence de distinction légale. En effet, tandis que la Cour de cassation s'efforce de maintenir une classification entre les cautions personnes physiques (en dépit de la volonté du législateur), elle refuse paradoxalement de procéder à la définition de la « caution avertie », s'en remettant volontiers à l'appréciation souveraine des juges du fond. La voie empruntée par la Cour de cassation emporta certaines critiques, il lui était reproché de ne pas faire l'effort de fixer des critères d'analyses précis permettant aux juges du fond de rendre des solutions uniformes et de se contenter de recommander aux juridictions de motiver leurs décisions et d'expliquer les faits leur permettant d'affirmer que la caution était avertie.

Cependant, le choix d'opérer un contrôle léger de qualification ne doit pas être considéré comme un acte de lâcheté ou de paresse de la Cour de cassation. Si cette solution du 3 février 2009 consacre le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁶⁶⁵, elle ne les laisse cependant pas dans une incertitude juridique. En affirmant que la caution intéressée ou intégrée n'est pas forcément une caution avertie, la Cour de cassation amorça même un premier critère d'identification de la caution avertie (certes *a contrario* : "la caution avertie n'est pas une caution intégrée ou intéressée") et une nouvelle façon de concevoir la caution dirigeante.

165. – Une caution dirigeante n'est pas une caution avertie. Sans renforcer son contrôle de qualification et après avoir affirmé qu'une caution intégrée ou intéressée n'est pas obligatoirement une caution avertie, la Chambre commerciale de la Cour de cassation précisa (toujours *a contrario*) les modalités de qualification de la « caution avertie » dans un arrêt 11 avril 2012.

⁶⁶⁴ D. LEGEAIS, « Étendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de qualification de caution avertie », *JCP E* 2009, 1305.

⁶⁶⁵ D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité d'une banque à l'égard d'un dirigeant pour la fourniture d'un crédit excessif », *Rev. sociétés* 2012, n° 10, p. 562.

Dans les faits, un dirigeant s'était rendu caution solidaire des concours accordés à sa société (nouvellement créée) et, suite à la liquidation judiciaire de celle-ci, le créancier avait assigné la caution en paiement. Ce dernier soutenait que le dirigeant ayant contracté un emprunt pour les besoins de sa société est présumé être une caution avertie et, qu'en conséquence, le créancier n'était pas tenu d'un devoir de mise en garde à son égard. De façon inédite, la Cour de cassation se prononça en faveur des cautions dirigeantes, affirmant à demi-mots que la seule qualité de dirigeant ne suffisait pas à considérer qu'une caution était avertie⁶⁶⁶. Il appartenait ainsi aux juges du fond de se prononcer sur le caractère averti ou non-averti de la caution, sans pouvoir s'en tenir à sa seule qualité de dirigeant. Lorsque le dirigeant est une personne physique, les juges du fond doivent depuis lors apprécier si, eu égard à sa formation, à ses compétences ou à son expérience, il peut être considéré comme un contractant averti.

Quelques mois après cette décision, la Chambre commerciale de la Cour de cassation se prononça à nouveau sur cette absence de présomption à l'égard des cautions dirigeantes, affirmant cette fois expressément, dans un arrêt du 27 novembre 2012⁶⁶⁷, que la qualité de caution avertie ne saurait résulter du seul statut allégué par le créancier de dirigeant de la société. « *Ainsi, la qualité de dirigeant est insuffisante à qualifier la caution d'avertie si elle n'est pas corroborée par d'autres éléments. Il n'existerait donc pas de présomption de caractère averti attachée à cette qualité (...) Cette solution est frappée au coin du bon sens : tous les dirigeants n'ont pas les mêmes compétences en matière financière, selon leur formation, leur expérience, le type de société qu'ils dirigent. Ils ne sauraient donc être, par principe, tenus pour des cautions averties du seul fait de leurs fonctions. On perçoit en outre, dans cette solution l'expression d'une volonté de ne pas traiter différemment le dirigeant caution des autres cautions.* »⁶⁶⁸

La Chambre commerciale de la Cour de cassation réitéra sans équivoque

666 Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429 : *Bull. civ. IV*, n° 76 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 562, note D. Legeais ; *D.* 2012, p. 1117 ; *RTD com.* 2012, p. 382, obs. D. Legeais : « *Attendu, qu'après avoir relevé que Mme X... [la caution] était titulaire d'une maîtrise de lettres et d'un DESS de l'information et de la documentation et avait exercé des activités de documentaliste, l'arrêt retient qu'elle ne peut pas être considérée, en sa qualité de signataire des actes de prêt concernés, comme gérante avertie de la gestion d'une société commerciale ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'à la date de la mise en place du concours financier, Mme X... [la caution] ne pouvait être regardée comme une caution avertie, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

667 Cass. com., 27 nov. 2012, n° 11-25.967, inédit : *Rev. sociétés* 2013, p. 423, obs. I. Riassetto.

668 I. RIASSETTO, « Devoir de mise en garde envers le dirigeant caution », *Rev. sociétés* 2013, n° 7, p. 423.

cette solution le 5 février 2013, affirmant à nouveau qu'un créancier ne peut s'abstenir de son devoir de mise en garde à l'égard d'une caution du seul fait que celle-ci est le gérant de la société cautionnée car cette seule qualité ne suffit pas à établir qu'il s'agit d'une caution avertie⁶⁶⁹. Les seules fonctions de dirigeant dans la société cautionnée ne permettent ainsi plus de qualifier *in abstracto* une caution dirigeante de « caution avertie ».

Depuis l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 3 février 2009, la jurisprudence a donc donné un nouveau visage à la caution avertie. La caution avertie n'est plus une caution intégrée ou intéressée aux affaires du débiteur principal, la caution avertie n'est plus une caution dirigeante. Il n'existe plus de présomption à l'égard des cautions dirigeantes, toutes les cautions personnes physiques sont donc traitées à l'identique et sont susceptibles d'être créancières d'un devoir de mise en garde. Reste toutefois à définir le nouveau visage d'une caution avertie et les critères permettant désormais de qualifier une caution dirigeante de caution avertie.

B) De rigoureux critères d'identification de la « caution avertie »

166. – Les nouveaux critères d'identification de la caution avertie. Depuis l'arrêt du 11 avril 2012⁶⁷⁰, l'évolution jurisprudentielle à l'égard des cautions dirigeantes est considérable. Auparavant, la Cour de cassation considérait que la caution était présumée avertie, simplement au regard de sa qualité de dirigeant. La caution dirigeante était ainsi censée détenir toutes les informations lui permettant d'apprécier par elle-même le danger de l'opération cautionnée et le risque d'endettement excessif. Désormais, la Cour de cassation refuse toute présomption fondée sur la fonction de dirigeant de la société cautionnée et ne se contente plus d'une aptitude abstraite à détenir et comprendre ces informations.

La Cour de cassation impose désormais aux juges du fond d'apprécier si, dans les faits, la caution dirigeante avait effectivement les compétences nécessaires pour procéder à l'évaluation du risque d'endettement excessif. Les juges du fond doivent ainsi apprécier « *la compétence professionnelle, le niveau intellectuel, la fonction exercée, l'expérience, l'implication, le degré*

669 Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-26.262, inédit. En l'espèce, le co-gérant de SARL cautionnée était âgé de 23 ans, avait exercé son mandat social neuf mois seulement (afin de remplacer une personne en congé maternité) et avait démissionné trois jours après avoir signé le contrat de cautionnement.

670 Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429 : *Bull. civ.* IV, n° 76 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 562, note D. Legeais ; *D.* 2012, p. 1117 ; *RTD com.* 2012, p. 382, obs. D. Legeais.

de complexité du financement, l'accès à l'information »⁶⁷¹ de la caution dirigeante. Seul un examen approfondi de l'ensemble de ces critères par les juges du fond permet de savoir si la caution dirigeante est une caution avertie ou une caution profane.

Depuis cette décision du 11 avril 2012, la caution dirigeante est ainsi devenue une caution personne physique ordinaire qui n'est plus présumée avertie au regard de ses seules fonctions de dirigeant. Les juges du fond doivent procéder exactement de la même façon à l'égard de toutes les cautions personnes physiques et doivent se livrer à un examen concret des compétences de la caution afin de pouvoir éventuellement priver celle-ci d'un devoir de mise en garde du créancier. Plus intéressant encore, la Cour de cassation ne se contente plus de critères approximatifs (compétence professionnelle, niveau intellectuel, fonction exercée, expérience, implication, degré de complexité du financement, accès à l'information), elle requiert avec une rigueur étonnante que la caution dirigeante soit réellement et durablement impliquée « *dans la gestion de la société cautionnée* »⁶⁷² pour qu'elle puisse être qualifiée de contractant averti. Les cautions dirigeantes dépourvues d'expérience professionnelle ou qui ne sont pas réellement impliquées dans la gestion de la société ne peuvent donc plus être considérées comme des cautions averties⁶⁷³.

167. – Les compétences particulières de la caution dirigeante en matière financière. Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 novembre 2012 apporta des précisions fondamentales sur la nature des compétences devant être détenues par une caution dirigeante pour que celle-ci soit considérée comme une caution avertie. Selon cette décision, les dirigeants ne sont des cautions averties que s'ils disposent « *d'une compétence particulière en matière financière les qualifiant pour mesurer les enjeux et les risques de l'opération dans laquelle elles s'engageaient* »⁶⁷⁴. L'existence d'un devoir de mise en garde du créancier ne dépend donc plus

671 D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité d'une banque à l'égard d'un dirigeant pour la fourniture d'un crédit excessif », *Rev. sociétés* 2012, n° 10, p. 562.

672 Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-24.694, inédit.

673 Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-26.262, inédit. Dans cet arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait insisté sur le fait que la caution dirigeante avait exercé un mandat social dans la société cautionnée pour une durée de neuf mois seulement (remplacement congé maternité) et avait démissionné trois jours après la signature du cautionnement, laissant ainsi sous-entendre que la caution n'était ni impliquée, ni intéressée dans la gestion de la société garantie.

674 Cass. com., 27 nov. 2012, n° 11-25.967, inédit : *Rev. sociétés* 2013, p. 423, obs. I. Riassetto.

des informations possédées ou présumées possédées par la caution dirigeante. Cette dernière n'a plus à renverser la présomption qui pesait auparavant sur elle en raison de sa qualité de dirigeant (comme cela est toujours le cas à l'égard des emprunteurs-dirigeants), il est désormais question de son aptitude à comprendre et à mesurer les enjeux et les risques de l'opération cautionnée. De plus, la Cour de cassation n'exige pas qu'elle détienne n'importe quelles aptitudes ou compétences, elle requiert que la caution dirigeante dispose d'une « *compétence particulière en matière financière* ».

« Cette exigence de "*compétence particulière en matière financière*" doit être appréciée *in concreto* au vu de leur formation et de leur expérience. Il convient d'observer qu'il ne s'agit pas d'une vague connaissance générale, mais bien d'une connaissance particulière pour apprécier les risques de l'opération en cause. »⁶⁷⁵ Seules les cautions ayant une telle compétence particulière et participant effectivement à la gestion de leur entreprise seraient donc aptes à mesurer les enjeux et les risques de l'opération cautionnée et éventuellement privées d'un devoir de mise en garde du créancier. Selon la signification et l'intensité que la Cour de cassation entend donner à cette exigence de « *compétence particulière en matière financière* », le nombre de cautions dirigeantes averties pourrait ainsi être considérablement réduit⁶⁷⁶.

Il suffit de citer un arrêt rendu le 18 juin 2013 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation et de souligner l'effort de motivation effectué par les juges du fond sur les compétences particulières de la caution en gestion d'entreprise pour entrevoir l'étendue de cette jurisprudence et la nature de la complexité des compétences exigées d'un dirigeant pour que celui-ci soit qualifié de contractant averti : « *selon son curriculum vitae, [la caution dirigeante] était titulaire d'un DESS d'administration des entreprises, obtenu en 1988, et se prévalait d'une expérience professionnelle de gestion de sociétés/management, et de compétences en stratégie d'entreprises,*

675 I. RIASSETTO, « Devoir de mise en garde envers le dirigeant caution », *Rev. sociétés* 2013, n° 7, p. 423.

676 Sans trop s'avancer, il est d'ores et déjà possible d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'une compétence « générale » en matière financière. Il ne suffit donc pas que la caution dirigeante ait des compétences vagues ou générales dans ce domaine d'activité. La « matière financière » ou le « financement » est un vaste domaine d'activité qui consiste à délivrer des fonds à un particulier, à un foyer, à une entreprise ou encore à un établissement public pour que ceux-ci réalisent une opération économique. En exigeant, une « compétence particulière », la Cour de cassation exige tout simplement que le dirigeant soit un contractant compétent en matière de financement d'entreprise de sorte que, même s'il détient des compétences générales en financement, il ne sera pas considéré comme une caution avertie.

développement commercial et analyse de gestion, acquises dans la banque à compter de 1988, puis dans le courtage d'assurances à compter de 1997, de sorte qu'elle devait être considérée comme avertie »⁶⁷⁷.

168. – De la caution non-avertie à la caution non-professionnelle. En vertu des arrêts précédemment mentionnés, une caution avertie est désormais un contractant qui détient des compétences particulières en matière financière et, plus particulièrement, en financement d'entreprise. Avant de qualifier une caution dirigeante de « caution avertie », les juges du fond doivent ainsi apprécier si, dans les faits, celle-ci disposait effectivement des compétences particulières requises. À cette fin, ils s'intéressent à la nature et au niveau d'études du dirigeant, exigeant que celui-ci dispose d'une formation spécifique en gestion, financement et stratégie d'entreprise ainsi qu'à son expérience professionnelle dans le domaine d'activité cautionné⁶⁷⁸.

La caution avertie n'est ainsi plus une caution informée, une caution intéressée, ni même une caution intégrée à l'entreprise cautionnée, elle est devenue une caution spécialisée en gestion et financement d'entreprise. Même si elle est intéressée par l'opération cautionnée et qu'elle gère les affaires de sa société, elle peut donc être considérée comme une caution non-avertie, dès lors qu'elle n'est pas spécialisée (en raison de ses diplômes et de son expérience) dans le financement et la gestion d'entreprise. La caution avertie (dirigeante ou non-dirigeante) n'est donc, ni plus, ni moins qu'un professionnel du financement d'entreprise. Ainsi, s'agissant du devoir de mise en garde du créancier, la distinction entre les cautions averties et les cautions non-averties reviendrait finalement à distinguer entre les cautions professionnelles et les cautions non-professionnelles puisque les cautions non-professionnelles sont celles qui, bien qu'agissant dans le cadre de leur profession, concluent un contrat sortant de leur spécialité⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-21.283, inédit.

⁶⁷⁸ Une décision récemment rendue par la première Chambre civile de la Cour de cassation s'inscrit dans la droite ligne de la position adoptée par la Chambre commerciale. Les hauts magistrats avaient, en effet, considéré que la caution dirigeante était une caution avertie en ce qu'elle détenait une compétence particulière en gestion et stratégie d'entreprise (voire même une fine connaissance du droit des sociétés), celle-ci ayant elle-même procédé à la transformation de sa société anonyme en société par actions simplifiées en rachetant la totalité des actions. D'autre part, la Cour de cassation appuyait la qualification de contractant averti en précisant que la caution dirigeante avait une grande « *expérience dans le secteur d'activité financé* » (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 2014, n° 13-11.755, inédit).

⁶⁷⁹ G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G* 1979, I 2954. Le contractant non-professionnel se différencie du consommateur en ce qu'il conclut un contrat dans un but professionnel tandis que le consommateur contracte « *sans rapport direct* » avec sa profession.

169. – De l'exigence de compétence particulière à l'obligation d'évaluation. La rigoureuse exigence prétorienne de « *compétence particulière en matière financière* » que doit détenir la caution (dirigeante) pour être qualifiée de caution avertie a pour conséquence corrélative de renforcer l'étendue des devoirs du créancier. « *Cela implique donc pour la banque une obligation d'évaluation des cautions en amont de la signature de l'acte de cautionnement* »⁶⁸⁰.

En effet, le créancier ne doit plus seulement veiller à se faire communiquer les informations lui permettant d'apprécier le risque d'endettement excessif, à apprécier ce risque et à mettre éventuellement en garde la caution non-avertie à ce propos. Désormais, le créancier doit vérifier si la caution dirigeante dispose de compétences particulières en matière financière lui permettant d'évaluer par elle-même ce risque. Étant donné qu'il n'existe plus de présomption à l'égard des cautions dirigeantes, les créanciers sont donc contraints de procéder à cette évaluation de compétence particulière pour savoir si elle est avertie et s'ils sont dans l'obligation d'exécuter leur devoir de mise en garde. Si les créanciers ne procèdent pas à cette évaluation, ils risquent de se voir ultérieurement reprocher un manquement à leur devoir de mise en garde⁶⁸¹. « *Contribuant indiscutablement à renforcer la protection des cautions personnes physiques, [l'arrêt du 18 juin 2013] invitera les créanciers à une plus grande prudence. Il leur appartiendra de se pré-constituer la preuve que d'une part, ils ont bien catégorisé comme cautions averties les dirigeants se portant caution des dettes de leur société, au terme d'une évaluation de leur compétence financière, et que, d'autre part, ils les ont bien alertés, au moment de la signature de leur engagement, des conséquences financières de la mise en oeuvre de la garantie lorsque le crédit accordé au débiteur principal est excessif.* »⁶⁸²

Ainsi, tous les créanciers bénéficiaires d'un cautionnement consenti par une personne physique – y compris par une caution dirigeante – sont contraints, lors de la souscription du cautionnement, de se renseigner sur la situation financière et les capacités de remboursement de la société afin de pouvoir

680 I. RIASSETTO, « Devoir de mise en garde envers le dirigeant caution », *Rev. sociétés* 2013, n° 7, p. 423.

681 Dans un arrêt inédit du 13 novembre 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait retenu la responsabilité du créancier qui « *n'avait entrepris aucune investigation supplémentaire* » et n'avait apporté aucun élément permettant de penser que les cautions dirigeantes avaient « *une formation ou une expérience dans la gestion d'une société* », de sorte que celles-ci devaient être considérées comme des cautions non averties (Cass. com., 13 nov. 2012, n° 11-24.178, inédit).

682 I. RIASSETTO, *op. cit.*, p. 423.

apprécier le risque d'endettement excessif, ainsi que de se renseigner sur les compétences particulières de la caution en matière financière afin de savoir si le dirigeant est averti ou profane⁶⁸³.

§ 2 : Le manquement du créancier à son obligation de conseiller la caution dirigeante

170. – Plan. *« La jurisprudence admet, avec parcimonie, la responsabilité du banquier à l'égard de la caution pour sa légèreté dans la façon d'accorder ou de refuser l'octroi d'un crédit au débiteur, légèreté dont elle paie les conséquences. Les cautions hésitent de moins en moins à engager la responsabilité du banquier en opposant leur naïveté au professionnalisme de ce dernier. (...) Elles se plaindront des facilités inconsidérées accordées à un débiteur dont la situation était compromise et qui n'ont eu d'autre effet que d'augmenter le passif : on parle alors de soutien abusif. Dans ces situations, c'est l'abus de garantie qui est dénoncé car le banquier aurait eu probablement une autre attitude en l'absence de cautionnement. Pour la jurisprudence récente, si la qualité de dirigeant de la caution n'exclut pas systématiquement la responsabilité du banquier, elle est toutefois souvent prise en considération pour l'écarter. Le dirigeant-caution doit en réalité démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles, la banque disposant*

683 En pratique, une fois ce double devoir de renseignement accompli, plusieurs situations peuvent se présenter : soit le créancier a demandé ces informations au dirigeant mais il n'a pas réussi à les obtenir, il n'a donc pas été en mesure d'évaluer le risque d'endettement excessif par la faute du dirigeant et ne peut être tenu à un devoir de mise en garde ; soit le créancier a manqué à son obligation de se renseigner sur le risque d'endettement excessif et la caution dirigeante peut engager sa responsabilité pour faute, puisque, s'étant abstenu de demander ces informations, il était manifestement dans l'impossibilité de mettre en garde la caution contre le risque d'endettement excessif ; soit le créancier a valablement exécuté son obligation de se renseigner, a évalué le risque d'endettement et a jugé qu'il n'était pas excessif, ce qui le dispensait de mettre la caution en garde (contre un risque qui n'existe pas) ; soit enfin, le créancier a valablement exécuté son obligation de se renseigner, a évalué le risque d'endettement et a jugé qu'il présentait un risque d'endettement suffisamment important pour qu'une caution non-avertie doive être mise en garde. C'est dans cette dernière hypothèse que le créancier devra alors procéder à une évaluation des compétences de la caution dirigeante en matière financière. Trois nouvelles situations peuvent alors se produire : soit le créancier n'évalue pas les compétences particulières de la caution en matière financière et prend le risque d'être condamné pour manquement à son devoir de mise en garde lorsque les juges du fond procéderont *in concreto* à cette recherche ; soit le créancier exécute son obligation d'évaluation et considère que la caution est une personne avertie et qu'en conséquence, il n'est pas nécessaire de la mettre en garde puisque ses compétences particulières en matière financière lui permettent de procéder seule à l'appréciation du risque d'endettement (s'agissant de deux contractants professionnels de la finance) ; soit, après avoir évalué les compétences particulières de la caution dirigeante en matière financière, le créancier estime que celle-ci est une personne non-avertie et il procède de son propre chef à son devoir de mise en garde, laissant ainsi le choix de contracter en toute connaissance de cause à la caution dirigeante.

*d'informations sur la viabilité de l'opération qu'il ignore. La faute au moment de l'octroi du prêt n'est pas facile à démontrer et le lien entre cette dernière et le préjudice, consistant en une perte de chance de ne pas être inquiété, ne l'est pas davantage. C'est d'autant plus vrai qu'il ne s'agira désormais pas de n'importe quelle faute. »*⁶⁸⁴

Afin d'annihiler ou de réduire la portée de leurs engagements, les cautions reprochent parfois aux créanciers d'avoir aggravé la situation financière du débiteur principal – et par voie de conséquence leur propre situation – en ayant accordé des crédits artificiels qui ont reculé l'état de cessation des paiements et grevé plus lourdement son passif par l'octroi de financements qui n'auraient jamais été accordés sans la constitution d'un cautionnement. La jurisprudence admet depuis longtemps qu'un créancier puisse engager sa responsabilité lorsqu'il soutient abusivement un débiteur en lui accordant des crédits qui ne font qu'aggraver sa situation. Cependant, jusqu'à très récemment, la Cour de cassation considérait que les cautions dirigeantes étaient relativement mal fondées à reprocher aux créanciers l'octroi de crédits – fussent-ils abusifs – dans la mesure où elles les avaient elles-mêmes sollicités⁶⁸⁵.

Les autres cautions – celles qui n'avaient pas elles-mêmes sollicité l'octroi du crédit abusif – pouvaient plus aisément engager la responsabilité du créancier en démontrant l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi (I). Malgré les obstacles liés à la mise en œuvre de la responsabilité du créancier pour soutien abusif, notamment s'agissant des cautions dirigeantes, ce mécanisme de protection des cautions était perçu comme « *un frein aux concours bancaires* »⁶⁸⁶. Aussi, afin de favoriser l'octroi de crédits aux entreprises, une loi du 26 juillet 2005 est venue poser un principe d'irresponsabilité en faveur des fournisseurs de crédits aux entreprises en difficulté. Cette intervention

684 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 123, p. 186-187.

685 Même si le créancier avait eu un comportement irresponsable en maintenant artificiellement en vie une société vouée à l'échec, la Cour de cassation estima que, sauf circonstances exceptionnelles, les dirigeants ne pouvaient pas engager la responsabilité du créancier en se prévalant en quelque sorte de leur propre turpitude. Cette exclusion prétorienne était fondée sur l'impossibilité pour la caution dirigeante de démontrer que son préjudice ne lui était pas au moins partiellement imputable et qu'il résultait exclusivement de la légèreté du créancier. En effet, si le créancier pouvait être tenu de déconseiller au dirigeant d'accepter le crédit sollicité pour sa société (au lieu de le conditionner à un engagement personnel de caution), le dirigeant pouvait ne pas insister pour obtenir ce financement ou tout simplement le refuser, de sorte qu'un partage de responsabilité (de nature à exclure celle du créancier) pouvait être envisagé.

686 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 1001, p. 293.

législative eut pour effet de restreindre considérablement la possibilité d'engager la responsabilité des créanciers ayant accepté de financer l'endettement d'une entreprise en difficulté (II).

I – Le régime jurisprudentiel de responsabilité pour soutien abusif de crédit

171. – Plan. Avant l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le régime de responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit reposait sur une création prétorienne qui ne dérogeait en rien aux conditions de droit commun de la responsabilité.

Une caution qui souhaitait engager la responsabilité d'un créancier ayant abusivement soutenu son entreprise et obtenir réparation pour le préjudice subi devait démontrer l'existence d'une faute du créancier. L'établissement de la faute du créancier et du préjudice ne présentait pas de difficulté particulière pour les cautions dirigeantes (A). Le créancier commettait, en effet, la même faute à l'égard d'une caution dirigeante ou d'une caution non dirigeante : il finançait artificiellement ou ruineusement un débiteur en difficulté. Quant au préjudice – qu'il soit subi par une caution dirigeante ou par une caution ordinaire –, il constituait toujours une perte de chance de ne pas être inquiétée.

En revanche, la caution dirigeante rencontrait davantage de difficultés lorsqu'il s'agissait d'établir le lien de causalité entre la faute commise par le créancier et le dommage subi⁶⁸⁷. Pendant plusieurs décennies, la Cour de cassation usa de l'absence de causalité pour durcir le régime de responsabilité du créancier pour soutien abusif à l'égard des cautions dirigeantes, jugeant que sauf circonstances exceptionnelles, ces dernières avaient leur part de responsabilité dans la réalisation du dommage (B).

A) Une démonstration ordinaire du concours fautif et de la perte d'une chance

172. – Plan. *« À l'égard de son client, le débiteur principal, l'établissement*

⁶⁸⁷ Le régime jurisprudentiel de responsabilité pour soutien abusif de crédit peut même apparaître plus sévère que celui instauré par la loi du 26 juillet 2005 dans la mesure où la Cour de cassation opère une distinction entre les cautions profanes et les cautions averties, tandis que le dispositif instauré à l'article L. 650-1 du Code de commerce ne prévoit pas d'exclure les cautions averties du régime légal de responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit.

de crédit engage sa responsabilité contractuelle. Le fondement de la responsabilité encourue à l'égard de la caution est plus discuté. En faveur de la responsabilité délictuelle, on peut soutenir que la caution est un tiers à la convention de crédit au même titre que les autres créanciers du débiteur principal. Cependant, à la différence des tiers, la caution est liée contractuellement au créancier. Pour cette raison, la thèse de la responsabilité contractuelle est dominante. En réalité, la caution peut se prévaloir d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle de l'établissement de crédit, selon les cas de responsabilité. »⁶⁸⁸

Dans le cadre d'une responsabilité pour soutien abusif de crédit, les décisions rendues par les juridictions, notamment celles rendues par la Cour de cassation, permettent d'affirmer que la responsabilité du créancier était généralement engagée sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. Les règles du droit commun de la responsabilité imposaient ainsi au créancier d'indemniser la caution pour le préjudice subi (2°) du fait de l'inexécution fautive de l'une de ses obligations contractuelles (1°).

1°) La détermination de la faute du créancier dispensateur de crédit

173. – L'insuffisance des « conditions anormales » de financement. La Chambre commerciale de la Cour de cassation posa les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit dans un arrêt du 28 avril 1982⁶⁸⁹. Selon cette décision, la responsabilité du créancier ne pouvait être engagée que lorsque celui-ci avait accordé d'importants crédits afin de maintenir artificiellement une société *in bonis*. Le fait d'octroyer un crédit exorbitant à une société déjà dans une situation financière irrémédiable et qui se trouvait dans l'incapacité manifeste de rembourser les échéances constituait, pour la Cour de cassation, des « conditions anormales » de financement puisque aucun créancier ne prendrait le risque d'accorder de tels concours sans s'être préalablement constitué un débiteur de secours.

⁶⁸⁸ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 290, p. 215.

⁶⁸⁹ Cass. com., 28 avr. 1982, n° 81-12.239 : *Bull. civ. IV*, n° 143 : « justifie sa décision rejetant une demande en paiement de dommages intérêts d'une caution contre une banque à laquelle il était reproché d'avoir accordé au débiteur principal des crédits exorbitants contribuant au maintien artificiel de l'entreprise, la cour d'appel qui, appréciant souverainement les preuves, fait ressortir qu'il n'était pas établi que les crédits aient été consentis dans des conditions anormales ni qu'aucune faute ait été commise par la banque ».

Ainsi, la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit pouvait théoriquement être engagée chaque fois qu'un créancier avait octroyé des crédits dépassant manifestement les facultés de remboursement du débiteur principal, crédits qui n'auraient jamais été accordés sans la constitution d'une caution. Cependant, cet arrêt du 28 avril 1982, ainsi que d'autres décisions ultérieures, allaient démontrer que la preuve de l'existence d'un crédit exorbitant accordé dans des circonstances anormales ne suffisait pas et qu'il convenait de démontrer en sus l'existence d'une faute intentionnelle du créancier.

174. – La faute intentionnelle et le devoir de conseil. « *La faute consistait dans le financement d'une opération non viable ou dans celui d'une entreprise se trouvant déjà dans une situation irrémédiablement compromise, même si elle n'était pas encore en état de cessation des paiements. La faute devait être volontaire, en ce sens que le créancier devait avoir agi en connaissance de cause.* »⁶⁹⁰

Dans le cadre d'une responsabilité pour soutien abusif de crédit, la Cour de cassation appréciait la faute du créancier de façon très restrictive : la caution devait non seulement prouver que le créancier avait accordé un crédit dans des conditions anormales mais également que ce dernier avait eu l'intention d'accorder un crédit ruineux ou artificiel à son cocontractant. En d'autres termes, la caution devait démontrer que le créancier connaissait la situation irrémédiablement compromise du débiteur principal, qu'il savait que l'octroi de nouveaux concours ne sauverait pas la société et, pis encore, aggraverait sa situation au point de la conduire plus gravement à la faillite. La faute du créancier résidait ainsi dans l'octroi intentionnel de crédits ayant seulement vocation à maintenir artificiellement et temporairement une société déjà vouée à l'échec au jour de la conclusion du prêt⁶⁹¹.

Cependant, la preuve de cet élément intentionnel était difficile à établir tant « *elle est influencée par des considérations macro-économiques sur la nécessité du crédit bancaire ou la variété de leurs causes* »⁶⁹². D'ailleurs, la

690 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 1003, p. 294.

691 Le créancier n'engageait donc sa responsabilité que lorsqu'il avait délibérément accordé un crédit exorbitant à une société qu'il savait insolvable. La jurisprudence reprochait finalement au créancier de ne pas avoir déconseillé à la société de contracter l'emprunt au regard de sa situation financière et de ne pas avoir refusé d'accorder les crédits sollicités. *In fine*, c'était donc un manquement du créancier à son devoir du conseil qui était condamné par la Cour de cassation.

692 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 331, p. 236.

jurisprudence considérait naguère qu'aucune faute ne pouvait être imputée au créancier tant que la caution n'établissait pas que les perspectives de développement de sa société étaient irréalistes ou que la situation financière de son entreprise était irrémédiablement compromise et que le créancier avait parfaitement connaissance de cet état de fait. Elle devait également démontrer que le créancier avait délibérément choisi d'accorder des crédits périlleux à la société au lieu de lui déconseiller d'accepter un financement ruineux⁶⁹³.

175. – Le renversement de la charge de la preuve en cas de « difficultés financières apparentes ». *« Il est vrai, la Cour de cassation a ajouté un précision qui vient en aide à la victime du soutien abusif, dans son fardeau probatoire. Elle a institué une présomption de connaissance de la situation sans issue de l'entreprise par le créancier, dès lors qu'il a été alerté par des motifs lui permettant de douter de la bonne santé financière de son débiteur, mas qu'il n'a pas fait preuve de davantage de diligence et ne l'a pas vérifié en s'informant. Ainsi, la responsabilité du dispensateur de crédit est engagée lorsqu'il connaissait ou "aurait dû connaître, s'il était informé", la situation irrémédiablement compromise du débiteur. »*⁶⁹⁴

Dans un arrêt du 26 mars 1996, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait ainsi jugé qu'un créancier engageait sa responsabilité pour soutien abusif de crédit en ayant consenti un nouveau découvert à une société sans se préoccuper des recommandations contenues dans le rapport d'audit et sans exiger la présentation de comptes certifiés. Le créancier aurait pu savoir que la situation de la société était irrémédiablement compromise s'il s'était informé⁶⁹⁵. La Chambre commerciale instaura alors un certain devoir de vigilance à la charge des créanciers dispensateurs de crédits, ceux-ci devaient s'informer sur la situation financière de l'emprunteur et vérifier l'adéquation des concours avec ses capacités de remboursement avant de consentir le financement.

693 Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux le 20 février 2012, une banque avait proposé à des époux un investissement locatif assorti d'un avantage fiscal et les avait mis en relation avec un promoteur immobilier. L'appartement, acheté sur plan et financé avec un prêt à taux variable inadapté, avait été livré avec plusieurs mois de retard et n'avait, de ce fait, pas pu être loué dans le délai imparti pour bénéficier des avantages fiscaux. Le couple dut alors revendre l'appartement à perte. Les conseillers bordelais avaient retenu la responsabilité de la banque ayant incité à un investissement périlleux sur le fondement d'un manquement à son devoir de conseil et de mise en garde (Bordeaux, 1^{er} ch. A, 20 févr. 2012, n° 10-05741).

694 P. HOANG, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, n° 21, p. 1458.

695 Cass. com., 26 mars 1996, n° 94-13.907 : *Bull. civ.* IV, n° 95.

Cependant, une décision ultérieurement rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation vint limiter la portée de ce devoir de vigilance à la charge des créanciers, affirmant que ces derniers n'avaient pas l'obligation de mener des investigations complémentaires ou d'exiger la production d'autres documents lorsqu'ils n'avaient pas de raison de douter de la bonne santé financière de leurs clientes⁶⁹⁶. En d'autres termes, les créanciers n'avaient l'obligation de se renseigner sur la situation financière de l'emprunteur que lorsque la société présentait des « *difficultés financières apparentes* » au vu des éléments produits par l'emprunteur (à l'appui de sa demande de financement) et que des investigations supplémentaires étaient nécessaires pour connaître la réelle situation de l'emprunteur.

176. – L'appréciation de la faute du créancier à l'égard des cautions dirigeantes. Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 9 novembre 1993 laissait toutefois penser que la reconnaissance d'une telle faute était limitée à certaines cautions et que le manquement intentionnel du créancier à son obligation de conseil ne produisait aucun effet en présence d'une caution dirigeante⁶⁹⁷. Il semblait ressortir de cette décision que la faute intentionnelle commise par le créancier s'effaçait en présence d'une caution dirigeante : l'abus dans l'octroi d'un crédit devenait-il excusable lorsque la caution avait elle-même sollicité le crédit ruineux ou artificiel ès-qualités de représentant légal de la société cautionnée ? Même si la jurisprudence écartait jusqu'alors les cautions dirigeantes de la possibilité d'engager la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit en se fondant sur l'absence de causalité, elle n'avait encore jamais affirmé que la faute intentionnelle du créancier était indifférente à leur égard. Mais il n'en était rien, « *cette solution inédite dans les annales de la Chambre commerciale* » concernait en réalité un prêt consenti par une banque privée à une entreprise soutenue par les pouvoirs publics. « *L'intervention des pouvoirs publics en faveur d'entreprises en difficultés constitue une présomption du caractère sérieux du plan de redressement* »⁶⁹⁸, de sorte

696 Cass. com., 24 sept. 2002, n° 00-10.063 : *Bull. civ. IV*, n° 128.

697 Cass. com., 9 nov. 1993, n° 91-18337 : *Bull. civ. IV*, n° 384 : « *Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour débouter les cautions d'un emprunt bancaire de leur action en responsabilité contre une banque, retient que, s'il est exact que la banque n'ignorait rien de la situation de l'entreprise, il ne peut lui être fait grief d'avoir, au côté des pouvoirs publics dans le cadre d'un projet de restructuration approuvé par le trésorier-payeur général, accordé un concours bancaire que sollicitait le chef d'entreprise, caution lui-même, désireux de maintenir l'activité de son entreprise* ».

698 M. CABRILLAC, B. TEYSSIÉ, « Banques. Crédit abusif, responsabilité », *RTD com.* 1994, p. 86.

qu'aucune faute ne pouvait être reprochée au créancier qui avait accordé de tels crédits à une entreprise sur recommandation de l'État (qui s'était porté garant du succès escompté de l'opération).

Cette solution n'affirmait donc pas que la faute intentionnelle du créancier s'effaçait en présence d'une caution dirigeante – ayant elle-même sollicité l'octroi du crédit ruineux ou artificiel –, elle précisait simplement que le créancier dispensateur de crédit n'engageait pas sa responsabilité lorsqu'il octroyait un crédit (même abusif) à une entreprise dont la pérennité était assurée par les pouvoirs publics. Sous l'empire de cette jurisprudence, la condition relative à la faute du créancier ne revêtait ainsi aucune particularité s'agissant des cautions dirigeantes.

2°) La détermination du préjudice subi par la caution dirigeante

177. – La nature du préjudice : « une perte de chance de ne pas contracter »⁶⁹⁹. Une caution qui souhaite engager la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit doit démontrer que la faute commise par celui-ci lui a personnellement et directement causé un préjudice. Selon la Cour de cassation, lorsqu'un créancier accorde abusivement des concours bancaires à une société en situation irrémédiablement compromise, il fait perdre à la caution la chance de ne pas cautionner : *« le préjudice qu'invoque la caution n'est pas le fait de devoir payer, qui est la conséquence de son engagement ; mais la perte d'une chance, soit de ne pas s'engager, soit "de ne pas être inquiétée", soit de payer moins ou d'exercer avec succès un recours contre le débiteur »*⁷⁰⁰. Si le créancier avait correctement exécuté son obligation de conseil en refusant d'accorder un crédit ruineux et artificiel à la société, le dirigeant n'aurait pas perdu *« la chance de mieux investir ses capitaux »*⁷⁰¹ et n'aurait corrélativement pas eu à s'engager dans un contrat de

699 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 72, p. 57.

700 L. AYNÈS, P. CROCQ et Ph. MALAURIE (dir.), *Les sûretés : la publicité foncière*, 7^e éd., coll. Droit civil, Defrénois, 2013, n° 300, p. 141-142.

701 Il est intéressant de faire un parallèle avec le préjudice réparé dans le cadre d'un manquement aux obligations de conseil, d'information et de mise en garde d'une société de bourse à l'égard de son client. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment estimé que *« le manquement d'une société de bourse aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil auxquelles elle peut être tenue à l'égard de son client prive celui-ci d'une chance de mieux investir ses capitaux »* (Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.630 : *Bull. civ.* IV, n° 28). À propos de cet arrêt, le Professeur Hervé Lécuyer notait que le client avait perdu une éventualité favorable : s'il avait été mieux informé par le prestataire de services, il aurait privilégié un investissement moins risqué (H. LÉCUYER, « Responsabilité pour manquement aux obligations de conseil, d'information et de mise en garde : débats autour du fait générateur comme des

cautionnement. Selon la jurisprudence, cette faute intentionnelle du créancier cause évidemment un préjudice personnel et direct à la caution dirigeante. Son préjudice consiste ainsi en la perte d'une chance de ne pas contracter⁷⁰² ou de ne pas être inquiétée par le créancier⁷⁰³.

Cependant, en s'intéressant de près à la nature du préjudice causé par le soutien abusif du créancier, force est de constater que la caution dirigeante ne perd pas seulement une chance de ne pas contracter ou de ne pas exécuter son obligation de règlement. Le préjudice de la caution consiste surtout en une perte de chance de conclure un contrat aléatoire, caractéristique inhérente à tout contrat de cautionnement. En effet, lorsqu'un créancier accorde des crédits ruineux et artificiels à une société vouée à la faillite, il sait que le débiteur principal va inévitablement être défaillant et que le dirigeant sera obligatoirement appelé. Dans de telles conditions, le créancier ne fait pas simplement perdre à la caution la chance de ne pas être appelée en paiement, il anéantit, dès la conclusion du contrat, la principale caractéristique du contrat de cautionnement et l'objet même de cette convention : être appelée en paiement en cas d'éventuelle défaillance du débiteur principal. Le contrat souscrit par la caution dirigeante étant dépourvu de caractère accessoire dès l'origine, il peut difficilement être qualifié de « cautionnement ». En effet, le dirigeant n'est pas un débiteur de secours, il est en réalité co-emprunteur solidaire avec sa société. De ce fait, le créancier ne fait pas simplement perdre à la caution une chance de ne pas contracter un cautionnement – puisqu'il ne s'agit manifestement pas d'un tel contrat – mais il lui fait perdre la chance de refuser de co-emprunter solidairement un crédit⁷⁰⁴ !

préjudices réparables », *Bull. Joly Bourse*, 1^{er} mai 2014, n° 5, p. 261). Un parallèle peut ainsi être fait avec la perte de chance subie par une caution dirigeante, principalement lors de la création d'une entreprise, de la reprise d'un fonds ou du financement d'un nouveau projet. En effet, lorsque le créancier manque à son obligation de conseil en ne refusant pas d'accorder un crédit ruineux et artificiel à une société, le dirigeant perd manifestement la chance de mieux investir ses capitaux et ceux de sa société (abandon d'une opération non viable pour sa société, d'une création ou reprise d'entreprise vouée à l'échec dès l'origine).

702 Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274 : *Bull. civ. IV*, n° 127 ; *D.* 2009, p. 2971, note D. Houtcieff ; *D.* 2010, p. 989, obs. M. Douchy-Oudot ; *Banque et droit*, janv.-févr. 2010, p. 20, obs. Th. Bonneau ; *JCP G* 2009, 422, note L. Dumoulin ; *JCP G* 2009, 482, note S. Piedelièvre ; *JCP E* 2009, 2053, note D. Legeais ; *Banque et droit*, nov.-déc. 2009, p. 62, obs. N. Rontchevsky ; *Dr. et patr.* 2010, n° 195, p. 89, obs. Ph. Dupichot.

703 Cass. com., 24 janv. 1989, n° 87-14.638, inédit – Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-14.287, inédit.

704 Le préjudice de la caution consiste en la perte d'une chance d'inéluctablement payer à la place du débiteur principal, « somme toute, c'est d'exposition à une risque qu'il s'agit plutôt que de perte de chance » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 353-1, p. 256).

178. – L'étendue de la réparation de la perte de chance. Dans le cadre d'une responsabilité pour soutien abusif de crédit, le préjudice subi par l'emprunteur est la perte d'une chance de ne pas tomber en faillite⁷⁰⁵, celui subi par la caution consiste en la perte d'une chance de ne pas co-emprunter solidairement un crédit. S'agissant néanmoins d'une perte de chance et conformément au droit commun des obligations, la réparation de ce préjudice devrait correspondre à la probabilité de réalisation de la chance perdue, sans forcément coïncider avec le montant de la dette cautionnée. *« Par conséquent, le préjudice et la réparation devraient être plus ou moins étendus, suivant la probabilité de réalisation de la chance perdue, mais jamais égaux à la dette garantie. Cependant, les tribunaux ne sont pas aussi rigoureux, et accordent souvent des dommages-intérêts égaux au montant de la dette, qui se compensent avec celle-ci, et permettent indirectement la libération totale de la caution. »*⁷⁰⁶

Cette position est régulièrement critiquée en doctrine car l'indemnisation de la perte d'une chance doit en principe correspondre à la disparition d'une éventualité favorable. Une caution ne peut pas se prévaloir du préjudice de devoir payer les dettes cautionnées puisque c'est l'objet de son obligation, elle peut seulement invoquer la perte de la chance de ne pas avoir été inévitablement appelée. La réparation du préjudice devrait ainsi correspondre à la probabilité de réalisation de la chance perdue : plus la caution a perdu la chance de ne pas être inquiétée, plus elle devrait être libérée de ses engagements. Cependant, dans le cadre d'une responsabilité pour soutien abusif de crédit, le créancier savait pertinemment, dès la conclusion du contrat, que la caution n'avait aucune chance d'échapper au paiement des dettes cautionnées. Eu égard l'absence totale d'aléa au jour de la conclusion du cautionnement et la certitude d'être inquiétée par le créancier, il apparaît dès lors tout à fait logique que la caution puisse bénéficier d'une réparation intégrale de son préjudice.

B) Une démonstration « exceptionnelle » du lien de causalité

179. – Le rôle causal de la caution dirigeante dans la survenance du dommage. Conformément au droit commun de la responsabilité civile, la

⁷⁰⁵ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 1004, p. 294.

⁷⁰⁶ L. AYNÈS, P. CROCQ et Ph. MALAURIE (dir.), *op. cit.*, n° 300, p. 142.

caution dirigeante devait rapporter la preuve d'une faute intentionnelle du créancier. La démonstration de cette condition était cependant facilitée par une présomption de connaissance de la situation de la société cautionnée par le créancier (lorsqu'il avait eu connaissance d'éléments lui permettant de douter de la bonne santé financière du débiteur principal et qu'il avait manqué à son devoir de vigilance en ne s'informant pas sur l'exacte situation de celui-ci). La caution devait également prouver que la faute du créancier (l'octroi d'un crédit abusif) lui avait fait perdre la chance de ne pas contracter un contrat qui le conduirait inexorablement à payer les dettes de la société cautionnée. Enfin, la caution qui souhaitait engager la responsabilité civile du créancier devait établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute du créancier et le préjudice subi.

Si la démonstration de la faute et du dommage ne revêtait aucune difficulté particulière pour les cautions dirigeantes, il n'en allait pas de même concernant l'existence du lien de causalité : *« Il ne suffit pas à la caution de rapporter la preuve de la faute commise par le créancier. Conformément au droit commun de la responsabilité, il lui faut également rapporter la preuve d'un préjudice et du lien de causalité entre celui-ci et la faute. Dans leur appréciation, les juridictions sont exigeantes. Très souvent en effet, il y a un concours de fautes. Les dirigeants peuvent très bien avoir été négligents. »*⁷⁰⁷

La Cour de cassation avait déjà affirmé dans un arrêt inédit du 24 janvier 1989 que la caution dirigeante commettait, elle aussi, une faute en sollicitant l'octroi de crédits ruineux et jouait ainsi un rôle causal dans la survenance de son dommage⁷⁰⁸. Les tribunaux pouvaient ainsi décider d'un partage de responsabilité entre la caution dirigeante et le créancier. Il fallut attendre un arrêt du 15 février 1994 pour que la Chambre commerciale de la Cour de cassation affirme expressément que la responsabilité du créancier devait être écartée en présence d'une caution dirigeante.

Dans cette décision, la Cour de cassation avait en effet expliqué que bien que le comportement de la banque ait effectivement contribué à l'aggravation de la situation financière de la société, c'était l'entêtement du dirigeant qui était à l'origine du dommage qu'elle subissait en qualité de caution. La Cour de cassation expliquait en réalité que la caution dirigeante était responsable de la situation dans laquelle elle se trouvait et lui reprochait de pas avoir arrêté

⁷⁰⁷ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 294, p. 221.

⁷⁰⁸ Cass. com., 24 janv. 1989, n° 87-14.638, inédit.

« une exploitation irrémédiablement déficitaire »⁷⁰⁹ et/ou d'être à l'origine de la défaillance du débiteur principal⁷¹⁰. Si cette solution se justifiait par le fait que les cautions dirigeantes sont en principe conscientes de la situation désespérée de leur entreprise lorsqu'elles s'en portent caution et qu'elles sollicitent à tort l'octroi de prêts ruineux ou artificiels, il ne faut cependant pas perdre de vue que les dirigeants n'agissent pas toujours librement dans une telle situation et qu'ils considèrent bien souvent que l'obtention de ces prêts est leur seule chance de sauver leur entreprise. Eu égard à la situation désespérée dans laquelle de nombreuses cautions dirigeantes étaient placées lorsqu'elles acceptaient de cautionner des crédits ruineux ou artificiels, il était regrettable de constater que le créancier n'était tenu à aucun devoir de conseil à leur égard.

180. – L'établissement du lien de causalité par l'existence de circonstances exceptionnelles. À l'occasion de cet arrêt du 15 février 1994 (et d'autres décisions ultérieures), la Cour de cassation avait cependant précisé qu'une caution dirigeante retrouvait la possibilité d'engager la responsabilité de son cocontractant pour soutien abusif de crédit lorsqu'elle était en mesure de démontrer qu'en raison de circonstances exceptionnelles, elle avait été placée dans l'impossibilité de connaître la situation irrémédiablement compromise de sa société⁷¹¹. À l'égard des cautions dirigeantes, *« l'admission de l'action en responsabilité est subordonnée à l'existence de "circonstances exceptionnelles". Ainsi, la responsabilité du dispensateur de crédit ne peut être retenue que dans les cas exceptionnels où celui-ci avait des informations sur le crédit que lui-même aurait ignorées ! En effet, en matière de crédit ruineux, il est nécessaire que le fournisseur de crédit ait eu des informations sur les capacités de remboursement de l'emprunteur ou sur les risques de l'opération financée que, par suite de circonstances exceptionnelles, l'emprunteur lui-même ignorait »*⁷¹².

L'existence de circonstances exceptionnelles était cependant appréciée

709 Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-11591 : *Bull. civ. IV*, n° 60.

710 Cass. com., 13 févr. 1996, n° 93-20.115, inédit ; *Rev. proc. coll.* 1997, comm. 99, obs. A. Martin-Serf. La Cour de cassation avait estimé que les cautions dirigeantes s'étaient engagées en parfaite connaissance des difficultés financières, techniques ou commerciales de l'entreprise puisqu'elles avaient elles-mêmes fondé l'entreprise et sollicité avec insistance l'obtention des crédits litigieux auprès de la banque créancière.

711 Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681 : *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *JCP E* 1998, p. 182, note D. Legeais – Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16088 : *Bull. civ. IV*, n° 95 ; *RTD com.* 1999, p. 733, obs. M. Cabrillac – Cass. com. 24 juin 2003, n° 00-12.566 : *Bull. civ. IV*, n° 103.

712 P. HOANG, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, n° 21, p. 1458.

restrictivement par la Cour de cassation, celle-ci les subordonnant traditionnellement aux situations dans lesquelles les cautions dirigeantes n'avaient manifestement eu accès à aucune information sur la viabilité de l'opération envisagée. Tel était par notamment le cas lorsqu'un franchiseur avait directement transmis le dossier de financement au créancier sans que les dirigeants de la société franchisée, cautions solidaires de celle-ci, n'en aient eu connaissance, de sorte que le créancier détenait nécessairement des informations sur la viabilité de l'opération que par suite de circonstances exceptionnelles, les cautions dirigeantes ignoraient au moment de la conclusion du cautionnement⁷¹³.

181. – L'établissement du lien de causalité par la qualité de la caution.

Dans un arrêt du 23 juin 1998, la Chambre commerciale de la Cour de cassation ouvrait cependant une brèche, estimant que face à une caution dirigeante qui n'était, ni un professionnel de la finance, ni un professionnel du secteur d'activité sur lequel portait l'opération, un créancier disposant de tous les paramètres d'appréciation nécessaires à l'évaluation de l'opération financée ne pouvait ignorer l'absence totale de viabilité de l'opération et commettait, par conséquent, une faute, en sollicitant le cautionnement et en incitant la caution à se méprendre sur les risques réels de son engagement. Une telle solution était d'autant plus remarquable que le montage financier avait été présenté au créancier par la caution dirigeante elle-même⁷¹⁴ et qu'il ne s'agissait pas d'une espèce dans laquelle le dossier de financement avait été directement remis au créancier sans que le dirigeant n'en ait eu connaissance. Les circonstances exceptionnelles étaient ainsi constituées par le manque manifeste d'expérience ou de compétences de la caution dirigeante dans le secteur d'activité cautionné ou dans le domaine de la finance⁷¹⁵.

Pour faire simple, la jurisprudence faisait coïncider l'exception de « circonstances exceptionnelles » avec celle de « caution avertie », estimant que le manque d'expérience ou de compétence de la caution dirigeante plaçait cette dernière dans des circonstances ne lui permettaient pas de connaître la situation irrémédiablement compromise de sa société ou le caractère abusif du crédit. La possibilité d'engager la responsabilité du

⁷¹³ Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732 : *Bull. civ. IV*, n° 176.

⁷¹⁴ Cass. com., 23 juin 1998, n° 95-16.117 : *Bull. civ. IV*, n° 208.

⁷¹⁵ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 1006, p. 295.

créancier pour soutien abusif – et l'établissement du lien de causalité entre la faute et le dommage – n'était ainsi plus conditionnée à la qualité abstraite de dirigeant de la caution mais était désormais subordonnée aux compétences et à l'expérience effective de la caution.

Il fallait dès lors se demander si la caution dirigeante était un contractant expérimenté et compétent dans le secteur d'activité concerné ou en matière financière pour savoir si elle était en mesure d'engager la responsabilité du créancier pour octroi abusif de crédit. Lorsque la réponse s'avérait positive, la caution dirigeante ne pouvait pas engager la responsabilité du créancier puisqu'elle avait elle-même sciemment sollicité les concours ruineux ou artificiels (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). En revanche, lorsque la réponse à cette interrogation était négative, cet état de fait constituait des circonstances exceptionnelles : même si le dirigeant avait effectivement sollicité l'octroi de ces concours, il n'était pas en mesure de comprendre leur portée et le créancier avait commis un abus engageant sa responsabilité en acceptant de les accorder à la société et de les faire cautionner par son dirigeant⁷¹⁶.

182. – L'établissement du lien de causalité par l'incompétence ou l'inexpérience de la caution dirigeante. La seule qualité de dirigeant ne permettait plus d'exclure les cautions dirigeantes du régime de responsabilité pour soutien abusif de crédit : la Cour de cassation revenait sur les décisions des juges du fond qui rejetaient les demandes des cautions dirigeantes au seul motif que celles-ci étaient nécessairement informées de la situation financière de leur société, qu'il leur appartenait de refuser les crédits abusifs et qu'à défaut de circonstances exceptionnelles, leur demande ne pouvait prospérer. La Cour de cassation estimait qu'en statuant ainsi, « *par des motifs impropres à écarter la responsabilité de la banque* »⁷¹⁷, les juges du fond violaient l'article 1147 du Code civil.

La qualité de dirigeant ne permettait plus d'écarter la responsabilité de la banque et de considérer que les cautions dirigeantes étaient nécessairement

⁷¹⁶ En témoigne une décision rendue le 5 novembre 2013 dans laquelle la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait préalablement pris le soin de qualifier le dirigeant de *caution avertie* – en raison de sa formation en gestion d'entreprise (HEC-ISA), de son expérience depuis 1979 dans diverses entreprises dont il avait été directeur général et de l'exercice d'un mandat social dans une entreprise dont l'activité était identique à celle la société cautionnée – avant de se prononcer sur l'existence d'une obligation de conseil ou de mise en garde à la charge du créancier (Cass. com., 5 nov. 2013, n° 11-25.111, inédit).

⁷¹⁷ Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-16.954, inédit.

informées de la situation financière de leur société et capables de refuser l'octroi de crédits abusifs. Les cautions dirigeantes devaient certes toujours démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles pour engager la responsabilité civile du créancier mais le contenu de ces circonstances exceptionnelles avait changé : il convenait désormais de s'intéresser *in concreto* aux compétences et à l'expérience du dirigeant, de sorte que seule la caution dirigeante réellement avertie, c'est-à-dire celle disposant de compétences et d'expérience dans le secteur d'activité cautionné ou en matière financière, pouvait être exclue de l'action en responsabilité dirigée contre un créancier ayant consenti un crédit abusif.

Les décisions récemment rendues à propos du nouveau régime de responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit – régime applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises – confirment que le caractère averti de la caution ne dépend plus seulement du rôle joué par celle-ci dans la société cautionnée et de sa seule qualité de dirigeant. La conception de la caution dirigeante a donc considérablement changé, elle n'est plus irréfragablement considérée comme une caution avertie non créancière d'une obligation de conseil ou de mise en garde⁷¹⁸.

II – Le régime légal de responsabilité pour soutien abusif de crédit

183. – Plan. Quel est l'intérêt de dresser un état de la jurisprudence antérieure à la loi du 26 juillet 2005 et d'affirmer que la Cour de cassation considère désormais différemment la caution dirigeante qui veut engager la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit quand on sait qu'une intervention législative a réformé ce régime de responsabilité en instaurant un principe d'irresponsabilité du créancier ayant accordé son concours à une entreprise en difficulté ? *A priori* aucun. Pourtant, les développements qui suivent démontreront que la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises n'a pas été abandonnée.

Ce constat est d'autant plus important que « *le nouveau devoir de mise en garde* »⁷¹⁹ du créancier a participé à une redéfinition de la « caution dirigeante avertie » qui devrait inéluctablement leur profiter dans le cadre

718 Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-28.784, inédit : La banque n'a pas à mettre en garde l'ancien cadre d'une société ayant la même activité que celle financée et personnellement intéressée à l'achat, s'agissant d'un contactant averti.

719 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 1006, p. 295.

d'une action en responsabilité pour octroi abusif de crédits. Considérant que la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit contrevenait aux « *considérations macro-économiques sur la nécessité du crédit bancaire* »⁷²⁰, le législateur de 2005 s'empara de la question consacrant un « *un principe de non-responsabilité* »⁷²¹ du créancier afin de favoriser l'octroi de concours bancaires aux sociétés en difficulté⁷²².

Afin de rassurer les créanciers et de favoriser la fourniture de crédits aux entreprises en difficulté⁷²³, le législateur choisit ainsi de durcir significativement les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit (A). Depuis lors, les personnes ayant cautionné les dettes d'une société ne sont plus en mesure d'engager la responsabilité du créancier sauf en cas de fraude, d'immixtion ou si les garanties prises par celui-ci sont disproportionnées (B). Toutes les cautions, qu'elles soient dirigeantes ou étrangères à l'entreprise en difficulté cautionnée, font ainsi désormais face à de nombreux obstacles pour engager la responsabilité du créancier dispensateur de crédit.

A) Le domaine d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce

184. – La détermination du « débiteur ». En vertu de l'article L. 650-1 du Code de commerce, « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours*

720 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 331, p. 236. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 inséra ainsi un principe d'irresponsabilité en faveur des créanciers ayant accepté de soutenir financièrement une entreprise en difficulté à l'article L. 650-1 du Code de commerce.

721 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 293, p. 220 et n° 295, p. 222.

722 De nombreux observateurs estimaient pourtant que la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises ne représentait pas un réel frein à l'octroi de concours bancaires. Selon le Professeur Patrice Hoang, « *il est clairement ressorti des débats parlementaires eux-mêmes que les critiques formulées à l'encontre de la jurisprudence sur la responsabilité pour soutien abusif procédaient d'une vision tronquée de celle-ci. La lecture qui a été faite des règles encadrant cette responsabilité en a très largement ignoré la portée réelle et a exagéré les inconvénients. Les contradictions qui ont marqué les arguments avancés, afin de justifier la volonté de leur substituer les règles légales, l'ont bien montré. Ainsi a-t-on pu entendre de la part du rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, à l'origine de l'amendement qui devait devenir l'article L. 650-1 du Code de commerce, que "si les banques invoquent le prétexte de cette notion pour limiter leurs concours aux entreprises, la jurisprudence en fait en revanche une interprétation extrêmement restrictive, donc une application limitée."* » (P. HOANG, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, n° 21, p. 1458.)

723 D. ROBINE, « La Cour de cassation consolide l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2012/73, n° 4119, p. 21.

consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

Les termes utilisés dans cette disposition ne permettent pas de connaître précisément le champ d'application de la loi du 26 juillet 2005 et la rédaction, pour le moins générale, de ce texte suscite certaines interrogations. Premièrement, l'article L. 650-1 du Code de commerce n'indique pas la qualité des contractants concernés. Le texte n'indique pas expressément quels sont les débiteurs principaux concernés par ce dispositif et le seul terme de « débiteur » ne permet pas de délimiter le domaine d'application de cette disposition.

Il convient alors de déduire cet élément de l'intitulé de la loi ayant inséré cet article dans le Code de commerce. En effet, la loi du 26 juillet 2005 est dite « *loi de sauvegarde des entreprises* », de sorte que toutes les « entreprises » débitrices principales seraient concernées par l'article L. 650-1 du Code de commerce. De plus, cette disposition fut insérée dans le Livre VI du Code de commerce relatif aux « difficultés des entreprises », de sorte que le principe d'irresponsabilité du créancier s'applique sans aucun doute aux concours bancaires accordés aux entreprises en difficulté et, en conséquence, aux cautions dirigeantes⁷²⁴. *A contrario*, l'ensemble des crédits accordés à des personnes physiques ne contractant pas pour les besoins de leur entreprise ne se heurteraient pas à ce principe d'irresponsabilité et pourraient engager la responsabilité du créancier en se fondant sur la jurisprudence antérieure à la loi du 26 juillet 2005.

185. – La détermination du titulaire de l'action. « Pour un courant

⁷²⁴ La doctrine déplore cependant que le régime légal de responsabilité pour soutien abusif de crédit opère une distinction entre les cautions de débiteurs principaux soumis à une procédure collective et ceux qui ne font pas l'objet d'une procédure d'insolvabilité : « *L'ordonnance du 18 décembre portant réforme du droit des entreprises en difficulté a opportunément clarifié le champ d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce : cette disposition est désormais expressément cantonnée aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation. La question demeure cependant de la politique législative : est-il bien légitime de favoriser pareillement les créanciers et de les soumettre à des règles différentes suivant que leur débiteur est ou non soumis à une procédure d'insolvabilité ?* » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN, *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 680, p. 510-511). Les professeurs Simler et Delebecque adressent, eux aussi, de telles remarques au législateur (Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, n° 179, p. 164). Cette différence de traitement entre les cautions de débiteurs soumis à une procédure collective et les cautions de débiteurs ne bénéficiant pas d'une procédure d'insolvabilité est cependant bien souvent dépourvue de conséquences pratiques dans la mesure où les cautions sont généralement appelées lorsqu'une procédure de traitement des difficultés des entreprises est ouverte au bénéfice de la société débitrice.

*jurisprudentiel, les dispositions de l'article L. 650-1 ne peuvent être invoquées par la caution, seul le mandataire judiciaire pouvant intenter une telle action dans l'intérêt du créancier, sauf à démontrer l'existence d'un préjudice distinct de celui subi par les créanciers de la procédure collective*⁷²⁵. »⁷²⁶ Les premiers arrêts rendus par la Cour de cassation en application de l'article L. 650-1 du Code de commerce, notamment un arrêt du 27 mars 2012⁷²⁷, réfutent cependant ce courant prétorien en ce qu'ils ne rejetèrent pas d'emblée une telle action émanant directement d'une caution. Dans la décision susmentionnée, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait en effet rejeté le pourvoi de la caution dirigeante au motif que celle-ci ne démontrait pas que le soutien financier était fautif. Il faut donc en déduire *a contrario* que la caution est recevable à intenter une telle action en responsabilité mais qu'il lui incombe, en revanche, de démontrer le caractère fautif du soutien financier. « *Il est instructif de constater que l'arrêt ne rejette pas a priori l'action de la caution. Seul le bien-fondé de l'action est écarté dans la mesure où la caution ne rapportait pas en l'espèce la preuve du crédit excessif désormais exigée. (...) L'arrêt ne se prononce cependant pas expressément. Il conviendra aussi sans doute d'attendre un autre arrêt pour savoir si le droit d'invoquer la faute de la banque est constitutive ou non d'une exception purement personnelle au débiteur principal.* »⁷²⁸

186. – La détermination des « concours consentis ». Si l'emplacement réservé au principe d'irresponsabilité du créancier dans le Code de commerce permet de délimiter le champ d'application de l'article L. 650-1 aux seuls concours bancaires accordés aux entreprises, la rédaction de cette disposition ne permet pas d'identifier la nature des « concours bancaires » visés par ce dispositif. L'article L. 650-1 du Code de commerce s'applique-t-il uniquement aux crédits accordés aux entreprises bénéficiant déjà d'une procédure collective ou concerne-t-il plus largement l'ensemble des concours accordés à une entreprise avant et après l'ouverture d'une telle procédure ?

⁷²⁵ Aix-en-provence, 8^e ch. C, 12 janv. 2012, n° 2012/13.

⁷²⁶ D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E* 2012, 1274.

⁷²⁷ Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 : *Bull. civ.* IV, n° 68 ; *D.* 2012, p. 1455, note R. Dammann et A. Rapp ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 398, obs. Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2012, 1274, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, 1508, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2012, 635, note S. Piedelièvre ; *Banque et Droit* mai-juin 2012, p. 22, obs. Th. Bonneau ; *RD bancaire et fin.* 2012, n° 114, obs. F-J. Crédot et Th. Samin ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 16, obs. R. Routier.

⁷²⁸ D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E* 2012, 1274.

La seule certitude est que le principe d'irresponsabilité s'applique uniquement si une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte à un moment donné au bénéfice de l'entreprise cautionnée.

La réponse à cette interrogation fut finalement donnée par les deux premiers arrêts rendus par la Cour de cassation en application de ce texte (plus précisément dans le rappel des faits). Dans le premier arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 mars 2012, il était question d'un acte de cautionnement souscrit le 5 mai 2006 tandis que la société cautionnée avait été mise en liquidation judiciaire le 22 juin 2006⁷²⁹. Dans le second arrêt rendu le 27 mars 2012, les concours litigieux avaient été accordés le 8 novembre 2005, le 4 mai 2006 et le 15 novembre 2006 tandis que la société cautionnée avait été placée en redressement judiciaire le 14 juin 2007 puis en liquidation judiciaire le 13 décembre 2007⁷³⁰. Dans ces deux espèces, les concours litigieux avaient ainsi été accordés avant l'ouverture d'une procédure collective. En conséquence, les concours bancaires visés à l'article L. 650-1 du Code de commerce ne concernent pas seulement ceux accordés à une entreprise après le jugement d'ouverture d'une procédure collective (procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire) mais s'appliquent sans aucun doute à l'ensemble des concours octroyés à une entreprise en difficulté financière, y compris à ceux accordés avant l'ouverture d'une procédure collective.

187. – La détermination du « créancier ». *« Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. »*

Une fois encore, la rédaction nébuleuse de l'article L. 650-1 du Code de commerce ne permet pas de déterminer son domaine d'application, ni d'identifier les créanciers bénéficiaires de cette irresponsabilité. La Cour de

729 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 : *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *D.* 2012, p. 1455, note R. Dammann et A. Rapp ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 398, obs. Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2012, 1274, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, 1508, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2012, 635, note S. Piedelièvre ; *Banque et Droit* mai-juin 2012, p. 22, obs. Th. Bonneau ; *RD bancaire et fin.* 2012, n° 114, obs. F-J. Crédot et Th. Samin ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 16, obs. R. Routier.

730 Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-13.536, inédit.

cassation pouvait alors considérer que l'article L. 650-1 ne s'appliquerait qu'aux établissements bancaires ayant accordé des concours aux entreprises. Selon la lecture effectuée par la Cour de cassation, seules les banques auraient pu bénéficier du principe légal d'irresponsabilité, la jurisprudence antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises aurait ainsi été maintenue à l'égard des autres créanciers. « *La lecture strictement "bancaire" du dispositif de l'article L. 650-1 aurait permis de faire prévaloir les règles du droit commun de l'article 1382 du Code civil sur le régime spécial, singulièrement restrictif depuis l'arrêt du 27 mars 2012* »⁷³¹. La Cour de cassation pouvait aussi interpréter ce texte de manière extensive en appliquant ce principe d'irresponsabilité à tous les créanciers ayant accordé un crédit à une entreprise en difficulté et obligeant ainsi toutes les cautions à se fonder sur cette sévère disposition spéciale.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation dévoila finalement sa position dans une décision rendue le 16 octobre 2012, affirmant que le terme de « créancier » devait être interprété au sens large. La Cour de cassation estima, en effet, que « *les termes génériques de "concours consentis" et de "créancier" de l'article L. 650-1 conduisent à ne pas limiter son application aux seuls établissements de crédit* »⁷³². Il ressort de cette décision que tous les créanciers ayant accordé un concours financier à une entreprise bénéficient de ce principe d'irresponsabilité. Ce texte ne se limitant pas aux seuls établissements bancaires, tous les concours financiers quelque soit leur nature, y compris les délais de paiement et les paiements par compensation, entrent dans son champ d'application. « *Tout fournisseur de concours a vocation à bénéficier de l'immunité de l'article L. 650-1 du Code de commerce, quelque soit le cadre contractuel de ses relations avec le débiteur, et l'on songe notamment aux contrats de franchise ou de régie (...)* Dans le contexte de crise du crédit, la solution de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ne peut qu'être approuvée. »⁷³³

188. – L'application de la loi du 26 juillet 2005 dans le temps. L'article 190 de la loi du 26 juillet 2005 dispose que « *la présente loi entre en vigueur*

731 D. DEMEYERE, « Nouvelles précisions de la Cour de cassation sur le régime de responsabilité des fournisseurs de concours dans le cadre de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2013/78, n° 4390, p. 19.

732 Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993 : *Bull. civ. IV*, n° 186 ; *D.* 2012, p. 2513, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2012, p. 730, obs. Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2012, 1735, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, 1757, obs. Ph. Pétel ; *Gaz. Pal.* 18-19 janv. 2013, p. 34, obs. R. Routier ; *Banque et droit* janv.-févr. 2013, p. 22, obs. Th. Bonneau.

733 D. DEMEYERE, *op. cit.*, p. 19.

le 1^{er} janvier 2006, à l'exception des dispositions suivantes qui sont applicables aux procédures et situations en cours dès sa publication ». L'article 650-1 du Code de commerce ne figurant pas dans la liste des exceptions, il faisait aucun doute que cette disposition allait entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2006 et ne serait pas applicable aux procédures collectives en cours à cette date. L'immunité offerte aux créanciers ne devait donc produire ses effets que pour les procédures collectives ouvertes après le 1^{er} janvier 2006. La décision du législateur est conforme au principe jurisprudentiel selon lequel les dispositions d'une loi nouvelle ne s'appliquent qu'aux procédures ouvertes après son entrée en vigueur⁷³⁴, de sorte que les procédures collectives en cours (et les actions en responsabilité liées à ces procédures) resteraient soumises aux règles jurisprudentielles préexistantes. En revanche, l'article 190 de la loi de sauvegarde des entreprises ne précise pas si les concours financiers doivent, eux aussi, avoir obligatoirement été accordés après le 1^{er} janvier 2006 pour que le principe d'irresponsabilité soit applicable ou si cette immunité s'applique aussi aux concours octroyés avant le 1^{er} janvier 2006 à partir du moment où le jugement d'ouverture de la procédure collective est postérieur à cette date. *« La réponse à ces questions aurait pu être explicitement prévue par la loi de sauvegarde, comme c'est le cas pour l'application dans le temps de nombreuses autres dispositions de la loi. Malheureusement, les conditions d'adoption de l'article L. 650-1 du Code de commerce, en particulier l'improvisation et la précipitation qui y ont présidé, expliquent sans doute que ce texte figure aux grands absents des dispositions transitoires expresses (...) Revenant vers les solutions du droit commun de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, on pourrait préconiser l'application des règles en vigueur au moment où est intervenue soit la faute délictuelle soit la conclusion du contrat. Cela reviendrait à conserver, au fond, le régime de responsabilité applicable avant la réforme législative, pour des faits générateurs antérieurs à cette dernière. Pour autant, bien que cela conduise en fin de compte à maintenir pour les crédits consentis antérieurement au 1^{er} janvier 2006 la responsabilité pour soutien abusif, cette solution serait alors fondée sur le principe général de sécurité juridique et de prévisibilité pour les parties. »*⁷³⁵

La Chambre commerciale de la Cour de cassation trancha finalement en

734 Cass. com., 7 avr. 1987, n° 86-14.158 : *Bull. civ. IV*, n° 90.

735 P. HOANG, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, n° 21, p. 1458.

faveur d'une rétroactivité, affirmant, dans un arrêt en date du 16 juin 2012, que l'article L. 650-1 du Code de commerce est applicable, à partir du moment où la procédure collective a été ouverte après le 1^{er} janvier 2006, peu importe si les concours litigieux ont été accordés avant cette date⁷³⁶. Cette solution fut vivement critiquée pour la rétroactivité qu'elle impose⁷³⁷ et pour l'aubaine supplémentaire qu'elle offre aux créanciers. Elle s'inscrit cependant dans la droite ligne d'une jurisprudence établie depuis longtemps à propos de l'application des lois nouvelles aux procédures collectives et se contente d'appliquer les mêmes règles à toutes les actions en responsabilité inhérentes de ces procédures.

B) Les conditions d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce

189. – Plan. *« La loi du 26 juillet 2005 a entendu limiter les possibilités de rechercher la responsabilité des établissements de crédit en cas de soutien abusif, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation est ouverte (ce qui exclut la conciliation, laquelle n'est pas une procédure collective) ; la finalité consiste à ne pas décourager le soutien aux activités économiques de l'entreprise. »*⁷³⁸

Objectif assurément satisfait puisque l'intervention du législateur a eu pour conséquence directe et immédiate de restreindre l'ouverture de l'action en responsabilité du créancier aux cas de fraude, d'immixtion dans la gestion du débiteur ou à de prise de garanties disproportionnées (1°).

Par ailleurs, la Cour de cassation décida d'appliquer une condition issue de sa jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde pour les entreprises et de conditionner la responsabilité du créancier à la démonstration d'un concours fautif, sans que la lettre de l'article L. 650-1 du Code de commerce n'édicte cette condition (2°).

736 Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940 : *Bull. civ. IV*, n° 127 ; *D.* 2012, p. 1670, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2012, 1508, obs. Ph. Pétel ; *Rev. sociétés* 2012, p. 535, obs. Ph. Roussel Galle ; *Banque et droit* sept.-oct. 2012, p. 57, obs. N. Rontchevsky ; *Les Petites Affiches*, 15 avr. 2013, n° 75, p. 4., obs. A.-F. Zattara-Gros.

737 A. LIENHARD, « Immunité en cas de soutien abusif : application dans le temps », *D.* 2012, n° 26, p. 1670.

738 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 123, p. 187-188.

1°) Les cas d'ouverture de l'action en responsabilité (les conditions légales)

190. – Plan. Conformément à l'article L. 650-1 du Code de commerce, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers n'engagent leur responsabilité du fait des concours consentis qu'en cas de fraude (c), d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur (a) ou de prise de garanties disproportionnées (b)⁷³⁹.

Le principe d'irresponsabilité est ainsi accompagné de trois exceptions permettant d'engager la responsabilité du créancier du fait des concours consentis à une entreprise en difficulté. La jurisprudence pouvait, soit décider d'apprécier strictement les exceptions à ce principe d'irresponsabilité afin de garantir une pleine immunité aux créanciers, soit décider d'apprécier largement les cas de fraude, d'immixtion et de disproportionnalité afin de réduire considérablement la portée de ce principe légal d'irresponsabilité.

a) L'immixtion dans la gestion de la société cautionnée

191. – La notion « d'immixtion caractérisée ». La notion d'immixtion ou d'ingérence dans les affaires du débiteur existait préalablement à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises. Pourtant, l'exception d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur prévue par l'article L. 650-1 du Code de commerce n'a pas été clairement définie par le législateur⁷⁴⁰.

« L'immixtion dans la gestion évoque la direction de fait. C'est à elle qu'a songé le législateur en tout cas, comme en attestent les travaux préparatoires. La reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait permet, rappelons-le, d'appliquer diverses sanctions au dirigeant de fait dès lors qu'il a commis des fautes de gestion ou divers agissements répréhensibles, tels que notamment la condamnation à combler l'insuffisance d'actif résultant de la faute de gestion (sur le fondement aujourd'hui de l'article L. 651-2 du Code de commerce). L'immixtion caractérisée visée par l'article L. 650-1 se confond-elle avec la direction de fait ? Il est permis d'en douter.

⁷³⁹ Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 179, p. 163-164.

⁷⁴⁰ D. ROBINE, « La Cour de cassation consolide l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2012/73, n° 4119, p. 21.

Sans doute a-t-on fait valoir que l'exigence d'une immixtion caractérisée est sans grande portée, l'immixtion n'étant admise qu'en présence de faits caractérisés (des faits positifs accomplis en toute indépendance sont exigés par la jurisprudence pour admettre la direction de fait). Mais peut-être ici n'est-il pas nécessaire que soit établie une véritable direction de fait, impliquant une certaine continuité dans la gestion de fait, une activité de gestion. Une immixtion ponctuelle, dès lors qu'elle est suffisamment forte, appuyée, caractérisée donc, suffirait. »⁷⁴¹

192. – L'immixtion et la direction de fait. La Cour de cassation a, semble-t-il, répondu à cette interrogation dans une décision en date du 30 septembre 2007, affirmant que le contrôle de l'emploi des fonds empruntés pour le financement d'une opération ne constitue pas un cas d'immixtion, étant donné qu'il ne confère pas au créancier un **pouvoir de direction** sur l'activité de son client⁷⁴². La seconde partie de cette solution – à savoir : « *étant donné qu'il ne confère pas au créancier un pouvoir de direction sur l'activité de son client* » – offre une grille de lecture intéressante de l'article L. 650-1 du Code de commerce puisqu'elle assimile sans détour l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur à la situation dans laquelle le créancier se comporte comme un dirigeant de fait. Même si la Chambre commerciale de la Cour de cassation ne le dit pas expressément, elle applique sa définition traditionnelle du « dirigeant de fait » à cette situation d'immixtion⁷⁴³. Il convient ainsi de raisonner par syllogisme : si l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur est constituée lorsque le créancier a « *un pouvoir de direction sur l'activité de son client* », que le créancier qui exerce un pouvoir de direction dans l'activité de son client est un dirigeant de fait, alors l'immixtion est caractérisée lorsque le créancier se comporte comme un dirigeant de fait. « *Pour la Cour de cassation l'immixtion suppose l'accomplissement d'actes positifs de gestion que la banque ait un pouvoir*

741 F. MACORIG-VENIER, « Le soutien abusif », in *Le banquier au coeur des risques – Réflexions croisées*, RLDA 2008/24, n° 1497, p. 119.

742 Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677 : *Bull. civ. IV*, n° 267 : *D.* 2007, p. 2870, note X. Delpech ; *Banque et droit*, janv.-févr. 2008, p. 26, obs. Th. Bonneau ; *Dr. et patr.* 2008, n° 168, p. 82, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 26, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

743 Cass. com., 6 févr. 2001, n° 98-15.129 : *Bull. civ. IV*, n° 33. La jurisprudence considère en effet de manière constante que les dirigeants de fait ne sont pas « *les personnes qui se bornent à leur rôle d'investisseurs ou à trouver des solutions de restructuration financière mais, dépassant une intervention à titre de conseil, ont exercé un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil d'administration dans un état de dépendance, en soumettant les décisions de cet organe aux résultats de leurs recherches et de leurs avis* ».

*de direction sur l'activité de son client. Cela suppose qu'elle ait par exemple des représentants parmi les organes dirigeants à la condition toutefois que ceux-ci soient en mesure d'appliquer la politique de la banque. »*⁷⁴⁴

Pour l'heure, la Cour de cassation semble donc apprécier strictement l'exception d'immixtion et considérablement restreindre la possibilité d'y recourir, l'accomplissement de faits positifs accomplis en toute indépendance par le créancier n'étant pas facile à démontrer. Des décisions ultérieures permettront peut-être d'envisager des cas d'immixtion qui ne coïncident pas obligatoirement avec une direction de fait. Certains auteurs militent d'ailleurs pour qu'une « *immixtion ponctuelle suffise dès lors qu'elle est suffisamment forte, appuyée, caractérisée donc* »⁷⁴⁵.

Quoiqu'il en soit, même si la mise en oeuvre de cette exception a vocation à s'assouplir dans l'avenir, il ne faut pas perdre de vue que l'immixtion en elle-même ne suffit pas à engager la responsabilité du créancier sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce, le crédit devant également être en lui-même fautif⁷⁴⁶.

b) La prise de garanties disproportionnées

193. – La notion de « prise de garanties disproportionnées ». *« La loi fait exception au principe d'irresponsabilité "si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées par rapport à ceux-ci". Le législateur reprend le chant de la disproportion des garanties, mais dans une nouvelle tonalité, une nouvelle partition. Il ne s'agit plus, en effet, comme en matière de cautionnement où, après la jurisprudence, la loi a consacré le principe de proportionnalité, d'apprécier la disproportion en comparant le montant de l'engagement et le montant des ressources globales du débiteur. Il faut ici comparer le crédit consenti et les garanties prises. Les termes, les éléments de la comparaison qu'il convient de tenter de préciser diffèrent, mais ce n'est pas là la seule différence. Quelles sont les garanties concernées ? Comment apprécie-t-on la disproportion ? S'agissant des garanties, doivent a priori être prises en compte tant les*

744 D. LEGEAIS, « Critère de l'immixtion fautive de l'établissement de crédit. Nécessité de l'existence d'actes positifs de gestion », *RTD com.* 2008, n° 1, p. 161.

745 F. MACORIG-VENIER, *op. cit.*, p. 119.

746 J. DEVÈZE (dir.), A. COURET (dir.), I. PARACHKÉVOVA (dir.), T. POULAIN-REHM (dir.), M. TELLER (dir.), « Responsabilité du créancier de l'entreprise en difficulté en cas d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur », in *Lamy Droit du financement*, 2014, Partie 5 – Crédit, n° 3510.

sûretés stricto sensu que les sûretés lato sensu, qu'elles soient personnelles ou réelles. Néanmoins, seules les garanties "prises" sont visées, ce qui pourrait conduire à ignorer celles résultant de la loi. Par ailleurs, les garanties à prendre en compte sont celles prises "en contrepartie" du crédit consenti. (...) Comment ensuite apprécier cette disproportion ? Il convient préalablement d'observer qu'elle n'a pas à être manifeste, ce qui devrait permettre d'admettre plus facilement son existence. L'appréciation demeure cependant délicate en l'absence de critère précisé par la loi. A priori, on peut être tenté d'apprécier la disproportion au regard des montants respectifs des crédits et des garanties. D'autres éléments doivent cependant pouvoir être pris en compte, ainsi la solidarité des engagements des cautions, leur solvabilité respective... Pour s'en tenir au montant des garanties, il est logiquement considéré qu'il n'a pas à avoir une correspondance exacte avec le montant des crédits pour éviter le grief de disproportion, un surdimensionnement de la garantie étant naturel pour englober ne serait-ce que les frais. Quant aux garanties, elles sont mentionnées au pluriel. Sans doute le cumul de garanties permettra-t-il plus facilement de caractériser l'excès, la disproportion, mais il ne peut être en soi synonyme de disproportion. Inversement, en dépit de l'emploi du pluriel, il convient de reconnaître qu'il n'est pas nécessaire qu'existent plusieurs garanties pour caractériser la disproportion. Une seule garantie pourrait être disproportionnée. La disproportion sera toutefois, en cette hypothèse, plus difficile à établir. »⁷⁴⁷

La nébuleuse rédaction de l'article L. 650-1 du Code de commerce ne permet pas de répondre à ces interrogations et de définir avec clarté les modalités de mise en oeuvre de la responsabilité du créancier ayant pris des garanties disproportionnées. Les réponses aux interrogations posées par le Professeur Francine Macorig-Venier ne pouvaient dès lors être apportées que par la jurisprudence. Certes, l'exception de prise de garanties disproportionnées prévue par ce texte ne rencontre pas un vif succès dans les prétoires mais les rares décisions rendues par les juridictions du fond permettent néanmoins d'apporter certaines réponses.

194. – L'appréciation de la disproportion. S'agissant d'une question de fait, les juges du fond se sont emparés de la question de l'évaluation de la disproportion et se sont montrés particulièrement favorables aux créanciers.

747 F. MACORIG-VENIER, *op. cit.*, p. 119.

La cour d'appel de Versailles⁷⁴⁸ a estima notamment qu'un cautionnement n'est pas disproportionné, au sens de l'article L. 650-1 du Code de commerce, lorsque le plafond des engagements s'élevait à la somme de 310.000 euros et que les concours de la banque consistaient en un encours maximal de 200.000 euros (outre un découvert tacite autorisé sur le compte courant de la société débitrice). Selon la cour d'appel de Montpellier, la prise de trois sûretés réelles et personnelles⁷⁴⁹ (pour une même caution) en contrepartie de concours d'élevant à 120.000 euros ne sont pas davantage disproportionnées au sens de l'article L. 650-1 du Code de commerce et s'inscrivent « *dans un schéma classique au regard du montant des prêts* »⁷⁵⁰.

Il ressort plusieurs affirmations de ces décisions. Premièrement, la prise de garanties par le créancier constitue une contrepartie normale de l'octroi d'un financement à une entreprise. Ensuite, la disproportion n'est pas établie du seul fait de la pluralité ou de la diversité des garanties prises par le créancier, celui-ci agissant « *dans un schéma classique* » lorsqu'il sollicite plusieurs garanties différentes pour ne pas supporter la charge finale de la dette. Enfin, il n'y a pas disproportion simplement parce que le montant du cautionnement n'est pas proche ou équivalent au montant des concours, de sorte que le « *surdimensionnement de la garantie* » est admis. L'appréciation de la disproportion au sens de l'article L. 650-1 par les juges du fond s'opère donc de façon si restrictive qu'il est permis de se demander dans quelles situations la disproportion pourrait être éventuellement admise par les juges du fond ? Il faudrait sans doute que le créancier exige plusieurs cautionnements solidaires ainsi que d'autres garanties pour un montant considérablement plus élevé que le montant du concours, de sorte que l'on retomberait finalement sur la notion disproportion manifeste. Ces décisions permettent également de conforter l'hypothèse selon laquelle les « *garanties prises* » au sens de l'article L. 650-1 concernent aussi bien les sûretés *stricto sensu* que les sûretés *lato sensu* (personnelles ou réelles), notamment les nantissements, les cautionnements ou encore les assurances invalidité-décès.

Outre le difficile établissement de la disproportion – qui a vocation à décourager les cautions d'agir sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce –, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère que la prise de garanties disproportionnées au sens de l'article L. 650-1 du

748 Versailles, 13^e ch., 5 mai 2011, n° 10/03515.

749 En l'espèce, un nantissement d'un fonds de commerce, une assurance invalidité-décès en qualité d'associé unique et un cautionnement.

750 Montpellier, 2^e ch., 2 nov. 2010, n° 10/00069.

Code de commerce n'est « *qu'un simple cas d'ouverture d'une action en responsabilité pour octroi d'un crédit abusif* »⁷⁵¹ et que la responsabilité du créancier ne peut être engagée que si la caution démontre en sus que les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs⁷⁵².

c) La fraude du créancier

195. – La notion de « fraude ». La position de la Cour de cassation sur l'exception de fraude était à la fois attendue par les commentateurs et redoutée par les créanciers.

*« Une interprétation large des exceptions au principe d'irresponsabilité énoncé, et plus particulièrement de la fraude, auraient en effet pu réduire ce principe à peu de chose. Or, cela était tout à fait envisageable. On sait en effet que la notion de fraude est protéiforme. Parfois, les conditions requises pour la caractériser sont peu exigeantes. Ainsi, aujourd'hui, il n'est plus nécessaire pour caractériser la fraude dans le cadre de l'action paulienne qu'il y ait intention de nuire. La "seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier suffit". On pouvait dès lors craindre qu'une conception aussi large de la fraude soit retenue pour l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce. Elle aurait permis une remise en cause trop facile du principe. Le maintien ou l'octroi d'un crédit par un créancier à une entreprise dont il connaissait la situation irrémédiablement compromise implique en effet la conscience de causer un préjudice aux autres créanciers. »*⁷⁵³

196. – Une définition proche de la fraude pénale. La Chambre commerciale de la Cour de cassation se prononça finalement en faveur d'une interprétation stricte de l'exception de fraude requérant « *une intention frauduleuse de la banque* »⁷⁵⁴ pour engager la responsabilité du créancier dispensateur de crédit. Elle approuva le raisonnement des juges du fond qui

751 P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz-Litec, 2006, n° 23, p. 291 et s.

752 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 : *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *D.* 2012, p. 1455, note R. Dammann et A. Rapp ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 398, obs. Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2012, 1274, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, 1508, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2012, 635, note S. Piedelièvre ; *Banque et Droit* mai-juin 2012, p. 22, obs. Th. Bonneau ; *RD bancaire et fin.* 2012, n° 114, obs. F-J. Crédot et Th. Samin ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 16, obs. R. Routier.

753 D. ROBINE, « La Cour de cassation consolide l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2012/73, n° 4119, p. 21.

754 Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-13.536, inédit.

avaient considéré que « *la fraude, en matière civile ou commerciale, ne se démarque guère de la fraude pénale et qu'il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu, ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive* »⁷⁵⁵.

« *En exigeant la caractérisation de "l'intention frauduleuse" pour entrer dans le cadre de l'exception, la Cour de cassation écarte la possibilité de s'appuyer sur une simple négligence. De même, la seule conscience de causer un préjudice à autrui et notamment aux autres créanciers devrait être insuffisante.* »⁷⁵⁶ Selon la Cour de cassation, l'octroi d'une autorisation de découvert subordonnée à la signature d'un cautionnement, même accordée dans l'unique but d'obtenir une sûreté personnelle et de rompre l'égalité entre les créanciers de la société, ne caractérise pas une intention frauduleuse du créancier⁷⁵⁷. L'intention frauduleuse s'assimilerait ainsi à une faute pénale⁷⁵⁸ et la mise en oeuvre de la responsabilité du créancier ne serait possible que lorsque celui-ci aurait octroyé des crédits illicites à l'entreprise en difficulté ou aurait exercé des manoeuvres frauduleuses intentionnelles pour le seul service de ses intérêts personnels au lieu de soutenir l'activité d'une entreprise ou d'assurer sa pérennité⁷⁵⁹.

L'arrêt du 27 mars 2012 ne donne cependant pas davantage d'indication sur la définition de la fraude ou sur ses conditions de mise en oeuvre et se contente d'opérer un léger contrôle de qualification, laissant ainsi toute latitude aux juges du fond pour apprécier ces situations de fraude au cas par cas⁷⁶⁰. Il convient donc d'attendre des décisions ultérieures pour en savoir davantage sur cette notion de fraude (au sens du dispositif instauré par la loi de sauvegarde des entreprises) et de se concentrer, pour l'heure, sur l'axe majeur développé dans cet arrêt à savoir l'exigence d'un concours fautif en sus de la preuve d'une intention frauduleuse du créancier.

755 Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-23213, inédit : *RLDA* 2013/78, n° 4390, p. 19, obs. D. Demeyere.

756 D. ROBINE, *op. cit.*, p. 21.

757 D. DEMEYERE, « Nouvelles précisions de la Cour de cassation sur le régime de responsabilité des fournisseurs de concours dans le cadre de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2013/78, n° 4390, p. 19.

758 D. LEGAIS, « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E* 2012, 1274.

759 Orléans, 13 janv. 2011 : *JurisData* n° 2011-004601. Selon cette juridiction du second degré, « *le fait d'accorder à une société un crédit de restructuration de trésorerie au vu d'un compte d'exploitation prévisionnel établi par un expert comptable et des éléments de rétablissement indiqués par le dirigeant ne saurait constituer un acte frauduleux ni une immixtion caractérisée* ».

760 D. ROBINE, *op. cit.*, p. 21.

2°) L'établissement d'un concours fautif (la condition jurisprudentielle)

197. – L'ajout d'une condition par la jurisprudence. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de la disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs* »⁷⁶¹.

Il a été précédemment avancé que, quelque soit l'exception invoquée et prouvée par la caution – à savoir : la fraude, l'immixtion ou la prise de garantie disproportion – , celle-ci doit en sus démontrer l'existence d'une faute du créancier dans l'octroi des concours pour engager la responsabilité de celui-ci. Pourtant, la lettre de l'article L. 650-1 du Code de commerce n'exige absolument pas la preuve d'une telle faute pour engager la responsabilité du créancier, elle subordonne simplement la mise en oeuvre de sa responsabilité à un cas de fraude, d'immixtion ou de prise de garanties disproportionnées.

Dans cette décision du 27 mars 2012, la Cour de cassation prend ainsi l'initiative d'ajouter une condition au texte de loi : la responsabilité du créancier ne peut être engagée que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs. Or, il ressort de cette solution que la faute requise par la jurisprudence ne consiste pas à exercer des manoeuvres frauduleuses intentionnelles pour le seul service de ses intérêts personnels (cas de fraude), ni à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise financée (cas d'immixtion), ni même à prendre des garanties disproportionnées (cas de disproportion). En application de la jurisprudence antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, la faute du créancier consiste à accorder un financement à une entreprise en parfaite connaissance de sa situation irrémédiable ou en la fourniture d'un crédit ruineux⁷⁶².

⁷⁶¹ Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 : *Bull. civ.* IV, n° 68 ; *D.* 2012, p. 1455, note R. Dammann et A. Rapp ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 398, obs. Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2012, 1274, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, 1508, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2012, 635, note S. Piedelièvre ; *Banque et Droit* mai-juin 2012, p. 22, obs. Th. Bonneau ; *RD bancaire et fin.* 2012, n° 114, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 16, obs. R. Routier. La solution est désormais classique : Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940 : *Bull. civ.* IV, n° 127 – Paris, 8^e ch., pôle 5, 11 févr. 2014, n° 13-00107 : La mise en oeuvre de la responsabilité du créancier dispensateur de crédit sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce suppose toujours la preuve d'une faute du créancier.

⁷⁶² D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E* 2012, 1274.

Une telle solution peut *a priori* surprendre. En premier lieu parce qu'elle revient à dire que les trois exceptions prévues par le texte – à savoir la fraude, l'immixtion ou la prise d'une garantie disproportionnée – ne suffisent pas à engager la responsabilité du créancier alors que le législateur n'a subordonné la responsabilité du créancier à aucune autre condition. Ensuite, parce qu'il est difficile de comprendre pourquoi la fraude, l'immixtion ou la prise d'une garantie disproportionnée ne constituent pas déjà, en elles-mêmes, une faute du créancier dans l'octroi d'un crédit et quelle(s) qualification(s) juridique(s) leur donner si elles ne sont pas constitutives d'une faute ?

198. – Des exceptions, des cas d'ouverture, des causes de déchéance ?

*« Avant tout l'arrêt du 27 mars 2012 prend parti sur le rôle des trois exceptions visées par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Il ne s'agit pas de "comportements générateurs de responsabilité par détermination de la loi". Il est nécessaire de respecter le droit commun de la responsabilité et de prouver une faute dans l'octroi des concours. L'arrêt va-t-il plus loin et permet-il de déterminer si les trois exceptions sont les seules fautes susceptibles d'être invoquées ou s'il s'agit plutôt de trois causes de déchéance du principe d'irresponsabilité ? Une réponse positive doit être apportée. Il résulte de l'arrêt du 27 mars 2012 que l'existence d'une garantie disproportionnée ne peut constituer la faute exigée. Cette exception joue donc un autre rôle : c'est une cause de déchéance du principe d'irresponsabilité (...) Pour engager la responsabilité du fournisseur du concours, il est nécessaire selon l'arrêt du 27 mars 2012 d'entrer dans l'un des trois cas visés sans pour autant que cela suffise. Il faut, en outre, établir l'existence de concours financiers fautifs. »*⁷⁶³

Les trois exceptions visées par l'article L. 650-1 du Code de commerce ne peuvent donc en aucune façon caractériser la faute du créancier, elles représentent simplement des causes de déchéance du principe légal d'irresponsabilité. Dit autrement, le créancier bénéficie d'une immunité légale sauf lorsqu'il commet une fraude, une immixtion ou qu'il prend des garanties disproportionnées. Lorsque l'une de ces trois situations est établie, la protection offerte au créancier est écartée et la responsabilité civile de celui-ci peut à nouveau être engagée sur démonstration d'une faute, d'un

⁷⁶³ D. ROBINE, « La Cour de cassation consolide l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2012/73, n° 4119, p. 21.

dommage et d'un lien de causalité⁷⁶⁴. « *Ce texte n'a pas pour objet de poser le principe d'une irresponsabilité des créanciers mais d'aménager les conditions dans lesquelles cette responsabilité peut être engagée avec retour à la responsabilité civile lorsqu'il existe un des trois cas prévus par ce texte.* »⁷⁶⁵

Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs précisé que l'article L.650-1 du Code de commerce n'a pas supprimé la responsabilité du créancier, il a simplement vocation à énoncer les cas dans lesquels la responsabilité des créanciers pourrait être engagée du fait des concours consentis. Le législateur a simplement voulu clarifier le cadre juridique de la mise en oeuvre d'une responsabilité qui constituait un obstacle à l'octroi des financements nécessaires à la sauvegarde des entreprises en difficulté⁷⁶⁶. La Cour de cassation ne se livra pas à une autre interprétation de ce texte, dans sa décision du 27 mars 2012, considérant à son tour, que ces trois exceptions constituaient des cas de privations du principe d'irresponsabilité dont bénéficie normalement le créancier. Il s'agit finalement d'une simple condition préalable et obligatoire à la mise en oeuvre de la responsabilité du créancier.

Ainsi, « *la jurisprudence antérieure conserverait tout son intérêt. Le but du texte serait alors d'exiger du demandeur une preuve complémentaire afin de rendre la recherche de responsabilité encore plus délicate. Pour engager la responsabilité de l'établissement de crédit, le demandeur doit non seulement prouver qu'il y a fraude, immixtion ou disproportion des garanties. Il doit aussi, comme par le passé, démontrer l'existence d'un soutien abusif de crédit. Ainsi les trois exceptions sont de simples cas d'ouvertures, causes de déchéance de la protection accordée par l'article L. 650-1 du Code de commerce.* »⁷⁶⁷

199. – Le maintien subséquent de la jurisprudence antérieure. La jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde pour les entreprises n'est donc pas restreinte aux débiteurs ne bénéficiant pas d'une procédure collective ou aux sociétés dont la procédure collective a été

⁷⁶⁴ D. LEGEAIS, « Responsabilité pour fourniture d'un crédit à une entreprise en difficulté fondée sur l'article L. 650-1 du Code de commerce. Exigence d'un crédit fautif », *RTD com.* 2012, n° 2, p. 384.

⁷⁶⁵ Versailles, 13^e ch., 5 mai 2011, n° 10/03515.

⁷⁶⁶ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2005-522 DC du 22 juill. 2005 : *JORF* 27 juillet 2005, n°173, page 12225.

⁷⁶⁷ D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E* 2012, 1274.

ouverte avant le 1^{er} janvier 2006⁷⁶⁸. Elle retrouve une pleine utilité lorsque l'une de ces causes de déchéance de l'immunité est prouvée par la caution et que celle-ci est de nouveau en mesure d'engager la responsabilité du créancier.

La rédaction de l'article L. 650-1 du Code de commerce et l'interprétation qui en est faite dans les prétoires permet d'affirmer que toutes les personnes ayant cautionné une entreprise en difficulté sont traitées de la même façon et doivent répondre aux mêmes exigences pour faire tomber l'immunité légale offerte aux créanciers. La caution, dirigeante ou non, doit ainsi démontrer l'existence d'une fraude, d'une immixtion ou d'une prise de garanties disproportionnées afin d'écarter le principe d'irresponsabilité du créancier dispensateur de crédit. Si la caution parvient à surmonter cet obstacle, elle est de nouveau en mesure d'engager la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit et doit démontrer l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. La preuve de la faute et du dommage n'a jamais occasionné de difficultés particulières pour la caution dirigeante. En revanche, l'établissement du lien de causalité l'écartait jadis de la possibilité d'engager la responsabilité du créancier, de sorte que la « réapplication » de la jurisprudence antérieure pourrait apparaître problématique pour la caution dirigeante. Mais il n'en est rien. D'une part, parce que l'arrêt du 27 mars 2012⁷⁶⁹ « présente même un intérêt pour la qualification d'averti. En effet, la Cour de cassation refuse de suivre le raisonnement proposé par le demandeur au pourvoi consistant à considérer le caractère averti en tenant compte seulement du rôle de la caution au sein de la société financée »⁷⁷⁰, de sorte que les cautions dirigeantes ne sont plus *a priori* exclues de la possibilité d'engager la responsabilité du créancier⁷⁷¹. D'autre part, parce que

768 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 179, p. 164.

769 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 : *Bull. civ.* IV, n° 68 ; *D.* 2012, p. 1455, note R. Dammann et A. Rapp ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 398, obs. Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2012, 1274, note D. Legeais ; *JCP E* 2012, 1508, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2012, 635, note S. Piedelièvre ; *Banque et Droit* mai-juin 2012, p. 22, obs. Th. Bonneau ; *RD bancaire et fin.* 2012, n° 114, obs. F-J. Crédot et Th. Samin ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 16, obs. R. Routier.

770 D. LEGEAIS, « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E* 2012, 1274.

771 Dans un arrêt rendu le 28 janvier 2014, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait retenu qu'une caution avertie ne peut pas reprocher à la banque l'octroi d'un crédit abusif. Pour ce faire, elle s'était attelée à qualifier le dirigeant de « caution avertie » sans déduire cette qualité des seules fonctions de dirigeant dans la société cautionnée. En l'espèce, la caution dirigeante, président du conseil d'administration de la société cautionnée, avait été considérée avertie parce qu'elle était également dirigeant de plusieurs entités juridiques d'un groupe auquel appartenait la société cautionnée et qu'elle était totalement impliquée dans l'opération de restructuration financière qu'elle avait elle-même proposé à la banque (Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-27.703 : *Bull. civ.* IV, n° 20).

« compte tenu de l'interprétation donnée de l'article, il n'est pas certain que la caution ait vraiment intérêt à invoquer ce texte. Il sera plus judicieux pour elle de se fonder sur le droit commun du cautionnement en invoquant le manquement de la banque à son obligation de mise en garde envers elle-même »⁷⁷².

Le devoir de mise en garde se révèle ainsi être un fondement bien plus favorable à l'ensemble des cautions, y compris aux cautions dirigeantes, puisqu'il permet d'échapper aux conditions draconiennes de l'article L.650-1 du Code de commerce.

772 D. LEGEAIS, *op. cit.*

200. – Conclusion chapitre 1. Le sujet de l'information précontractuelle de la caution – qu'il s'agisse de l'obligation précontractuelle d'information, du devoir de mise en garde ou encore du devoir de conseil – joue un rôle prépondérant dans la refonte du statut jurisprudentiel de la caution dirigeante.

Lorsque la Cour de cassation considérait encore que les cautions dirigeantes étaient des cautions informées et présumées averties uniquement parce qu'elles étaient intégrées ou intéressées aux affaires du débiteur principal, elles n'étaient créancières d'aucune forme d'obligation d'information précontractuelle. Le renversement de cette présomption était subordonné à la démonstration de circonstances exceptionnelles justifiant que le créancier ait pu détenir des informations que les cautions ignoraient⁷⁷³.

Cependant, la Cour de cassation considère désormais qu'une caution ne peut plus être présumée informée au seul regard de son intéressement ou de son implication dans les affaires du débiteur principal. Il convient à présent d'observer l'information réellement détenue par celle-ci au jour de la conclusion du cautionnement et ses aptitudes personnelles à la compréhension de ces informations. La qualité de dirigeant ne suffit plus à affirmer *in abstracto* que la caution dirigeante est un contractant averti et les juges du fond doivent apprécier si, dans les faits, la formation, l'expérience et les compétences de la caution dirigeante en faisait une caution avertie⁷⁷⁴.

Après avoir affirmé, dans un arrêt du 12 avril 2012, que la qualité de caution avertie ne saurait résulter du seul statut allégué par le créancier de dirigeant de la société cautionnée, la Chambre commerciale de la Cour de cassation précisa quelles formations, compétences ou expériences devaient détenir *in concreto* une caution dirigeante pour être qualifiée de « caution avertie ». Elle impose depuis lors aux juges du fond d'observer si, dans les faits, les cautions dirigeantes ont une « *compétence particulière en matière financière* »⁷⁷⁵ les qualifiant pour mesurer les risques de l'opération dans laquelle elles s'engageaient. La caution avertie n'est donc plus une caution intéressée, intégrée ou même informée. La caution avertie est ainsi devenue une caution spécialisée en matière de financement et de gestion d'entreprise.

⁷⁷³ Cass. com. 24 juin 2003, n° 00-12.566 : *Bull. civ. IV*, n° 103 – Cass. com., 12 juill. 2005, n° 04-11.605, inédit.

⁷⁷⁴ Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429 : *Bull. civ. IV*, n° 76 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 562, note D. Legeais ; *D.* 2012, p. 1117 ; *RTD com.* 2012, p. 382, obs. D. Legeais.

⁷⁷⁵ Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-26.262, inédit.

Une caution avertie étant désormais un professionnel de la finance et de la gestion d'entreprise, la caution dirigeante sera considérée comme une caution profane si, bien qu'agissant dans le cadre de sa profession, elle conclut le cautionnement en sortant de ces spécialités⁷⁷⁶.

« Dans un souci de protection, la Chambre commerciale adopte ainsi une conception large du non-averti »⁷⁷⁷, si large qu'elle coïncide avec celle de contractant non-professionnel. Comme toute autre caution personne physique et même s'il agit dans le cadre de sa profession, un dirigeant n'est désormais une « caution avertie » que s'il conclut un cautionnement dans le cadre de sa spécialité⁷⁷⁸ et que sa formation et son expérience lui offrent des compétences particulières en matière financière. Cette nouvelle ligne jurisprudentielle mérite d'être saluée car la seule qualité de dirigeant interdisait auparavant d'engager la responsabilité de créanciers disposant d'un regard de spécialiste sur l'opération principale, maîtrisant les ratios d'endettement et sachant mettre en balance les charges avec des perspectives réalistes de bénéfices⁷⁷⁹.

Ainsi, il conviendrait désormais davantage de distinguer entre les cautions professionnelles et les cautions non-professionnelles du financement d'entreprise. Le créancier ne serait dès lors libéré de son obligation précontractuelle d'information, de son devoir de mise en garde ou de conseil qu'à l'égard d'une caution « professionnelle de même spécialité ». À l'égard d'une caution dirigeante, il n'est donc plus question d'une « symétrie d'informations » mais d'une « symétrie de compétences »⁷⁸⁰. L'asymétrie d'information ne reviendra au devant de la scène que lorsque la caution est effectivement considérée comme un contractant professionnel du financement⁷⁸¹.

776 La Cour de cassation reconnaît désormais l'existence d'un devoir de conseil au bénéfice des cautions dirigeantes, estimant que le manque manifeste d'expérience ou de compétences dans le domaine de la finance permet aux cautions dirigeantes d'engager la responsabilité du créancier pour soutien abusif de crédit.

777 D. LEGEAIS, « Conditions de mise en jeu du devoir de mise en garde », *RTD com.* 2012, n° 2, p. 382.

778 G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G* 1979, I 2954. Le contractant « non-professionnel » se différencie du « consommateur » puisqu'il conclut un contrat dans un but professionnel tandis que le consommateur contracte « sans rapport direct » avec sa profession.

779 E. NETTER, « Caution et établissement de crédit : retour sur le devoir de mise en garde et les garanties disproportionnées », *RLDC* 2012/96, n° 4776, p. 23.

780 Expressions empruntées à : E. NETTER, *op. cit.*, p. 23.

781 Cass. com., 4 févr. 2003, n° 98-20.038, inédit – Cass. com., 18 mai 2005, n° 03-13.677, inédit – Cass. com., 24 janv. 2006, n° 04-18.753, inédit – Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-20.884, inédit – Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-10.183, inédit – Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-14.912, inédit. Pour engager la responsabilité du créancier – pour manquement à son obligation d'information précontractuelle, à son devoir de mise en garde ou à son devoir de conseil –, la caution avertie devra alors impérativement

CHAPITRE 2. LES OBLIGATIONS

D'INFORMATION INDIFFÉRENTES À LA

« SYMÉTRIE D'INFORMATIONS »⁷⁸²

201. – Plan. L'inertie du législateur en matière d'information précontractuelle des cautions n'a d'égal que sa frénésie lorsqu'il s'agit d'informer ces mêmes cautions pendant l'exécution paisible du contrat principal (section 1) ou lors de la survenance d'incidents de paiement (section 2)⁷⁸³. Les multiples interventions du législateur en la matière traduisent son intention de protéger un grand nombre de cautions sans prendre en considération leurs aptitudes personnelles à la recherche ou à la compréhension d'informations. Le premier texte imposant aux créanciers bénéficiaires d'un cautionnement d'informer leur cocontractant chaque année, en dehors de tout événement exceptionnel, vit le jour dans les années 1980 et fut inséré dans le Code monétaire et financier à l'article L. 313-22⁷⁸⁴.

démontrer que celui-ci avait, sur sa situation ou celle de l'emprunteur, des informations qu'elle-même ignorait

⁷⁸² E. NETTER, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁸³ Ce procédé était inattendu puisque le législateur n'a jamais souhaité créer une obligation générale d'information en droit du cautionnement. En effet, il est difficilement concevable que la protection de la caution passe nécessairement par son information et, dans le même temps, refuser de se préoccuper de cet élément durant la période de formation du contrat. À moins que le législateur considère que l'information de la caution est plus importante durant l'exécution du contrat que lors de l'échange des consentements pour expliquer l'absence d'obligation générale d'information – ce qui est difficilement acceptable car le moment charnière pour la caution se situe bien au jour de la signature du cautionnement, jour où elle s'engage irrémédiablement –, il faut avouer que ses intentions sont troubles. Si le législateur souhaite véritablement protéger la caution et intégrer une certaine transparence dans ce contrat, il doit faire preuve de cohérence et reconnaître une obligation précontractuelle d'information en faveur des cautions. S'il n'intervient pas en ce sens, son inertie prouvera que la « symétrie d'informations » dans le contrat de cautionnement n'est pas une préoccupation prioritaire, que la protection de la caution ne passe finalement pas par son information ou, pis encore, que le législateur n'a jamais vraiment souhaité accorder une telle protection à la caution. L'esprit de ces lois reste ainsi à définir

⁷⁸⁴ L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier est rédigé comme suit : « Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés

La loi du 1^{er} mars 1984⁷⁸⁵ traduit l'engouement du législateur pour une nouvelle préoccupation : la protection de la caution par l'information. La place réservée à cette disposition révélait toutefois une préoccupation encore limitée à certains cautionnements. En effet, l'insertion de ce texte dans le Code monétaire et financier, dans un titre relatif aux « opérations de banque » et dans une sous-section réservée à l'information des cautions ayant garanti des « crédits aux entreprises » limitait considérablement son domaine d'application.

Une seconde loi intervint dix ans plus tard⁷⁸⁶ afin d'élargir cette obligation d'information à davantage de contrats de cautionnement et, par voie de conséquence, à davantage de cautions. L'objectif poursuivi par la loi du 11 février 1994 n'ayant pas été (complètement) atteint, le législateur oeuvra une nouvelle fois afin de mettre au point une obligation annuelle d'information applicable à un plus grand nombre de cautions et l'inséra dans le Code civil à l'article 2016 (devenu depuis l'article 2293⁷⁸⁷). « *Le but du législateur a été d'empêcher que des cautions, personnes physiques, actionnées par un créancier tombent dans un état d'exclusion. Pour tenter d'arriver à ce résultat, les obligations d'information de cette caution en cours d'exécution de ce contrat ont été multipliées.* »⁷⁸⁸ De nombreux auteurs déplorent cependant le peu d'engouement suscité par cet article et regrettent son absence manifeste en jurisprudence dans un contexte où l'obligation annuelle d'information de la caution est pourtant le fondement de nombreux litiges⁷⁸⁹.

prioritairement au règlement du principal de la dette. »

785 Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises (art. 48). L'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 codifia l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

786 Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (art. 47 II, al. 2) : « *En cas de cautionnement à durée indéterminée consenti par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel, le créancier doit respecter les dispositions prévues à l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.* »

787 Loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions (art. 101) : « *Lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.* »

788 S. PIEDELIÈVRE, « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP G* 1998, I 170.

789 G. BIARDEAUD et Ph. FLORES, « Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux ? », *D.* 2007, n° 3, p. 174. Dix ans après l'entrée en vigueur de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, les magistrats Gérard Biardeaud et Philippe Flores ne recensaient qu'un seul et unique arrêt rendu par la Cour de cassation au visa de l'alinéa 2 de l'article 2293 du Code civil (Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-21.165, inédit) et n'étaient en mesure de dresser un panorama de la jurisprudence fondée sur cette disposition qu'à l'appui d'une décision rendue par une juridiction de première

L'indifférence suscitée par l'article 2293 du Code civil poussa vraisemblablement le législateur à intervenir une dernière fois.

Comme les autres textes l'ayant précédé, la loi du 1^{er} août 2003⁷⁹⁰ dite « *loi Dutreil* »⁷⁹¹ vint se superposer aux autres dispositions spéciales ou de droit commun prévoyant déjà une telle obligation d'information, sans que ces dernières ne soient pour autant modifiées ou abrogées. Selon Valérie Avena-Robardet, « *la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 étend (...) certains mécanismes protecteurs qui n'existaient jusqu'à présent que dans des cas bien particuliers. Mû par le souci d'une plus grande protection de la caution, l'ensemble du dispositif laisse toutefois une impression de précipitation. Son insertion dans la loi par la voie de l'amendement en est sans doute l'explication. Et le moins que l'on puisse dire, c'est que cette réforme était parfaitement inattendue et qu'elle revient étonnamment sur beaucoup de solutions prétorienne laborieusement acquises* »⁷⁹².

Section 1. Les obligations annuelles d'information du créancier

202. – Plan. La multiplication des textes relatifs à l'obligation annuelle d'information de la caution soulève de nombreuses difficultés, notamment en ce qui concerne la délimitation de leur champ d'application respectif. « *Plusieurs dispositions, successivement adoptées, ont été accumulées, sans que les précédentes n'aient été abrogées.* »⁷⁹³ À ce jour, il est possible de dénombrer quatre textes différents dispersés le Code monétaire et financier, le Code civil ou encore le Code de la consommation⁷⁹⁴.

La concurrence entre les dispositions spéciales et le dispositif de droit

instance (TGI Tulle, 22 sept. 2005, n° 04/067).

⁷⁹⁰ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, art. 11-II, dite « *loi Dutreil* », insérée à l'article L. 341-6 du Code de la consommation dans les termes suivants : « *Le créancier professionnel est tenu de faire connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, il rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. A défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information.* »

⁷⁹¹ L'article 11-II du ce texte a été codifié à l'article L. 341-6 du Code de la consommation.

⁷⁹² V. AVENA-ROBARDET, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, n° 30, p. 2083.

⁷⁹³ Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 152, p. 113.

⁷⁹⁴ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 429, p. 143.

commun compliquent la lecture qui peut être faite de cette obligation et son utilisation dans les prétoires. La dernière intervention législative – celle ayant abouti sur la loi Dutreil – fit l'objet de perceptions contradictoires⁷⁹⁵. La doctrine comprenait difficilement pourquoi le législateur était intervenu une nouvelle fois et de façon aussi précipitée à propos d'une obligation qui était déjà prévue par tant d'autres dispositions. Pourtant, elle avouait volontiers que ce texte n'était pas totalement dénué d'intérêt et qu'il avait au moins le mérite de « *généraliser l'obligation annuelle d'information avant le 31 mars (...) et de considérablement restreindre le contentieux né du champ d'application assez restrictif de l'art. L. 313-22 c. mon. et fin.* »⁷⁹⁶. Ce n'était pas tellement la loi du 1^{er} août 2003 qui est condamnée par la doctrine mais la profusion de textes prévoyant une obligation annuelle d'information et leur dispersion dans trois Codes distincts qui exaspèrent les praticiens du droit. Le nouvel article L. 341-6 du Code de la consommation « *a vocation à empiéter sur chacun des trois autres textes qui prévoient une obligation annuelle d'information de la caution, voire plusieurs à la fois. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre l'exemple d'un cautionnement omnibus souscrit par une personne physique pour garantir les dettes d'une entreprise auprès d'une banque. Un tel cautionnement relève cumulativement de l'article 2293, alinéa 2 du Code civil, de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier auquel renvoie l'article 47, II, alinéa 2 de la loi Madelin et, pour finir, de l'article L. 341-6 du Code de la consommation* »⁷⁹⁷. La responsabilité de cet imbroglio textuel n'incombe pas à la jurisprudence, qui se borne à appliquer les textes au regard de leur domaine, mais au législateur qui a superposé les obligations d'information sans aucune vision d'ensemble. Or, quand on sait que d'un texte à l'autre le contenu de l'information n'est pas le même, que la date à laquelle l'information doit être délivrée à la caution n'est pas la même et que la sanction du défaut d'information n'est pas la même non plus, on comprend que la rédaction d'un texte unique inclus dans le Code civil

795 La doctrine critiquait unanimement l'insertion de ce texte dans le Code de consommation qui ne contenait jusqu'alors qu'un seul article relatif au contrat le cautionnement. Le Professeur Laurent Aynès observait avec perplexité la place choisie pour cette disposition, estimant « *qu'au fond, tout aurait dû conduire à la placer dans le Code civil. L'inspiration profonde de cette loi est la protection de la personne physique, notamment, contre les risques de l'endettement ; cette protection étant elle-même justifiée par l'idée de dignité de la personne. Et s'il y a bien un endroit où ces dispositions doivent avoir leur place, c'est dans le Code civil* » (L. AYNÈS, « L'actualité du droit des sûretés personnelles en 2003 », *RLDC* 2004/5 suppl., n° 210, p. 27).

796 V. AVENA-ROBARDET, *op. cit.*, p. 2083.

797 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 315, p. 221.

*relèverait du bon sens le plus élémentaire »*⁷⁹⁸.

Pour autant, il n'était pas possible de supprimer l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier au bénéfice de l'article L. 341-6 du Code de la consommation ou encore d'abandonner ces dispositions spéciales au bénéfice du texte de droit commun puisque, même si leur finalité est semblable, leur domaine d'application (§1) et leur contenu (§2) ne sont pas analogues⁷⁹⁹. Toute la difficulté est alors de savoir quel texte appliquer en quelles circonstances et si toutes ces dispositions recouvrent *in fine* la totalité de la mosaïque.

§ 1 : Le domaine des obligations annuelles d'information

203. – Plan. Les différents dispositifs prévoyant une information annuelle au bénéfice des cautions ne peuvent être distingués qu'à travers leur domaine d'application respectif. Le contractant qui ne prend pas la peine d'examiner le champ d'application de chaque texte n'est pas en mesure de savoir quelle information communiquer annuellement (le créancier ne sait pas quels textes s'imposent à lui) ou invoquer à l'appui de ses prétentions (la caution ne sait pas quelles dispositions ont été violées).

En 1984, le législateur avait initialement choisi de réserver cette obligation à certains créanciers spécialisés dans le domaine bancaire et chevronnés à ce type d'engagements. Cependant, ses interventions successives ont eu pour effet d'étendre cette obligation à une liste sans fin de bénéficiaires de cautionnements (I). Le législateur suivit la même logique d'extension en ce qui concerne la nature des contrats concernés par l'obligation annuelle d'information. En effet, si lors de ses premières interventions, le législateur accordait de l'importance à la nature du contrat principal et/ou du contrat de

⁷⁹⁸ Ch. JUILLET, « Le domaine d'application de l'obligation annuelle d'information de la caution de l'article L. 341-6 du Code de la consommation », *D.* 2013, n° 8, p. 547.

⁷⁹⁹ Les difficultés liées à la profusion des textes sont surtout visibles lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition aux établissements de crédit et de comprendre la logique du législateur en la matière car, comme l'explique le Professeur Laurent Aynès, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier est une disposition spéciale qui l'emporte sur la loi générale et qui doit donc s'appliquer prioritairement aux établissements de crédit mais « *chronologiquement, la règle spéciale a précédé la règle générale. Ce qui soulève tout de même un problème de logique parce que l'esprit du mécanisme règle spéciale par rapport à la règle générale suppose que le législateur ait voulu introduire un régime particulier par rapport à un régime général qui, par hypothèse, préexiste* » (L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 27). Afin d'y voir un peu plus clair dans ce mille-feuilles législatif, il faudrait peut-être considérer cet article L. 313-22 comme la règle générale, la disposition de droit commun. La jurisprudence semble d'ailleurs se positionner en ce sens puisqu'elle a construit la quasi-totalité du régime juridique applicable à l'obligation annuelle d'information à partir de cette disposition.

cautionnement, il manifesta finalement une totale indifférence sur ce point afin d'étendre cette obligation au plus grand nombre de cautions (III). Le législateur n'eût en revanche nul besoin d'accomplir des efforts d'extension en ce qui concerne les cautions créancières de ces obligations d'information puisque, si celui-ci a effectivement parfois distingué entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales⁸⁰⁰, il n'a jamais conditionné le bénéfice de l'information annuelle à la qualité de la caution, a toujours refusé de créer des catégories entre les cautions personnes physiques et de stigmatiser les cautions dirigeantes (II).

I – La qualité de « débiteur » de l'obligation d'information annuelle

204. – Le « débiteur » au sens de l'art. L. 313-22 C. mon. fin. (modifié par l'ordonnance du 27 juin 2013). Quels établissements sont concernés par l'obligation d'information prescrite par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ? Initialement, l'obligation annuelle d'information prévue par ce texte ne s'imposait qu'aux établissements de crédit⁸⁰¹. Ces derniers étaient définis par l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier comme des « *personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1* ». L'article L. 311-1 prévoyant, quant à lui, que les opérations de banque consistent en « *la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement* ». Puis, la loi du 11 février 1994⁸⁰² vint élargir le champ d'application de la loi du 1^{er} mars 1984 en étendant l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier à tous les créanciers sans opérer de distinction entre eux. Cependant, l'opération d'extension entreprise par le législateur se limitait au seul cas du « *cautionnement à durée indéterminée consenti par une personne physique pour garantir la dette professionnelle d'un entrepreneur individuel* ». Enfin, l'ordonnance du 27 juin 2013⁸⁰³

800 L'ancien article 2016 du Code civil écartait les cautions personnes morales de son dispositif.

801 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 153, p. 114.

802 Loi n° 94-126 du 11 février 1994, art. 47, II.

803 L'article 3 de l'ordonnance du 27 juin 2013 modifia l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier qui dispose, depuis le 1^{er} janvier 2014, que « **les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au**

relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement⁸⁰⁴ modifia la définition française des établissements de crédit⁸⁰⁵ afin de mettre cette notion en conformité avec le droit communautaire⁸⁰⁶.

Depuis le 1^{er} janvier 2014, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier vise donc expressément deux catégories d'établissements comme étant débiteurs d'une obligation annuelle d'information à destination des cautions : les établissements de crédit et les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise.

205. – Le « débiteur » au sens de l'art. 2293 C. civ. Lorsque le législateur souhaite créer une obligation annuelle d'information de droit commun, il l'inséra tout naturellement dans le Code civil, à l'emplacement réservé aux sûretés, plus particulièrement au cautionnement.

L'objectif étant d'instituer une obligation étendue, applicable à tous les cautionnements de droit commun, la législateur fit preuve de cohérence

31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée ».

804 Article 3 de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement.

805 Une redéfinition des établissements de crédit était nécessaire puisque la conception française de ces derniers « n'était pas en harmonie avec la définition européenne qui définit les établissements de crédit comme "une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte" » (Th. BONNEAU, « La réforme des établissements de crédit. – Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 », *JCP E* 2013, 1429). L'article 4 de l'ordonnance du 27 juin 2013 modifia ainsi l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier et offrit une nouvelle définition des établissements de crédit : « les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1 ». Afin de ne pas exclure certains professionnels du régime applicable aux établissements de crédit et de ne pas réduire le champ d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier le Gouvernement créa une nouvelle catégorie de prestataires de services bancaires : les sociétés de financement (J. LASSERE CAPDEVILLE, « Harmonisation du statut de l'établissement de crédit à l'échelle de l'Union Européenne », *JCP G* 2013, 805).

806 La réforme du statut des établissements de crédit ne résulte pas d'un simple souhait d'harmonisation mais d'une obligation de se mettre en conformité avec un règlement européen d'application directe comme l'explique le communiqué de presse du Conseil des ministres du 26 juin 2013 : « cette ordonnance réforme le statut d'établissement de crédit en vue de l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014 du règlement européen CRR ("Capital requirements regulation"), qui transpose en Europe le nouveau cadre prudentiel dit de Bâle III, adopté en décembre 2010 par le Comité de Bâle. Ce règlement européen harmonise en particulier la définition d'établissement de crédit au niveau communautaire. L'ordonnance aligne la notion d'établissement de crédit dans le droit français avec la définition communautaire. Elle permet également aux entités qui sont actuellement agréées en tant qu'établissements de crédit et qui ne répondent plus à la définition européenne de poursuivre leur activité, au sein d'un nouveau statut de société de financement, distinct de celui d'établissement de crédit. Les sociétés de financement seront autorisées à octroyer des crédits mais ne pourront pas collecter de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public. »

lorsqu'il ne distingua aucune catégorie de créanciers bénéficiaires d'un cautionnement lors de la rédaction de l'article 2016 du Code civil (devenu l'article 2293 depuis la réforme du droit des sûretés).

L'obligation annuelle d'information de droit commun, instauré par la loi du 29 juillet 1998, concerne ainsi potentiellement tous les créanciers, personnes morales ou physiques, professionnels ou particuliers, dès lors qu'ils sont bénéficiaires d'un contrat de cautionnement pour garantir leur créance⁸⁰⁷.

206. – Le « débiteur » au sens de l'art. 341-6 C. consom. Selon la première Chambre civile de la Cour de cassation, les dispositions de l'article L. 341-6 du Code de la consommation s'appliquent à tout cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel⁸⁰⁸.

Le législateur cibra ainsi une catégorie spécifique de créanciers dans la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 : celle des « créanciers professionnels ». La volonté d'opérer une distinction entre les créanciers put surprendre dans la mesure où les lois du 11 février 1994 et du 29 juillet 1998 s'étaient justement attelées à ne plus discerner aucune catégorie de créanciers et à imposer cette obligation d'information à tous les contractants ayant sollicité un cautionnement. En revenant à une obligation ciblée sur les créanciers professionnels et en insérant cette disposition dans le Code de la consommation, le législateur amorçait en réalité la conception contemporaine du contrat de cautionnement⁸⁰⁹.

Ainsi, tous les créanciers ayant sollicité un cautionnement sont désormais tenus de délivrer une information annuelle à la caution en vertu de l'un ou de l'autre de ces textes. L'article 2293 du Code civil ne s'intéresse pas à la qualité du débiteur de l'information, de sorte que tous les créanciers sont

807 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 315, p. 221.

808 Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, n° 08-17.719, inédit – Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 10-28.372 : *Bull. civ. I*, n° 251.

809 Il ne s'agit plus de considérer le cautionnement comme un contrat réservé au domaine bancaire et de protéger les cautions contre les banques ; il faut désormais concevoir le cautionnement comme un contrat teinté de consumérisme protégeant les cautions contre tous les créanciers professionnels. L'insertion (contestée) de ce texte dans le Code de la consommation confirme cette impression puisque ce Code est par nature dédié aux relations entre une partie forte (un professionnel) et une partie qui mérite une protection particulière parce qu'elle contracte avec un professionnel. Si le législateur n'avait pas souhaité donner une dimension consumériste au contrat de cautionnement, il n'aurait jamais inséré ce texte dans le Code de la consommation et, *vice versa*, s'il n'avait pas visé les créanciers professionnels comme débiteurs de cette nouvelle obligation d'information, l'insertion de ce dispositif dans le Code de la consommation n'aurait effectivement eu aucun sens.

potentiellement tenus d'exécuter l'obligation d'information de droit commun⁸¹⁰. L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier concerne tous les établissements de crédit⁸¹¹ et – depuis l'ordonnance du 27 juin 2013 – toutes les sociétés de financement. Enfin l'article L. 341-6 du Code de la consommation met une obligation d'information à la charge de tous les créanciers professionnels, donnant ainsi au contrat de cautionnement un aspect consumériste. En juxtaposant ces trois textes, force est de constater que si la caution ne bénéficie pas de l'une de ces informations annuelles c'est en raison soit de sa propre qualité, soit de la nature des contrats conclus.

II – La qualité de « créancier » de l'obligation d'information annuelle

207. – Plan. La délivrance d'une information à la caution par le créancier est traditionnellement conditionnée à la qualité de cette dernière. Le caractère profane ou averti d'une caution détermine généralement les obligations dont le créancier est tenu à son égard lors de la formation du contrat. La création de ces catégories de cautions par la jurisprudence avait pour seul objectif d'appliquer aux cautions dirigeantes un régime juridique plus sévère que celui applicable aux cautions néophytes. La « caution dirigeante » est cependant une création prétorienne qui s'applique sans difficulté aux constructions jurisprudentielles mais qui se transpose difficilement à des textes d'origine légale, pour la bonne et simple raison que le législateur n'a jamais souhaité opérer de différences entre les cautions personnes physiques. En effet, ni la loi du 1^{er} mars 1984 (A), ni les textes ultérieurs (B) n'ont exclu une catégorie de cautions personnes physiques. Dès lors, la jurisprudence n'avait aucune raison de distinguer là où la loi ne distinguait pas.

A) L'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier aux cautions dirigeantes

208. – Une dissonance prétorienne à propos des cautions dirigeants. La détermination des créanciers de l'obligation annuelle d'information prévue

⁸¹⁰ Les autres conditions posées par ce texte doivent néanmoins être respectées pour que le créancier soit tenu d'informer annuellement la caution. L'article 2293 du Code civil exige en outre que le cautionnement ait été consenti par une personne physique et que l'engagement de cette dernière soit indéfini.

⁸¹¹ Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 155, p. 142.

par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier a fait l'objet de nombreuses décisions contradictoires en jurisprudence, d'autant plus que la loi du 11 février 1994 n'avait apporté aucune précision sur la qualité de la caution visée par ce texte et s'était contentée de renvoyer à l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984.

Le fait que le législateur n'ait apporté aucune précision pouvait traduire une volonté d'appliquer cette disposition à toutes les cautions personnes physiques ou morales sans aucune distinction mais certaines juridictions ne l'entendaient pas ainsi et estimaient que dans le silence de la loi, il fallait donner un sens à ce texte⁸¹².

Contre toute attente, la Cour de cassation estima qu'il n'y avait pas lieu de distinguer là où la loi ne distinguait pas et que « *l'obligation d'information prévue par l'article 48 doit être respectée même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation* »⁸¹³. Les différentes Chambres de la Cour de cassation formèrent ainsi un consensus, affirmant que les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier s'appliquent au profit de toute caution⁸¹⁴, fût-elle dirigeante de la société cautionnée⁸¹⁵. Ainsi,

812 Les juges du fond estimaient que certaines cautions ne devaient pas bénéficier de cette obligation annuelle d'information. Le point de divergence entre les différents degrés de juridictions se situait ainsi sur le sort de la caution dirigeante. Les juges du fond estimaient que « *l'article 48 n'a pas à s'appliquer lorsque la caution, dirigeant de la société cautionnée, ne pouvait ignorer le montant des engagements de la société puisque sa qualité le rendait destinataire des relevés de compte et lui permettait de connaître la position du débiteur principal* » (Montpellier, 3 mai 1990 : *Banque* 1991, p. 92, obs. J.-L. Rives-Lange – Rennes, 1^{er} ch., 10 avr. 1991, *JurisData* n° 1991-044756 : *RD bancaire et bourse* 1992, p. 80, obs. M. Contamine-Raynaud – Dijon, 1^{er} ch., 11 févr. 1993, *JurisData* n° 1993-040646 : *Gaz. Pal.* 1994, n° 1, p. 196). En réalité, les juridictions d'appel ne faisaient que se conformer au régime jurisprudentiel habituellement dévolu à la caution dirigeante, estimant que le dirigeant était nécessairement au courant – ou du moins en mesure de se renseigner – sur l'évolution de la dette contractée par sa société. La caution dirigeante peut, sauf circonstances exceptionnelles, connaître l'état des engagements contractés par sa société et, comme l'indiquaient les juges d'appel, avoir accès aux relevés de compte qui lui permettent de connaître la position exacte de la dette cautionnée. L'information annuelle n'était, selon cette conception applicable durant la formation du contrat, tout simplement pas nécessaire puisque la caution dirigeante avait la possibilité de se procurer ses informations par ses propres moyens.

813 Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15183 : *Bull. civ.* IV, n° 203 ; *D.* 1994, p. 177, note J. Ngafaounain ; *Bull. Joly* 1993, p. 759 ; *JCP G* 1993, II 22147, note H. Croze ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 155, note Th. Bonneau ; *RTD com.* 1993, p. 698, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *Banque* 1993, p. 94, obs. J.-L. Guillot ; *RD bancaire et bourse* 1993, p. 255, obs. M. Contamine-Raynaud – Cass. com., 5 oct. 1993, n° 90-20.313, inédit : *D.* 1993, p. 230 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 3, note Th. Bonneau – Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1996, n° 94-10789 : *Bull. civ.* I, n° 109 ; *Dr. sociétés* 1996, comm. 143, note Th. Bonneau ; *Dr. et patr.* 1996, n° 41, p. 76, obs. B. Saint-Alary – Cass. com., 25 juin 2002, n° 98-20.953, inédit : *D.* 2002, p. 2676.

814 « *La qualité de caution n'a pas d'influence sur l'existence de l'obligation du créancier : peu importe que la caution soit "avertie" ou non* » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 701, p. 524).

815 Cass. com., 13 avr. 2010, n° 08-20.923, inédit : *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 63, obs. A. Cerles ; *Gaz. Pal.* 9-10 juill. 2010, n° 191, p. 23, note P. Pailler – Cass. 1^{re} civ., 22

« l'information est due aussi bien aux cautions profanes qu'aux cautions dirigeantes pourtant censées être mieux informées »⁸¹⁶.

Cette solution était relativement inespérée dans la mesure où la Cour de cassation avait toujours considéré les cautions dirigeantes comme des cautions présumées informées. Or, il semble contradictoire que la Cour de cassation reconnaisse que la caution dirigeante est présumée informée durant la phase précontractuelle mais qu'elle est en droit d'ignorer ces mêmes informations durant l'exécution du contrat de cautionnement. Cette solution affirmée et réaffirmée par la Chambre commerciale et par la première Chambre civile remet donc en question la façon de concevoir et de juger le droit du cautionnement : *« la décision des hauts magistrats de faire bénéficier toutes les cautions sans distinction de l'obligation annuelle peut surprendre dans la mesure où un rapide état des lieux de la jurisprudence de la Cour de cassation fait apparaître que cette dernière accorde un rôle non négligeable à la qualité de la caution lorsqu'il s'agit d'une information due au moment de la souscription de l'engagement. (...) En attachant ainsi des effets différents à la qualité de la caution selon la période à laquelle se situe le devoir invoqué, les hauts magistrats sèment le trouble et suscitent l'incompréhension des juges du fond »⁸¹⁷.*

209. – Une obligation d'information indifférente à la qualité de la caution. Les différents degrés de juridiction prenaient autrefois toujours en compte la qualité de la caution pour interpréter les textes relatifs au contrat de cautionnement ou pour construire le régime juridique applicable à ces contractants. S'il est aujourd'hui possible de parler de « caution dirigeante » et, plus largement, de « caution profane » ou de « caution avertie », c'est uniquement parce que la jurisprudence n'a jamais cessé d'opérer des distinctions entre les cautions personnes physiques. Le législateur n'ayant jamais employé ces termes, ni même souhaité isoler les dirigeants des autres cautions personnes physiques, la catégorie des cautions dirigeantes n'existe que parce que la jurisprudence l'a créée et a opéré de telles distinctions entre les cautions. En jugeant de la sorte et en refusant de prendre en compte de la qualité de la caution durant l'exécution du contrat, la Cour de cassation

janv. 2009, n° 07-12.134, inédit : *Banque et droit*, mai-juin 2009, p. 24, obs. Th. Bonneau.
816 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 302, p. 228.

817 È. RICHARD, « L'obligation d'information annuelle de la caution dirigeante », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 20.

gomma tout spécificité à la caution dirigeante. Durant la vie du contrat, la caution dirigeante n'existe donc plus, elle a le droit à la même information que tout autre caution⁸¹⁸. La Chambre commerciale de la Cour de cassation est allée encore plus loin en précisant que cette obligation d'information profite à toutes les cautions averties⁸¹⁹.

Lors de la formation du contrat, les informations dont peut disposer la caution et son aptitude à les comprendre déterminent son droit à l'information puisque la Cour de cassation considère que la caution qui a les moyens ou les compétences pour accéder à l'information doit obligatoirement se renseigner et ne peut pas se prévaloir de son incurie. Durant la vie du cautionnement, la réception de l'information n'est en revanche pas suspendue à l'obligation de se renseigner de la caution. La caution dirigeante est ainsi devenue un *quidam* du droit du cautionnement.

B) L'application des autres dispositifs d'information annuelle aux cautions dirigeantes

210. – *Ubi lex non distinguit.* Au sujet des cautions créancières d'une obligation annuelle d'information, les articles 2293 du Code civil et L. 341-6 du Code de la consommation ne posent pas de difficultés majeures. Le bénéficiaire de l'information prévue par l'article 2293 du Code civil est une caution « *personne physique* » et les cautions personnes morales sont expressément exclues de ce texte. Rien de plus logique, quand on sait que la loi du 29 juillet 1998 est relative à la lutte contre les exclusions visant les personnes physiques. Le texte ne distinguant pas entre les différentes personnes physiques, il n'y a, semble-t-il, pas lieu d'exclure les cautions dirigeantes du bénéfice de cette disposition.

De même, l'article L. 341-6 du Code de la consommation vise toutes les cautions personnes physiques sans en exclure aucune. Les cautions dirigeantes n'ont *a priori* aucune raison d'être écartées de ce dispositif et de ne pas bénéficier de l'interprétation retenue par la Cour de cassation à propos de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier⁸²⁰. L'adage *ubi lex non*

818 En raisonnant de la sorte, la Cour de cassation avait ainsi affirmé qu'il était inutile d'apprécier *in concreto* si le dirigeant était effectivement informé puisque ce dernier doit recevoir l'information annuelle prévue par l'article L. 313-22 même s'il détient toutes les informations relatives à la situation de sa société. Les informations dont dispose la caution n'ont donc aucune incidence sur l'obligation faite au créancier de délivrer l'information annuelle.

819 Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-10.196, inédit.

820 Selon le Professeur Dominique Legeais, « *la jurisprudence a conféré une large portée à*

distinguit, nec nos distinguere debemus milite en faveur de cette affirmation. En effet, l'obligation annuelle d'information – qu'elle soit issue de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, de l'article 2293 du Code civil ou encore de l'article L. 341-6 du Code de la consommation – est d'origine légale et, selon un célèbre adage : là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. Le législateur n'ayant jamais manifesté son intention d'exclure les cautions dirigeantes de ces dispositifs – ni même de différencier les cautions dirigeantes des autres cautions personnes physiques –, la jurisprudence devait céder⁸²¹. Cependant, certains auteurs déplorent la position retenue par la Cour de cassation, estimant qu'une application restreinte de l'obligation d'information annuelle aux seules cautions profanes permettrait de rester dans la tendance contemporaine consistant à distinguer selon la qualité de la caution⁸²². Pourtant, force est de constater que la tendance contemporaine ne consiste plus vraiment à traiter différemment les cautions dirigeantes mais, au contraire, à leur faire profiter du même régime juridique que celui applicable aux autres cautions capables de s'informer. Isoler une catégorie de cautions uniquement parce qu'elles dirigent la société cautionnée s'inscrit de moins en moins dans la tendance jurisprudentielle et ne s'est, pour sûr, jamais inscrite dans la tendance du législateur. L'évolution de la jurisprudence à l'égard des cautions dirigeantes ne fait finalement que se conformer à la volonté que le législateur exprime à chaque intervention.

211. – L'ignorance légitime de la caution dirigeante. Un autre argument milite en faveur d'une information annuelle au bénéfice des cautions dirigeantes, il est fondé sur la nature même des informations communiquées par le créancier.

Selon les juges du fond, auparavant réticents à offrir un tel droit aux cautions dirigeantes, « *l'article 48 n'a pas à s'appliquer lorsque la caution, dirigeant de la société cautionnée, ne pouvait ignorer le montant des engagements de la société puisque sa qualité le rendait destinataire des relevés de compte et*

cette disposition en considérant que l'information était due aussi bien aux cautions profanes qu'aux cautions dirigeantes pourtant censées être mieux informées » (D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 302, p. 228).

821 La logique est différente concernant l'obligation précontractuelle d'information puisque cette dernière est d'origine prétorienne et qu'il appartient aux juridictions de délimiter le champ d'application d'une obligation qu'elles ont créé en forçant le contrat. Il convient de relever que le législateur est traditionnellement plus clément à l'égard des cautions dirigeantes que la jurisprudence.

822 É. RICHARD, « L'obligation d'information annuelle de la caution dirigeante », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 20.

lui permettait de connaître la position du débiteur principal »⁸²³. Cependant, cette conception est réductrice en ce qui concerne le contenu des informations à communiquer annuellement à la caution car celles-ci ne se limitent pas à l'état ou à l'évolution de la dette – autrement dit, à la position du débiteur principal – mais concernent également la faculté de résiliation de la caution. Si la caution dirigeante peut effectivement être au courant des sommes déjà remboursées par sa société et de celles restant à payer, elle n'a pas forcément connaissance de la faculté de résilier son engagement, ni des formalités à accomplir pour opérer cette résiliation. Or, l'article L. 341-6 du Code de la consommation, comme l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, prévoient expressément la délivrance de cette information.

Ainsi, même si l'on considère que la caution dirigeante est en mesure de se renseigner sur les termes du contrat principal, elle n'est pas censée connaître les modalités de résiliation du contrat de cautionnement et sa qualité de dirigeant ne lui donne aucune connaissance particulière sur sa position dans le contrat de cautionnement.

Au regard du régime juridique applicable aux cautions dirigeantes d'après l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et après les deux arguments qui viennent d'être soutenus, il n'existe ainsi aucune raison sérieuse d'écarter les cautions dirigeantes des dispositifs instaurés dans le Code civil et dans le Code de la consommation à propos de l'obligation annuelle d'information de la caution⁸²⁴.

III – Les contrats concernés par l'obligation d'information annuelle

212. – Plan. Lorsqu'on s'intéresse aux champs d'application des différents textes prévoyant une obligation annuelle d'information de la caution, il ne suffit pas d'évoquer la qualité des contractants, il faut également examiner la nature des contrats en cause.

L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier s'intéresse plus

823 Montpellier, 3 mai 1990 : *Banque* 1991, p. 92, obs. J.-L. Rives-Lange – Rennes, 1^{er} ch., 10 avr. 1991, *JurisData* n° 1991-044756 : *RD bancaire et bourse* 1992, p. 80, obs. M. Contamine-Raynaud – Dijon, 1^{er} ch., 11 févr. 1993, *JurisData* n° 1993-040646 : *Gaz. Pal.* 1994, n° 1, p. 196.

824 Cass. 1^{re} civ., 14 jan. 2010, n° 08-17.719, inédit. La première Chambre civile de la Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée en ce sens dans une décision inédite du 14 janvier 2010, jugeant que l'article L. 341-6 du Code de la consommation s'applique à tout cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel, y compris aux cautions dirigeantes.

particulièrement à la nature du contrat principal et exige certaines caractéristiques de ce dernier pour que la caution bénéficie de ce dispositif (A). En revanche cet article est complètement indifférent à la nature du contrat de cautionnement. Au contraire, l'article 2293 du Code civil et l'article 47, II de la loi du 11 février 1994 exigent un certain type de cautionnement pour que la caution puisse se prévaloir de ces dispositifs (B). Enfin, l'article L. 341-6 du Code de la consommation se désintéresse à fois de la nature du contrat de cautionnement et de la nature du contrat principal garanti. Toutes les formes de cautionnement et toutes les dettes garanties par des personnes physiques au bénéfice de créanciers professionnels sont par conséquent visées (C).

A) La nature du contrat cautionné : une condition d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier

213. – Le cautionnement d'un « concours financier ». Pour que l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier soit applicable à un contrat, le cautionnement – qu'il soit conclu sous la forme authentique⁸²⁵ ou sous seing privé – doit garantir un concours financier accordé à une entreprise.

La notion de « concours financier » englobe, selon la Cour de cassation, les contrats de prêt accordés par un établissement de crédit ou une société de financement⁸²⁶ afin d'acquérir une entreprise, d'augmenter son capital social⁸²⁷ ou plus simplement de satisfaire ses besoins d'exploitation⁸²⁸.

En revanche, toutes les autres opérations susceptibles d'être effectuées par un établissement de crédit ou une société de financement ne constituent pas un « concours financier » au sens de ce texte⁸²⁹. La jurisprudence a notamment fait le choix d'exclure le contrat de crédit-bail de cette catégorie, jugeant que « le crédit-bail ne constitue pas un concours financier »⁸³⁰. L'expression « concours financier » concerne donc uniquement les opérations de crédit

825 Versailles, 1^{er} ch., 22 juin 1995 : *JurisData* n° 1995-045948. La forme authentique d'un cautionnement ne dispense pas le créancier d'accomplir son obligation annuelle d'information envers la caution.

826 Depuis l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement.

827 Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2004, n° 02-19.445 : *Bull. civ. I*, n° 186 ; *D.* 2004, p. 2498 ; *JCP E* 2005, 176, obs. Ph. Simler ; *RTD com.* 2004, p. 748, obs. C. Champaud et D. Danet.

828 Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2003, n° 00-16.694 : *Bull. civ. I*, n° 34 ; *D.* 2003, p. 689 ; *JCP E* 2003, 538 ; *RJDA* 2003, n° 882.

829 Cass. com., 3 déc. 2003, n° 99-12.653 : *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *D.* 2004, p. 206, obs. V. Avena-Robardet ; *RJDA* 2004, n° 476.

830 Cass. 3^e civ., 23 juin 2004, n° 02-14289 : *Bull. civ. III*, n° 125 ; *JCP E* 2004, 1367 ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2004, p. 86, obs. Th. Bonneau ; *RJDA* 2004, n° 1382.

qu'une société peut conclure pour sa création ou son fonctionnement, dès lors que l'objet de ce contrat principal constitue bien un prêt d'argent⁸³¹.

Ainsi, toutes les opérations qui n'ont pas pour objet un transfert direct de fonds ne sont pas concernées par ce texte. *« On ne peut s'empêcher de regretter les limitations légales du champ d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Il est certain qu'en l'état il ne saurait s'appliquer à la caution intervenant dans une opération de location assortie d'une option d'achat. La lettre de ce texte s'y oppose. Mais qu'en est-il de l'esprit du texte ? En effet, quelle est l'ambition de l'obligation figurant à cet article ? Logiquement de permettre à la caution de connaître l'évolution de la dette, et ainsi du risque qu'elle a pris. (...) Rien ne légitime, hormis les termes employés par l'article L. 313-22, un traitement aussi différencié de situations concernant des cautions méritant une même protection. L'exclusion légale est, dès lors, critiquable selon nous. En conséquence, il pourrait être judicieux de compléter les termes employés par l'article étudié. Il suffirait que ce dernier ne vise plus simplement "les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale", mais "les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant consenti un crédit à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale". »*⁸³²

214. – Le cautionnement d'une « entreprise ». La notion « d'entreprise » est tout aussi importante que celle de « concours financier » mais elle est plus difficile à cerner car il n'existe aucune définition légale de ce terme. Pourtant, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne s'applique que si le débiteur principal cautionné est une entreprise.

Dans le silence de la loi, la jurisprudence a donc été contrainte de proposer une définition et de décider qu'une entreprise *« est caractérisée par la réunion de moyens matériels et humains mis en oeuvre dans une organisation spécifique afin de produire, de façon répétée, des biens ou des*

⁸³¹ En excluant le crédit-bail ou le cautionnement bancaire, la jurisprudence a, en réalité, choisi d'écarter de cette qualification tous les contrats qui n'ont pas pour seul objet la délivrance directe de fonds à une entreprise mais qui ont un caractère mixte ou accessoire à cet objet.

⁸³² J. LASSERE CAPDEVILLE, « Harmonisation du statut de l'établissement de crédit à l'échelle de l'Union Européenne », *JCP G* 2013, 805.

services »⁸³³. Cette notion étant largement appréciée par la jurisprudence, « l'entreprise, au sens de la loi, ne se réduit pas aux seules sociétés commerciales, mais englobe également les personnes physiques ou morales ayant une activité artisanale, agricole ou libérale »⁸³⁴. Ainsi, les cautions ayant garanti les dettes d'un entrepreneur individuel⁸³⁵ ou d'une personne morale exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale⁸³⁶ peuvent bénéficier de cette disposition, pourvu que le concours financier ait effectivement été consenti pour les besoins de cette entreprise⁸³⁷.

La notion « d'entreprise » a beau être appréciée généreusement par la jurisprudence, l'applicabilité de cette disposition a parfois soulevé des interrogations, notamment en ce qui concerne les crédits consentis à certaines sociétés civiles immobilières. La première Chambre civile de la Cour de cassation concevait tout à fait que les sociétés civiles immobilières soient considérées comme des entreprises mais les juges du fond refusaient cette qualification pour les sociétés civiles immobilières à caractère familial, estimant que de telles sociétés ne devaient pas être considérées comme des entreprises puisqu'elles n'avaient pas vocation à investir ou à réaliser des bénéfices mais simplement à acquérir un bien immobilier servant de logement familial⁸³⁸. La première Chambre civile de la Cour de cassation refusa cette appréciation, affirmant que les sociétés civiles immobilières devaient être considérées comme des « entreprises » au sens de l'article L. 313-22 lorsqu'elles avaient pour objet l'achat, la vente et la gestion de tous

833 Paris, 15^e ch. B, 7 juin 2002, n° 2001/00181 ; *D.* 2002, p. 2677 ; *RJDA* 2003, n° 319.

834 Fort-de-France, 1^{er} ch., 13 déc. 1996 : *JurisData* n° 1996-046353.

835 Cass. com., 18 févr. 1997, n° 95-10840 : *Bull. civ.* IV, n° 53 ; *JCP E* 1997, 289. La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que le fait de consentir des crédits à une personne physique pour les besoins d'exploitation de son fonds de commerce suffisait à caractériser l'octroi de concours financiers à une entreprise.

836 Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13917 : *Bull. civ.* I, n° 86 ; *D.* 2002, p. 1199, note A. Lienhard ; *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 126, obs. A. Cerles et D. Legeais ; *Banque et droit*, juill.-août 2002, p. 40, obs. N. Rontchevsky ; *JCP G* 2002, I 162, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler ; *RTD com.* 2002, p. 524, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 2002, p. 498, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 126, obs. Th. Bonneau ; *Les Petites Affiches*, 17 janv. 2003, n° 13, p. 15, note J.-M. Marmayou ; *RJ com.* 2003, p. 276, note J.-L. Courtier. Selon cette décision, l'exercice d'une activité économique libérale constitue une entreprise, au sens de l'article L. 313-22, peu importe qu'elle soit en voie de création.

837 *A contrario*, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier est exclu pour les cautionnements de crédits consentis à des particuliers ou finançant des besoins personnels (Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996, n° 94-12.258 : *Bull. civ.* I, n° 192 pour l'inapplicabilité de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 au motif que le cautionnement portait, non pas sur un crédit consenti à une entreprise, mais sur une ouverture de crédit en compte courant octroyé à titre personnel à l'entrepreneur).

838 Les juges du fond considéraient que si la société civile immobilière n'a pour objet que l'achat d'un bien immobilier servant de logement au gérant, la qualification d'entreprise devait être écartée (Aix-en-Provence, 1^{re} ch. A, 11 sept. 2007, n° 06/06990 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 401, obs. J.-F. Barbiéri ; *JCP G* 2008, II 10028, obs. J.-D. Pellier).

biens immobiliers. Selon la Cour de cassation, l'objet social de la société donne à lui seul la qualification d'entreprise – peu importe la réelle utilisation de la société – et permet de dire si l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier est applicable⁸³⁹.

215. – L'extension relative à la nature du contrat principal. La loi du 11 février 1994 vint élargir le champ d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier dix ans après l'adoption de ce texte. L'article 47, II de cette loi visait ainsi une catégorie bien spécifique de cautionnements : les cautionnements à durée indéterminée consentis par une personne physique pour garantir la dette professionnelle d'un entrepreneur individuel. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'article L. 313-22 ne concerne plus seulement le cautionnement de crédits accordés aux entreprises mais il s'étend désormais au cautionnement de toutes les dettes professionnelles contractées par un entrepreneur individuel. De même, ce dispositif qui ne concernait auparavant que le cautionnement de « concours financiers » a été élargi au cautionnement de toutes les « dettes professionnelles », pourvu que ces dernières aient été contractées par une personne physique⁸⁴⁰. En dépit de ce que l'on pourrait croire, la loi du 11 février 1994 n'a pas tellement étendu le champ d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier – l'article 47, II ne visant que les cautionnements à durée indéterminée consentis par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel – et de nombreux contrats de cautionnement demeurent exclus de ce texte⁸⁴¹.

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'article 313-22 du Code monétaire et financier est donc applicable aux cautionnements de concours financiers accordés par un établissement de crédit ou une société de financement à une entreprise ainsi qu'aux contrats de cautionnement à durée indéterminée

839 Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2007, n° 06-14.876, inédit : *JCP E* 2008, 1036, obs. Ph. Simler. La question de l'application de l'article L. 313-22 au cautionnement consenti en garantie des dettes contractées par une SCI familiale semble par conséquent réglée, il suffit d'examiner l'objet social de la société et, sauf à imaginer des statuts réduisant l'objet social de la SCI à l'acquisition d'un logement familial, le créancier est tenu d'informer annuellement la caution conformément à l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984.

840 Les cautions de personnes physiques ayant conclu une dette personnelle et les cautions de dettes professionnelles contractées par une entreprise sans pouvoir être qualifiées de « concours financiers » ne bénéficient toujours pas des dispositions de la loi du 1^{er} mars 1984 (Cass. com., 29 mai 2001, n° 97-11.151 : *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *D.* 2001, p. 2122, obs. V. Avena-Robardet).

841 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 315, p. 221.

garantissant la dette professionnelle d'un entrepreneur individuel⁸⁴². Bien qu'élargi, le champ d'application de cette disposition demeure donc restreint.

B) La nature du contrat de cautionnement : une condition d'application de l'article 47, II de la loi du 11 février 1994 et de l'article 2293 du Code civil

216. – L'exigence d'un cautionnement à durée indéterminée⁸⁴³. La loi du 1^{er} mars 1984 ne formule aucune exigence concernant la nature du contrat de cautionnement, il se contente d'exiger que le cautionnement soit conclu entre certaines parties à propos d'une dette principale spécifique. Les termes du contrat de cautionnement étaient indifférents pour le législateur du 1^{er} mars 1984 mais pas pour celui du 11 février 1994 puisque cette dernière loi limita son domaine d'application aux seuls contrats de cautionnement consentis pour une durée indéterminée, de sorte que les personnes physiques ayant consenti un cautionnement à durée déterminée pour garantir les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel sont exclues de ce dispositif.

Le cautionnement doit donc être dépourvu de terme pour que le créancier soit tenu d'informer annuellement la caution personne physique ayant garanti les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel. Seuls les cautionnements conclus sans limite de temps et pouvant être résiliés à tout moment sont ainsi visés par l'article 47, II de la loi du 11 février 1994⁸⁴⁴. Le législateur estimait certainement que les cautions ayant conclu un contrat sans limite de temps devaient être davantage protégées que les contractants qui connaissaient la date de fin de leur obligation de couverture.

Pourtant, le choix du législateur est contestable puisque l'article L. 313-22 n'opère pas cette distinction et se contente de préciser que l'information

842 *A contrario*, toutes les cautions garantissant un financement consenti à une entreprise par un créancier autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement (fournisseur ou crédit-bailleur), cautionnant une dette entrepreneuriale qui n'est pas considérée comme un « concours financier », garantissant à durée déterminée la dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou encore cautionnant la dette personnelle d'un entrepreneur individuel ne bénéficient pas de l'information annuelle prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

843 Le formalisme imposé par le législateur du 1^{er} août 2003 exige désormais la souscription d'un cautionnement limité en durée et en montant lorsque celui-ci est conclu sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel. Or, l'obligation d'information annuelle prévue par l'article 47, II de la loi du 11 février 1994 vise les cautionnements à durée indéterminée consentis par une personne physique. Ainsi, en pratique, ce texte est uniquement applicable aux conventions conclues avant l'entrée en vigueur de la loi Dutreil et l'article 47, II est manifestement voué à une progressive disparition.

844 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 432, p. 145.

annuelle doit rappeler le terme de l'engagement ou, si l'engagement est à durée indéterminée, la faculté de révoquer l'engagement à tout moment selon certaines modalités⁸⁴⁵. Le texte du 11 février 1994 est donc plus réducteur en ce qu'il estime que les cautions ayant conclu un engagement sans limite de temps sont plus faibles et doivent donc être les seules à bénéficier de cette information annuelle. Il est difficile de comprendre pourquoi le législateur n'a pas permis à toutes les cautions personnes physiques ayant garanti la dette professionnelle d'un entrepreneur individuel de bénéficier de l'information prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier alors que son objectif était pourtant d'étendre le champ d'application de la loi du 1^{er} mars 1984.

217. – L'exigence d'un cautionnement indéfini⁸⁴⁶. L'obligation d'information prévue par l'alinéa 2 de l'article 2293 du Code civil, initiée par la loi du 29 juillet 1998, concerne également une catégorie spécifique de cautionnements : les cautionnements indéfinis.

« La notion d'engagement indéfini a donné lieu à des interprétations diverses. La jurisprudence considérait dans les années 80 qu'était indéfini le seul cautionnement couvrant sans limitation les obligations non chiffrées du débiteur envers un créancier. (...) Pour la plupart des auteurs, au contraire, le cautionnement indéfini de l'ex-article 2016 désignait la couverture pure et simple d'une dette, en principal et accessoires ; l'adjectif "indéfini" signifiait seulement que les obligations couvertes par la garantie l'étaient sans restriction. La Chambre commerciale s'est ralliée à cette opinion. La première Chambre civile a fini par adopter la même thèse, dans une espèce où le prêt était déterminé en principal : "Vu les articles 2016 et 1326 du Code civil ; Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette ; que le second d'entre eux limite l'exigence de la mention manuscrite à la somme ou à la quantité due, sans l'étendre à la

⁸⁴⁵ L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne protège pas davantage les cautions ayant conclu un contrat à durée indéterminée que celles ayant conclu un cautionnement à durée déterminée, elle souhaite simplement que toutes les cautions aient connaissance de la date de fin de leur engagement ou de la possibilité d'y mettre un terme.

⁸⁴⁶ Le formalisme imposé par le législateur du 1^{er} août 2003 exige désormais la souscription d'un cautionnement limité en durée et en montant lorsque celui-ci est conclu sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel. Or, l'obligation d'information annuelle prévue par l'article 2293 du Code civil vise les cautionnements indéfinis donnés par une personne physique. Ainsi, en pratique, ce texte est uniquement applicable aux conventions conclues avant l'entrée en vigueur de la loi Dutreil et l'article 2293 est manifestement voué à une progressive disparition.

*nature de la dette, à ses accessoires ou à ses composantes ; Attendu qu'après avoir estimé que la preuve du cautionnement litigieux était rapportée, la cour d'appel qui a constaté que les cautions ne s'étaient pas expressément engagées à rembourser les intérêts des sommes dues au taux conventionnel et les pénalités prévues en cas de défaillance de l'emprunteur, a décidé que les cautions ne seraient tenus que des intérêts au taux légal sur le capital restant dû ; en quoi elle a violé les textes susvisés⁸⁴⁷».*⁸⁴⁸

Si la notion de « cautionnement indéfini » a fait l'objet de discussions et interprétations contradictoires, à ce jour, elle doit être comprise comme le cautionnement qui couvre sans limite de montant le paiement d'une dette principale. La première Chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs jugé que le cautionnement de dettes principales déterminées dans leur montant et de toutes les autres sommes dues (intérêts de retard, indemnité de résiliation, commission, frais et accessoires) mais indéterminées dans leur montant constituait un bien engagement défini au sens de l'article 2293 du Code civil⁸⁴⁹.

Ainsi, l'obligation d'information annuelle prévue par l'article 2293 du Code civil s'impose à tous les créanciers ayant obtenu un engagement indéfini de la part d'une caution personne physique, quelque soit la nature du contrat principal ou la qualité du créancier, mais elle exclut de son dispositif l'ensemble des cautionnements qui ne s'étendent pas de façon indéterminée aux accessoires de la dette, aux frais, aux intérêts et autres sommes. Malgré cette exclusion, l'obligation d'information prévue par l'alinéa 2 de l'article 2293 est donc plus étendue que celle de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier car, contrairement à ce dernier, elle ne s'intéresse pas à la nature du contrat principal mais seulement à celle du contrat de cautionnement ; ce qui s'avère finalement logique pour une obligation d'information de droit commun.

847 Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 99-18.017 : *Bull. civ.* I, n° 250 ; *D.* 2002, p. 3071, note J. Djoudi, et p. 3334, obs. L. Aynès.

848 G. BIARDEAUD et Ph. FLORES, « Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux ? », *D.* 2007, n° 3, p. 174.

849 Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-19.268, inédit : *RLDC* 2010/69, n° 3744, p. 30, obs. J.-J. Ansault ; *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 57, obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 5-6 mai 2010, n° 126, p. 16, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP G* 2010, 1313, obs. Ph. Simler.

C) L'indifférente nature des contrats conclus pour l'application de l'article L. 341-6 du Code de la consommation

218. – Une disposition indifférente à la nature du contrat cautionné ou du contrat de cautionnement. Il fallut attendre la loi du 1^{er} août 2003 pour que l'obligation annuelle d'information de la caution bénéficie d'un champ d'application plus étendu puisque aucune spécificité liée au contrat de principal n'est mentionnée par l'article L. 341-6 du Code de la consommation⁸⁵⁰. Les notions floues « d'entreprise » et de « concours financiers » ont été abandonnées, laissant penser que tous les cautionnements de droit commun sont concernés. Cependant, la lecture de ce texte n'a pas toujours été aussi évidente et, récemment encore, la Cour de cassation a été contrainte de clarifier le champ d'application de l'article L. 341-6 du Code de la consommation. Une cour d'appel avait en effet débouté des cautions au motif que cette disposition – en raison de son emplacement dans le Code de la consommation – ne s'appliquait qu'aux cautionnements de crédits à la consommation⁸⁵¹. Fort heureusement, la Cour de cassation cassa l'arrêt, affirmant que cette disposition était « *applicable à tout cautionnement consenti par une personne physique à un créancier professionnel* »⁸⁵² et que le plafond ne s'appliquait qu'aux crédits à la consommation et non aux contrats de cautionnement⁸⁵³.

Toutes les créances cautionnées sont donc potentiellement concernées par cette disposition insérée dans le Code de la consommation. De même, aucune particularité liée au contrat de cautionnement n'est mentionnée dans cet article et aucune référence n'est faite au caractère défini ou indéfini de l'engagement, ni à la durée déterminée ou indéterminée du contrat de cautionnement. Ce texte exige simplement d'être en présence d'un créancier professionnel et d'une caution personne physique. Cependant, les formalités prévues par cet article n'étant applicables qu'aux cautionnements souscrits à

850 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 162, p. 118.

851 Ces derniers étant définis par leur montant inférieurs à 21.500 euros et le cautionnement portant en l'espèce sur une somme supérieure à ce montant, les juges du fond avaient estimé que cette disposition était inapplicable aux faits.

852 Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 10-28.372 : *Bull. civ. I* ; *D.* 2013, p. 547, obs. Ch. Juillet ; *RLDC* 2013/100, n° 4942, p. 31, obs. G. Marraud des Grottes.

853 Pour autant, la Cour de cassation ne rectifia pas l'erreur commise par la cour d'appel qui justifiait sa décision par le fait que l'article L. 341-6 du Code de la consommation était inséré dans un titre III relatif aux « crédits à la consommation » alors qu'il est codifié dans un titre IV relatif au « cautionnement » !

compter du 6 février 2004⁸⁵⁴, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier conserve donc une place de choix s'agissant des cautionnements conclus avant cette date.

§ 2 : *Le contenu des obligations annuelles d'information*

219. – Plan. Après avoir identifié le domaine d'application de chaque texte, les parties au contrat de cautionnement sont normalement en mesure de savoir quelles obligations s'imposent à elles en tant que créancier ou leur bénéficient en qualité de caution et d'en déterminer les modalités d'exécution (I).

Cependant, les obligations annuelles d'information ne revêtent un caractère obligatoire pour les parties que si les textes les instituant constituent des dispositions d'ordre public. La prise en compte de la faculté de déroger à ces textes permet de connaître l'intensité de chaque obligation d'information et la marge de manoeuvre laissée aux parties pour les réduire ou les anéantir par le jeu de la liberté contractuelle. La lecture des articles L. 313-22 de Code monétaire et financier, L. 341-6 du Code de la consommation et 2293 du Code civil ne permet pas de répondre à cette interrogation, le législateur n'ayant soit pas souhaité se prononcer à ce sujet, soit omis de préciser ses intentions. Dans le silence de la loi, la jurisprudence fut donc contrainte de se positionner, affirmant que l'article L. 341-6 du Code de la consommation est une disposition d'ordre public⁸⁵⁵ et que « *les parties ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984* »⁸⁵⁶. Selon la Cour de cassation, la stipulation selon laquelle la caution renoncerait à l'un ou à l'autre de ces dispositifs est donc sans effet⁸⁵⁷ et les sanctions prévues par ces textes s'appliquent de plein droit aux créanciers défaillants (II). En revanche, la règle posée par l'article 2293 du Code civil n'étant pas considérée comme une disposition d'ordre public, les parties peuvent librement déroger à cette règle supplétive⁸⁵⁸.

854 G. BIARDEAUD et Ph. FLORES, *op. cit.*, p. 174.

855 Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 10-28.372, *op. cit.*, *ibid* : « *les dispositions d'ordre public édictées par l'article L. 341-6 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003 et entré en vigueur le 5 février 2004, sont, relativement à l'information due à la caution personne physique postérieurement à cette date, applicables à tout cautionnement consenti par une personne physique à un créancier professionnel* ».

856 Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-17.928 : *Bull. civ.* IV, n° 467.

857 V. en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 07-12.134, inédit : *Banque et droit*, mai-juin 2009, p. 24, obs. Th. Bonneau.

858 Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-12653 : *Bull. civ.* IV, n° 59 ; *JCP G* 1999, II 10184, note J. Casey ; *JCP E* 1999, 1055, note D. Legeais ; *Banque et droit* juill.-août 1999, p. 35,

I – Les modalités d'exécution des obligations annuelles d'information

220. – Plan. La position retenue par la Cour de cassation à l'égard de l'obligation annuelle d'information de droit commun – l'article 2293 du Code civil – est surprenante. En effet, alors qu'elle considère que les autres dispositions relatives à l'obligation annuelle d'information relèvent de l'ordre public de protection⁸⁵⁹, elle refuse paradoxalement cette qualification pour l'article 2293 du Code civil alors que l'objectif poursuivi par ce texte est identique à celui visé par les dispositions spéciales. De plus, rien n'indique dans l'article 2293 du Code civil que le législateur ait refusé d'accorder la même protection aux cautions entrant dans le champ d'application de cette disposition.

L'intensité de l'obligation instaurée par l'article 2293 du Code civil est donc plus faible que celles des autres dispositions prévoyant une obligation annuelle d'information en faveur des cautions. La position retenue par la jurisprudence à l'égard de ce texte explique certainement le peu d'engouement suscité par cette disposition. En permettant aux parties de déroger à cette obligation par une stipulation particulière, le texte perd manifestement son intérêt car il est évident que les créanciers ont pris note cette jurisprudence et prévoient systématiquement une clause de style anéantissant les effets de la règle de droit commun. Fort heureusement, les cautions peuvent se prévaloir des dispositifs d'ordre public pour exiger que le créancier leur délivre une information annuelle qui perdure jusqu'à l'extinction de la dette (C) et pour faire sanctionner la défaillance de leur cocontractant qui ne serait pas en mesure de prouver qu'il a accompli les diligences légales (B).

En sus de son caractère supplétif, l'alinéa 2 de l'article 2293 du Code civil revêt une autre spécificité qui le distingue du régime juridique appliqué aux autres obligations annuelles d'information : la disposition de droit commun ne s'intéresse qu'aux informations relatives à la dette cautionnée tandis que les autres textes prévoient l'obligation d'informer la caution sur l'état des créances relatives au contrat principal ainsi que sur l'évolution du contrat de

obs. F. Jacob.

859 Ch. JUILLET, « Le domaine d'application de l'obligation annuelle d'information de la caution de l'article L. 341-6 du Code de la consommation », *D.* 2013, n° 8, p. 547.

cautionnement (A). En occultant l'exception que constitue l'article 2293 du Code civil, les démonstrations suivantes établiront que la mise en oeuvre des obligations d'information prévues par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et l'article L. 341-6 du Code de la consommation s'opère selon des règles identiques⁸⁶⁰.

A) Le contenu des informations délivrées annuellement aux cautions dirigeantes

221. – Plan. Excepté l'article 2293 du Code civil qui se concentre exclusivement sur la communication d'une information relative à l'état de la dette cautionnée, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et l'article L. 341-6 du Code de la consommation exigent la délivrance d'une double information à la caution. Selon ces dispositions, le créancier doit, non seulement informer la caution de l'évolution de la dette cautionnée et de ses accessoires (1°), mais il doit également rappeler, chaque année à la caution, l'étendue de son engagement et la faculté d'y mettre fin selon certaines modalités (2°).

1°) Les informations relatives au contrat cautionné

222. – Les informations relatives au montant du principal, intérêts, commissions, frais et accessoires. L'obligation d'information annuelle prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier doit porter sur le montant du principal, des intérêts, des commissions, des frais et des accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente. L'exactitude des informations portées à la connaissance de la caution est primordiale puisque la délivrance d'une information erronée « *disqualifie totalement l'information donnée annuelle délivrée aux cautions et doit conduire à la déchéance des intérêts conventionnels réclamés* »⁸⁶¹. Toutes les mentions exigées par le Code monétaire et financier – à savoir : le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente – doivent donc

⁸⁶⁰ Les professeurs Marie-Pierre Dumont-Lefrand et Christophe Albiges constatent que le législateur du 1^{er} août 2003 a pris modèle sur l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier lorsqu'il rédigea l'article L. 341-6 du Code de la consommation (Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 162, p. 117-118).

⁸⁶¹ Rouen, 18 déc. 2008 : *Banque et droit*, mars-avr. 2009, p. 32, obs. Th. Bonneau.

obligatoirement être contenues dans l'information délivrée à la caution.

Ainsi, un document adressé à la caution ne faisant apparaître que le capital restant⁸⁶², sans aucune précision sur les frais et les intérêts, ne sera pas considéré comme une information annuelle complète au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Toutes les prescriptions légales doivent donc être respectées⁸⁶³, même si certaines mentions apparaissent dénuées d'intérêt pour la caution et que celle-ci a déjà eu connaissance de ces informations⁸⁶⁴.

223. – Les informations relatives à l'évolution de la créance et à ses accessoires. L'article L. 341-6 du Code de la consommation (issu de la loi Dutreil) impose d'informer la caution au plus tard le 31 mars de chaque année sur le montant principal, les intérêts, les commissions, les frais et accessoires dus au titre de l'obligation garantie et restant à courir au 31 décembre de l'année précédente. La nature des informations à délivrer à la caution est donc identique à celle prévue par l'article 313-22 du Code monétaire et financier.

En revanche, le contenu de l'information diffère concernant l'article 2293 du Code civil puisque l'information doit simplement porter sur l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires. Le terme « évolution » signifie que le créancier est redevable de cette information que la dette s'aggrave ou s'amointrisse mais, contrairement aux autres textes, aucune précision n'est faite sur les intérêts, les frais et les commissions. La jurisprudence a donc été contrainte d'expliquer ce qu'il fallait entendre par « accessoires » et a spécifié qu'il s'agissait des intérêts compris dans le cautionnement⁸⁶⁵, de la clause pénale⁸⁶⁶ mais également de toutes les sommes auxquelles le débiteur est tenu en dehors du principal⁸⁶⁷. L'obligation

862 Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1997, n° 95- 20.107, inédit.

863 Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-19.564, inédit : *RLDC* 2011/85, n° 4348, p. 34 obs. J.-J. Ansault ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2011, p. 20, obs. Th. Bonneau. En l'espèce, l'établissement de crédit prétendait que les informations déjà portées à la connaissance de la caution et l'exigibilité des créances rendaient inutiles la délivrance de l'information relative à la faculté de résiliation. La Cour de cassation estima cependant que les prescriptions légales devaient être respectées jusqu'à l'extinction de la dette garantie.

864 La loi du 11 février 1994 n'apporta aucune modification sur le contenu de l'information, ce texte ayant simplement vocation à étendre à d'autres créanciers l'obligation d'information déjà prévue par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984.

865 Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1988, n° 86-16.000 : *Bull. civ. I*, n° 134.

866 Cass. com., 6 févr. 2001, n° 97-10.646 : *Bull. civ. IV*, n° 29.

867 La Cour de cassation a par exemple jugé que la caution est tenue de payer l'indemnité de résiliation dans le cadre d'un crédit-bail s'agissant, à son sens, d'un accessoire de la dette au sens de l'article 2293 du Code civil (Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2005, n° 03-16.696 : *Bull. civ. I*, n° 293).

d'information prescrite par l'article 2293 alinéa 2 du Code civil est donc finalement similaire à celle prévue par les autres textes en ce qui concerne les mentions relatives à la dette cautionnée.

224. – Les informations spécifiques au crédit en compte-courant.

« L'application de ce dispositif au crédit en compte-courant a d'emblée soulevé plusieurs difficultés liées à la technique du compte et à sa traditionnelle indivisibilité. (...) Faisant plier le prétendu principe d'indivisibilité, la jurisprudence a très rapidement jugé que les agios portés en compte étaient parfaitement identifiables, que l'information fournie à la caution devait pareillement être ventilée en principal et en agios⁸⁶⁸ et que ces agios, si l'information n'était pas régulière, devaient être considérés comme non acquittés, donc passibles de la sanction⁸⁶⁹. Mais voilà que la Cour de cassation nous dit, dans son arrêt du 10 janvier 2012, que la Cour d'appel a fait une "exacte application" de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier en jugeant que l'indication du solde du compte, "dont ne peuvent être extraits les intérêts", était correcte »⁸⁷⁰.

Depuis cette décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 janvier 2012⁸⁷¹, l'information annuelle de la caution ne doit plus contenir l'indication du montant des agios mais simplement le taux applicable au crédit en compte-courant cautionné, la Cour de cassation estimant que les intérêts ne peuvent pas être extraits tant que le compte n'est pas clôturé⁸⁷². Selon le Professeur Philippe Simler, *« l'affirmation par l'arrêt du 10 janvier 2012 de l'impossibilité d'extraire les intérêts du solde du compte-courant est de nature à remettre en cause cet alignement des solutions. De deux choses, l'une, en effet. Ou bien la sanction du défaut*

868 Cass. com., 10 janv. 2006, n° 04-15.677, inédit.

869 Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15183 : *Bull. civ. IV*, n° 203 ; *D.* 1994, p. 177, note J. Ngafaounain ; *Bull. Joly* 1993, p. 759 ; *JCP G* 1993, II 22147, note H. Croze ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 155, note Th. Bonneau ; *RTD com.* 1993, p. 698, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *Banque* 1993, p. 94, obs. J.-L. Guillot ; *RD bancaire et bourse* 1993, p. 255, obs. M. Contamine-Raynaud – Cass. com., 31 mars 1998, n° 95-15.325, inédit : *RD bancaire et bourse* 1998, p. 102, note J.-F. Crédot et Y. Gérard.

870 Ph. SIMLER, « Étendue du devoir d'information (C. mon. fin., art. L. 313-22) en cas de cautionnement d'une ouverture de crédit en compte courant », *JCP G* 2012, 327.

871 Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586 : *Bull. civ. IV*, n° 1 ; *JCP G* 2012, 327, note Ph. Simler ; *RLDA* 2012/68, n° 3872, p. 37, obs. V. Mauriès ; *Gaz. Pal.* 28-29 mars 2012, n° 89, p. 14, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *Banque* 2012, p. 84, note J.-L. Guillot et M. Boccara ; *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 45, obs. A. Cerles ; *Banque et droit*, mars-avr. 2012, p. 21, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 2012, p. 178, obs. D. Legeais.

872 Lorsque le cautionnement porte sur un crédit en compte-courant, l'information annuelle de la caution doit ainsi contenir le montant de l'autorisation de découvert (mention pourtant non exigée par les textes), le solde du compte arrêté au 31 décembre de l'année précédente et le taux de l'intérêt applicable à cette date pour que les exigences de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier soient satisfaites.

d'information continuera d'être celle, s'agissant du cautionnement d'un compte-courant, appliquée uniformément depuis 1993, selon laquelle la déchéance s'étend aux agios inscrits au début du compte, ce qui constituerait la preuve qu'il n'est nullement impossible d'extraire ces intérêts du solde, contrairement à ce que vient d'affirmer la Cour de cassation (...) ou bien la Cour de cassation tirera les conséquences de l'impossibilité affirmée, en l'étendant à la sanction, ce qui la neutralisera très largement, le défaut d'information étant dès lors sanctionné moins sévèrement, voire pas du tout, dans l'hypothèse du compte-courant. Par un étonnant renversement, la sanction serait, dans cette hypothèse, plus lourde dans l'hypothèse d'un crédit classique que dans celle d'un crédit en compte-courant, alors que la situation était exactement inverse avant la loi du 25 juin 1999, qui avait précisément eu pour objectif de les aligner »⁸⁷³.

La particularité reconnue aux cautionnements de crédit en compte-courant est lourde de conséquences car la Cour de cassation a modifié le contenu des informations à délivrer annuellement à la caution : ajout du montant du découvert autorisé non prévu par les textes et remplacement du montant des intérêts par la simple indication du taux d'intérêt applicable. La Cour de cassation devra ainsi soit confirmer la réduction (voire l'anéantissement) de la sanction applicable au défaut d'information annuelle, soit reconnaître son erreur en admettant qu'il est possible de calculer des agios avant la clôture d'un compte-courant. Le dilemme se situe en réalité entre la préservation du principe d'indivisibilité du compte courant et l'efficacité d'une sanction protégeant le droit à l'information des cautions.

2°) Les informations relatives au contrat de cautionnement

225. – Le dédoublement de l'obligation annuelle d'information. En vertu de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, l'information annuelle de la caution doit obligatoirement mentionner le terme de son engagement (en cas de cautionnement à durée déterminée) ou sa faculté de le résilier (en cas de cautionnement à durée indéterminée)⁸⁷⁴. L'article L. 341-6 du Code de la consommation impose également au créancier de mentionner

⁸⁷³ Ph. SIMLER, « Étendue du devoir d'information (C. mon. fin., art. L. 313-22) en cas de cautionnement d'une ouverture de crédit en compte courant », *JCP G* 2012, 327.

⁸⁷⁴ Il sera ultérieurement démontré que l'information relative à la faculté de résiliation revêt un moindre intérêt lorsque la caution est une personne physique puisque son l'engagement est désormais nécessairement à durée déterminée.

annuellement la date de fin de l'engagement pour les cautionnements à durée déterminée ou la faculté de résiliation et ses conditions d'exercice pour les contrats à durée indéterminée.

L'objectif est de rappeler à la caution la durée de son engagement et la possibilité de mettre fin à son *obligation de couverture*⁸⁷⁵ car même si la caution dirigeante peut connaître l'évolution de la dette de sa société ou la durée de l'engagement contracté par celle-ci, elle ne connaît pas forcément les subtilités du droit du cautionnement et la possibilité de révoquer son engagement selon certaines modalités.

Les obligations d'information prévues par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et par l'article L. 341-6 du Code de la consommation se dédoublent donc afin d'informer la caution à la fois sur sa position à l'égard du contrat principal (information sur l'état et l'évolution de la dette) et sur son sort dans le contrat de cautionnement (information sur le terme de l'engagement et ses modalités de résiliation).

226. – La singularité de l'article 2293 du Code civil. En revanche, l'obligation d'information de droit commun n'impose pas au créancier d'informer la caution sur le terme de son engagement ou, en cas de cautionnement à durée indéterminée, sur sa faculté de résiliation.

Ce texte exige simplement que le créancier communique annuellement sur l'évolution du montant de la créance garantie et des accessoires⁸⁷⁶. Cette obligation reste donc cantonnée à la délivrance de cette information et, contrairement aux autres dispositifs, ne se dédouble pas afin d'informer également la caution sur sa position dans le contrat de cautionnement (plus précisément sur sa faculté de résiliation). Cette surprenante lacune – qui peut s'expliquer par le caractère supplétif de cette disposition – fait que l'obligation annuelle d'information de droit commun est paradoxalement moins étendue complète et efficace que celles instaurées par les dispositions spéciales.

875 Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du contrat de cautionnement*, préf. Michel Cabrillac, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairies techniques, 1979, n^{os} 324 à 364.

876 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n^o 319, p. 226.

B) Le contenant des informations délivrées annuellement aux cautions dirigeantes

227. – Plan. Aucun des textes prévoyant une obligation d'informer annuellement la caution ne conditionne l'exécution de cette obligation au respect d'un formalisme particulier. Le débiteur de l'une de ces obligations peut utiliser le moyen qui lui semble le plus opportun pour porter les informations légalement prescrites à la connaissance de la caution⁸⁷⁷ (2°).

Il suffit simplement que le moyen de communication utilisé permette au créancier de garder une preuve satisfaisante de l'accomplissement de son obligation puisque la preuve de l'exécution de l'obligation annuelle d'information pèse, conformément au droit commun des obligations, sur la partie qui s'en prétend libérée⁸⁷⁸ (1°).

1°) L'allègement jurisprudentiel de la charge de la preuve

228. – La preuve de l'exécution d'une obligation de résultat. Se conformant au droit commun des obligations, la jurisprudence estima qu'il incombait au débiteur de l'obligation annuelle l'information de prouver qu'il a effectivement délivré l'information requise à la caution⁸⁷⁹. « *La jurisprudence exige en réalité une double preuve. Le créancier doit en premier lieu rapporter la preuve qu'il a bien adressé une notification à la caution. (...) Le créancier doit en second lieu démontrer que le document adressé à la caution contenait bien les informations exigées.* »⁸⁸⁰

La doctrine affirme de ce fait unanimement qu'il s'agit d'une contraignante obligation de résultat imposant au créancier de communiquer cette information annuellement à la caution et de conserver une preuve de l'accomplissement de cette formalité. S'agissant de règles de droit commun, le même régime probatoire semble s'appliquer à tous les textes prévoyant une obligation annuelle d'information de la caution : « *un certain nombre de solutions dégagées par la jurisprudence pour la mise en oeuvre de l'article*

877 Cass. com., 25 avr. 2001, n° 96-22.035 : *Bull. civ.* IV, n° 73 ; *D.* 2001, p. 1793, obs. V. Avena-Robardet ; *Procédures* 2001, comm. 124, obs. H. Croze.

878 C. civ., art. 1315, al. 2 : « *celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

879 Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2002, n° 01-03.921 : *Bull. civ.* I, n° 225.

880 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 303, p. 230-231.

48 de la loi du 1^{er} mars 1984 s'appliqueront à l'article 2016, alinéa 2 du Code civil. En application des principes généraux, il appartiendra au débiteur de l'obligation d'information, en l'espèce le créancier, de rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. Cette information est un fait qui sera soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond et qui se trouve par tous moyens »⁸⁸¹.

Les règles de preuve édictées par la jurisprudence à propos l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier sont donc applicables à l'article 2293 du Code civil. En suivant ce modèle, les règles du droit commun de la preuve doivent également être appliquées à l'article L. 341-6 du Code de la consommation. En effet, l'argument selon lequel le régime de droit commun de la preuve ne serait pas applicable à ce texte, s'agissant d'une disposition spéciale, doit être d'office écarté puisque la question ne s'est jamais posée à l'égard de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

229. – La charge de la preuve de l'obligation de résultat. Nonobstant la théorie générale de la preuve en droit des obligations, la jurisprudence a souhaité dissocier la preuve de l'exécution de l'obligation annuelle d'information en deux faits distincts. En effet, si le créancier doit démontrer qu'il a envoyé l'information annuelle, il ne lui appartient toutefois pas de prouver que la caution l'a effectivement reçue⁸⁸².

Selon une décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 juin 2001, « *il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information envoyée, et sans indiquer les présomptions permettant de douter de son envoi, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »⁸⁸³. Cette solution signifie que la preuve de la réception de l'information n'incombe pas au débiteur de l'obligation et que la preuve de l'envoi de l'information annuelle est considérablement allégée puisqu'il appartient à la caution d'apporter des présomptions permettant de douter de l'accomplissement de cette formalité. En l'absence de telles présomptions, il n'est pas permis de douter de la valable exécution de son obligation par le créancier. Il ne s'agit pas d'un renversement de la charge de la preuve – car il incombe malgré tout au créancier de prouver qu'il a

881 S. PIEDELIÈVRE, « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP G* 1998, I 170.

882 Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2002, n° 01-03.921 : *Bull. civ.* I, n° 225.

883 Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-13.629, inédit.

effectué cet envoi et que les mentions contenues étaient exactes⁸⁸⁴ – mais la charge de la preuve est allégée puisque celle rapportée par le créancier fait présumer l'exécution de l'obligation et la caution devra soumettre des éléments permettant de douter des diligences effectuées par son cocontractant pour que son recours prospère.

Selon certains auteurs, cet allègement de la charge de la preuve instaure un réel équilibre entre les parties au contrat de cautionnement et évite de se retrouver face à un nombre trop conséquent de recours initiés par les cautions sur ce fondement. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a d'ailleurs récemment rappelé qu'il incombe seulement à l'établissement de crédit de prouver qu'il a effectivement adressé à la caution l'information requise et non d'établir au surplus que la caution l'a effectivement reçue en censurant la décision d'une cour d'appel qui avait prononcé la déchéance du droit aux intérêts car l'établissement n'avait pas produit l'accusé de réception des courriers envoyés à la caution⁸⁸⁵.

2°) *La liberté de la preuve de l'accomplissement de l'information annuelle*

230. – Les moyens de preuve traditionnellement admis. S'il est désormais acquis que la charge de la preuve (même allégée) pèse sur le débiteur de l'obligation annuelle d'information, encore faut-il déterminer les modes de preuve admis.

La loi n'exige aucun formalisme particulier pour porter les informations prescrites à la connaissance de la caution et la jurisprudence ne recommande aucun moyen de preuve, estimant que l'information prévue par les différents textes est un fait qui peut être prouvé par tous moyens, notamment par une lettre simple⁸⁸⁶. La liberté de la preuve, dont bénéficient les créanciers, leur

884 La preuve de l'exécution de cette obligation nécessite non seulement de démontrer que le créancier a effectivement envoyé l'information à la caution mais aussi que les données communiquées à cette dernière étaient exactes. L'établissement de crédit doit être en mesure de prouver l'exactitude des informations communiquées à la caution puisque la délivrance d'une information erronée « *disqualifie totalement l'information donnée annuelle délivrée aux cautions et doit conduire à la déchéance des intérêts conventionnels réclamés* » (Rouen, 18 déc. 2008 : *Banque et droit*, mars-avr. 2009, p. 32, obs. Th. Bonneau).

885 Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-18.413 : *Bull. civ. IV*, en cours de publication. En pratique, cela signifie que si l'établissement de crédit ou la société de financement optent pour une information annuelle par lettre recommandée avec accusé de réception, il leur incombe seulement de rapporter la preuve de l'envoi du courrier (grâce au récépissé) sans avoir l'obligation de produire la preuve de la réception du courrier par la caution (autrement dit, l'accusé de réception signé). En conséquence, les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent se contenter d'envoyer des lettres recommandées sans accusé de réception aux cautions.

886 Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105 : *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *Bull. Joly* 1997, p. 866,

permet théoriquement de procéder à l'exécution de cette obligation selon les modalités de leur choix mais cette liberté est également source d'insécurité juridique car les créanciers prennent le risque de se voir *a posteriori* reprocher le moyen utilisé⁸⁸⁷.

À ce propos, François-Xavier Licari observait que « *pour se mettre à l'abri de tout reproche, certains établissements de crédit allèrent jusqu'à utiliser la lettre recommandée avec accusé de réception. Un courant prétorien minoritaire voulut même la rendre obligatoire, mais la Cour de cassation s'y opposa avec fermeté. S'il est évident qu'une telle solution eût été ruineuse pour les débiteurs garantis, à qui le coût de l'information est systématiquement facturé, elle n'eût pas même prémuni les établissements de crédit contre la déchéance des intérêts, car si la lettre RAR atteste de l'expédition du courrier et de sa réception, elle ne donne aucune assurance sur le contenu du document informatif. (...) Le courrier électronique ou e-mail nous paraît répondre à ces critères. En effet, le logiciel de l'ordinateur de l'expéditeur garde en mémoire l'intégralité du contenu du courrier envoyé, ainsi que des documents éventuellement joints. Il garde aussi en mémoire la date et l'heure de l'envoi de la missive. De son côté, le fournisseur d'accès conserve la trace de la réception. Les diverses propriétés techniques du système ont pu faire dire à un auteur qu'on pourrait considérer que l'adresse électronique contribuerait, par son exactitude, à renforcer la présomption de réception du courrier par son destinataire. D'un point de vue pratique, le courrier électronique présente de nombreux avantages, tels que notamment la rapidité et la modicité du coût. La standardisation du courrier, facilitée par l'outil informatique, participe à cette simplification : la lettre comportera les informations juridiques types imposées par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et le document "joint" ou "attaché" contiendra les informations*

note P. Le Cannu ; *JCP E* 1997, II 1007, note D. Legeais ; *Defrénois* 1997, p. 1424, note L. Aynès ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac ; *D.* 1998, p. 208, obs. J. Casey ; *RTD civ.* 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; *JCP G* 1998, I 103, obs. Ph. Simler. Toutefois, la Cour de cassation estime que la production de la copie de la lettre simple adressée à la caution ne permettait pas de considérer que l'obligation du créancier était accomplie, au motif que cette lettre n'était produite qu'en copie ce qui ne justifiait pas qu'elle avait été envoyée ou reçue (Cass. com., 28 oct. 2008, n° 06-17.145 : *Bull. civ.* IV, n° 176).

887 Selon le Professeur Dominique Legeais (*Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 303, p. 230), la Cour de cassation se montre réticente à propos de la production d'un listing informatique (Rouen, 9 nov. 1994 : *JCP E* 1995, II 1007, note D. Legeais) ou d'une attestation établie par un huissier de justice précisant que la banque a procédé à l'envoi du courrier, celle-ci ne pouvant pas attester du contenu et de la date des informations données à la caution (Cass. com., 11 avr. 1995, n° 93-10.575 : *Bull. civ.* IV, n° 119 ; *D.* 1995, p. 588, note Y. Picod ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 126, note L. Leveneur ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 159, note Th. Bonneau).

individualisées que sont les documents comptables. Ce nouveau moyen de communication sera-t-il de nature à assécher un contentieux somme toute assez irritant ? Souhaitons-le, car la justice aurait beaucoup à y gagner. En tout cas, l'e-mail pourra jouer pleinement son rôle que lorsque la majorité de nos concitoyens disposera d'une adresse électronique »⁸⁸⁸.

Une décennie marquée par le développement numérique s'étant écoulée depuis ce commentaire, il est nécessaire de faire un état des lieux afin d'observer si le courrier électronique est effectivement devenu un outil privilégié pour l'information annuelle de la caution.

231. – La communication de l'information annuelle par voie électronique. Selon les chiffres relevés par l'INSEE sur les dix dernières années, la proportion de ménages disposant d'un accès internet à domicile est passé de 12 % à 64 %⁸⁸⁹. Une grande majorité de français dispose donc désormais d'un accès internet et potentiellement d'une adresse électronique personnelle. Ce moyen de communication dématérialisé aurait ainsi pu être largement développé par les créanciers puisqu'il s'avère moins coûteux, plus rapide et plus fiable que le format papier. Pourtant, la majorité des établissements bancaires n'ont toujours pas opté pour la forme électronique. La simple lecture des conditions tarifaires appliquées actuellement par les grands établissements bancaires français suffit à affirmer que le courrier postal demeure encore la forme privilégiée en la matière.

Le format électronique est pourtant la solution optimale pour toutes les parties au contrat de cautionnement : moins onéreuse pour celui qui supporte les frais d'information⁸⁹⁰ et plus fiable pour celui qui supporte la charge de la preuve. Par ailleurs, ce « nouveau » moyen de communication est désormais

888 F.-X. LICARI, « Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information qui incombe à l'établissement de crédit », *JCP G* 2002, II 10043.

889 V. GOMBAULT, « Deux ménages sur trois disposent d'internet chez eux », *Insee Première* n° 1340, mars 2011.

890 Les frais d'information annuelle de la caution sont prélevés par les établissements bancaires sur le compte du débiteur principal. Le tarif de l'information annuelle des cautions varie d'un établissement bancaire à l'autre. À titre d'exemple : 28 euros pour le Crédit Agricole (Extraits des Conditions Générales de Banque en vigueur au 31 mars 2014 pour les professionnels), 43 euros pour la Société Générale (Extrait des conditions et tarifs appliqués aux professionnels au 1^{er} mars 2014), 49 euros pour le Crédit Lyonnais (Guide tarifaire des principales opérations au 1^{er} mars 2014) ou encore la BNP (Conditions et tarifs Professionnels-entrepreneurs janvier 2014).

Il convient par ailleurs de préciser que selon la cour d'appel de Grenoble (Grenoble, ch. com., 16 juin 2011, n° 10/00836 et 10/00838 ; *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 3, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin), les charges liées aux garanties ne peuvent être comprises dans le taux effectif global lorsque leur montant ne peut pas être indiqué avec précision avant à la conclusion définitive du contrat de prêt. Tel est le cas des frais d'information annuelle des cautions puisque les frais postaux sont susceptibles d'évoluer.

maîtrisé par la grande majorité des français et pratiqué dans de nombreux domaines du droit depuis que le législateur a affirmé que « *les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique* »⁸⁹¹ et que les informations destinées à un particulier peuvent lui être adressées par ce biais « *s'il a, préalablement, accepté ce moyen (expressément ou tacitement) car l'article 1369-2 déclare : "Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen"* »⁸⁹².

Il est donc regrettable que le secteur bancaire n'utilise pas davantage cet outil de communication qui se prête parfaitement au droit du cautionnement et qui nécessiterait simplement pour parfaire son utilisation que le créancier fasse indiquer l'adresse électronique de la caution dans l'engagement et même, en cas de nécessité, lui fasse créer une adresse électronique à cette fin⁸⁹³.

Cela étant dit, l'utilisation du courrier électronique a peut-être vocation à se démocratiser comme le démontrent certaines décisions rendues en la matière et laissant apparaître dans le récit des faits que l'information annuelle de la caution avait été faite par voie électronique et que ce moyen de communication est non seulement recevable mais aussi irréfutable lorsque la caution y a répondu, peu importe que la caution prétende avoir répondu au mail en sa qualité de gérant de la société cautionnée et non en sa qualité de caution⁸⁹⁴. La prochaine décennie sera, souhaitons-le, placée sous l'ère de l'information numérique de la caution.

C) Le domaine *ratione temporis* des obligations annuelles d'information

232. – Plan. Lorsqu'on traite des modalités d'exécution des obligations annuelles d'information de la caution, il ne suffit pas d'évoquer le contenu de l'information à délivrer annuellement, ni les modalités de communication des

891 C. civ., art. 1369-3.

892 J. HUET, « Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques », *RLDI* 2011/72, n° 2387, p. 30.

893 Les établissements de crédit et les sociétés de financement – qui sont les professionnels les plus concernés (en nombre) par la conclusion de cautionnements – pourraient réfléchir à créer des adresses électroniques avec leur nom de domaine (spécialement à destination des cautions) afin de procéder à leur information annuelle. Quoi qu'il en soit, ils devront prendre garde à envoyer l'information annuelle sur l'adresse électronique personnelle du dirigeant afin d'éviter toute ambiguïté sur le destinataire de cette information (et de ne pas utiliser l'adresse électronique de la société cautionnée).

894 Colmar, 1^{er} ch. A, 15 mai 2013, n° 11/05999.

informations, il faut également s'intéresser à la durée de vie de ces obligations.

Les créanciers doivent savoir à partir de quelle date l'information est due, selon quelle périodicité et surtout jusqu'à quel moment la caution est susceptible de recevoir cette information. Si le législateur a effectivement prévu la date de prise d'effet de ces obligations dans chaque texte ainsi que le rythme de leur communication (1°), il est en revanche resté muet sur la durée de ces différentes obligations, aucun dispositif ne comportant une « date limite de communication » (2°).

1°) La naissance des obligations annuelles d'information

233. – Le point de départ de l'obligation prévue par l'art. 313-22 C. mon. fin. Suite à l'adoption de la loi du 1^{er} mars 1984, la Chambre commerciale de Cour de cassation avait estimé que ce texte était applicable « *aux effets des cautionnements souscrits avant l'entrée en vigueur de la loi* » sans violer l'article 2 du Code civil⁸⁹⁵ ou l'article 62 de la loi du 1^{er} mars 1984⁸⁹⁶, les lois nouvelles étant immédiatement applicables aux situations juridiques qui n'ayant pas encore été définitivement réalisées⁸⁹⁷. Si la Chambre commerciale avait considéré que l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 était applicable aux cautionnements en cours⁸⁹⁸, la première Chambre civile avait tenu à préciser que cette loi n'entraînerait la déchéance du droit aux intérêts conventionnels qu'à compter de son entrée en vigueur, soit le 1^{er} mars 1985⁸⁹⁹. En vertu des décisions rendues par les différentes Chambres de la Cour de cassation, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier est

895 Disposition selon laquelle « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

896 L'article 62 de la loi relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises prévoyait que « *les dispositions de la présente loi entreront en vigueur à partir de la publication des décrets pris pour son application et, au plus tard, un an après sa promulgation* ».

897 Cass. com., 18 févr. 1992, n° 89-21.187, inédit : *Contrats conc. consom.* 1992, comm. 114, note L. Leveneur ; *JCP G* 1992, I 3623, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

898 Cass. com., 27 oct. 1998, n° 96-10.968 : *Bull. civ.* IV, n° 255.

899 Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1992, n° 90-20.898 : *Bull. civ.* I, n° 175. En l'espèce, le cautionnement avait été conclu par acte sous seing privé le 10 septembre 1980, la mise en demeure de payer les sommes dues avec intérêts au taux conventionnel du prêt avait été adressée à la caution le 10 avril 1984. Cette dernière faisait valoir que le créancier était déchu du droit aux intérêts conventionnels, en application de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, faute de lui avoir fait connaître les informations prévues par ce texte. La Cour de cassation estima que l'article 62 de la loi du 1^{er} mars 1984 précisait que les dispositions visées entreraient en vigueur à partir des décrets pris pour son application (au plus tard un an après sa promulgation et que cette loi) ne présentant pas un caractère interprétatif, ne pouvait entraîner la déchéance du droit aux intérêts conventionnels qu'à compter de cette date.

ainsi applicable aux cautionnements conclus avant à l'entrée en vigueur de la loi – s'ils n'ont pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée – mais la déchéance des intérêts n'a produit ses effets qu'à compter du 1^{er} mars 1985. Le manquement à cette obligation est par conséquent dépourvu de sanction antérieurement à cette date.

Une autre problématique relative à l'interprétation de la loi dans le temps naquit à propos de la loi du 25 juin 1999 qui ajouta un alinéa à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier afin de renforcer l'efficacité de la sanction déjà prévue par cette disposition en modifiant l'imputation des paiements opérés par le débiteur principal dans les rapports entre la caution et le créancier⁹⁰⁰. Certains commentateurs considéraient que cette loi revêtait un caractère interprétatif et qu'elle devait en conséquence rétroagir⁹⁰¹.

Une partie de la doctrine estimait ainsi que la loi du 25 mai 1999 n'était pas une loi nouvelle en ce qu'elle avait seulement vocation à préciser une loi ancienne (en l'occurrence celle du 1^{er} mars 1984) et qu'elle devait par conséquent s'appliquer rétroactivement aux instances en cours⁹⁰². La Cour de cassation refusa cependant catégoriquement cette interprétation de la loi du 25 juin 1999, affirmant que le nouvel alinéa ajouté à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne revêtait aucunement un caractère interprétatif et, qu'à défaut de manifestation expresse du législateur, il ne devait pas s'appliquer pas aux situations consommées avant son entrée en vigueur⁹⁰³.

900 L'article 114 de la loi n° 99-532 a complété le second alinéa de la loi n° 84-148 par une phrase ainsi rédigée : « *Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette* ».

901 Les lois interprétatives sont considérées comme une dérogation à l'article 2 du Code civil prévoyant que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif, sauf volonté contraire expresse du législateur (Cass. 2^e civ., 27 avr. 1988, n° 86-13.899 : *Bull. civ. II*, n° 101). Cette exception au principe de non-rétroactivité est justifiée par le fait que « *l'interprétation n'est pas une loi nouvelle, mais une manifestation de la puissance publique relative à l'ancienne ; ce n'est que cette loi ancienne en meilleure forme, de sorte que l'on ne peut pas parler de rétroactivité, mais seulement d'une application de l'ancienne loi* » (É. VALETTE, *Une nouvelle interprétation de l'article 2 du Code civil*, Saint-Étienne, Impr. de "La Loire républicaine", 1908, p. 264).

902 Cass. ass. plén., 21 déc. 1990, n° 88-15.744 : *Bull. ass. plén.*, n° 12 ; *JCP G* 1991, II 21640, obs. D.-H. Dontenwille. Selon l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, une loi interprétative s'applique rétroactivement aux instances en cours mais ne produit aucun effet sur les décisions passées en force de la chose jugée.

903 Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2003, n° 00-11.476 : *Bull. civ. I*, n° 81 ; *D.* 2003, p. 1035, obs. A. Lienhard ; *RD bancaire et fin.* 2003, comm. 163, obs. D. Legeais – Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 04-17.839, inédit : *JCP G* 2006, I 131, obs. Ph. Simler. Dans cette dernière décision, la première Chambre civile avait jugé que le nouvel alinéa de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier était applicable aux faits évoqués devant elle puisque les paiements étaient tous intervenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 99-532 (soit après le 1^{er} juillet 1999).

234. – Le point de départ de l'obligation prévue par l'art. 2293 C. civ.

L'application de l'alinéa 2 de l'article 2293 du Code civil aux cautionnements souscrits antérieurement à la loi du 29 juillet 1998 a bien évidemment soulevé les mêmes interrogations.

Selon certains auteurs, « *en l'absence de dispositions précises, il n'y a aucune raison de réserver un traitement spécifique à la loi du 29 juillet 1998* »⁹⁰⁴. Puisque la loi du 1^{er} mars 1984 s'appliquait immédiatement aux affaires en cours, il devait en être de même pour le texte du 29 juillet 1998. Pourtant, d'autres auteurs considéraient que l'application de ce texte aux contrats en cours nécessitait d'attendre son entrée en vigueur, voire même la publication de son décret d'application⁹⁰⁵.

La Cour de cassation avait finalement donné ses instructions en cassant un arrêt qui condamnait une caution ayant souscrit un cautionnement indéfini en 1990 sans répondre à ses prétentions sur la violation de l'ancien article 2016 du Code civil initié par la loi du 29 juillet 1998⁹⁰⁶. Les consignes ont été valablement entendues puisque, récemment, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a récemment statué en faveur de l'application de l'obligation d'information annuelle de la caution aux cautionnements souscrits antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi⁹⁰⁷.

235. – Le point de départ de l'obligation prévue par l'art. 341-6 C.

consom. Tous les textes prévoyant une obligation annuelle d'information en faveur des cautions sont soumis au même domaine *ratione temporis*, la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 ne fait pas exception.

Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, l'article L. 341-6 du

904 G. BIARDEAUD et Ph. FLORES, « Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux ? », *D.* 2007, n° 3, p. 174. Dans le même sens : P. CROCQ, « L'obligation d'information annuelle de la caution et la loi relative à la lutte contre les exclusions : chronique de difficultés jurisprudentielles à venir ! », *RTD civ.* 1998, n° 4, p. 955 : « *il est possible qu'en raison du caractère impératif de ce texte la jurisprudence considère, comme elle l'a fait à propos de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, que la loi nouvelle est applicable aux contrats en cours* ».

905 Pour la position contraire : M. CABRILLAC, « Etablissements de crédit. Cautionnement. Lutte contre les exclusions », *RTD com.* 1998, n° 4, p. 899 : « *Sur cette entrée en vigueur, le message législatif n'est pas limpide. D'après l'article 99, pour les règles figurant dans le chapitre I du titre II de la loi, elle devrait intervenir au moment de l'entrée en vigueur du décret d'application ; il semble néanmoins que les règles relatives au cautionnement soient d'application immédiate car, bien qu'elles soient situées dans ledit chapitre, elles sont placées après l'article 99 et ne paraissent pas appeler de mesures d'applications. Ces règles concernent respectivement l'information annuelle de la caution, l'information qui lui est due en cas de défaillance du débiteur principal et, enfin, les limites aux poursuites contre la caution.* »

906 Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2005, n° 03-16.696 : *Bull. civ.* I, n° 293.

907 Aix-en-Provence, 11^e ch. B, 21 janv. 2009 : *JurisData* n° 2008-007293 ; *JCP G* 2009, II 10100, obs. J.-D. Pelletier.

Code de la consommation ne peut entraîner la déchéance du droit aux intérêts conventionnels qu'à compter de la date de son entrée en vigueur, soit six mois après sa publication⁹⁰⁸ et ne s'applique pas aux situations consommées avant cette date⁹⁰⁹. La Cour de cassation retient donc l'application immédiate de l'article L. 341-6 du Code de la consommation pour tous les contrats en cours. Cependant, la sanction prévue par ce texte n'est encourue qu'à compter du 5 février 2004, de sorte que l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier conserve son intérêt pour les cautionnements conclus avant cette date. En effet, même si l'obligation prévue par le Code de la consommation est applicable aux cautionnements en cours, elle est manifestement dépourvue de sanction pour tous les manquements antérieurs au 5 février 2004.

Une telle solution était prévisible dans la mesure où elle avait déjà été adoptée pour les autres textes prévoyant une obligation annuelle d'information de la caution. Pourtant, la position de la Cour de cassation était tout de même attendue avec impatience sur ce point : *« jusqu'au fameux arrêt du 13 février 2007, les créanciers étaient fondés à croire que leur cautionnement continuait à être régi par la législation ancienne. Or, il n'en est rien puisqu'en raison de l'effet déclaratif de la jurisprudence, la solution adoptée le 13 février vaut à compter du 5 février 2004. Si on ajoute à cela que les créanciers, tout professionnels qu'ils sont, n'ont sans doute pas une connaissance instantanée de la jurisprudence, on comprend que beaucoup d'entre eux encourrent une déchéance de garantie des accessoires de la dette assez importante »*⁹¹⁰.

2°) L'extinction des obligations annuelles d'information

236. – Le maintien de l'obligation annuelle après assignation de caution.

Conformément à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, l'information doit être adressée au plus tard le 31 mars de chaque année.

908 La loi Dutreil est entrée immédiatement en vigueur, excepté certaines de ses dispositions, notamment celles relatives à l'obligation annuelle d'information, qui ont bénéficié d'un report exceptionnel de six mois à compter de la publication au Journal Officiel (JO). La publication au JO de la L. n° 2003-721 datant du 5 août 2003, les dispositions de l'article 341-6 sont donc entrées en vigueur le 5 février 2004.

909 Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308 : *Bull. civ.* IV, n° 31 et 32 ; *D.* 2007, p. 651, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2007, p. 432, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 370, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2007, I 158, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler ; *Banque et droit*, mars-avr. 2007, p. 59, obs. F. Jacob ; obs. sous *RTD civ.* 2007, p. 370, F.-J. Crédot et Th. Samin.

910 Ch. JUILLET, « Le domaine d'application de l'obligation annuelle d'information de la caution de l'article L. 341-6 du Code de la consommation », *D.* 2013, n° 8, p. 547.

Cependant, rien n'indique, dans ce texte, jusqu'à quand cette information est due à la caution. Les autres textes prévoyant l'information annuelle de la caution ne mentionnent pas davantage le terme de cette obligation. La question de la durée pendant laquelle le créancier est redevable de cette obligation a donc soulevé de nombreuses interrogations et la Cour de cassation, contrainte d'y répondre dans le silence de la loi, considérait initialement que l'information annuelle devait être délivrée jusqu'à la date d'assignation de la caution et n'avait pas à être exécutée durant l'instance engagée contre celle-ci⁹¹¹.

Puis, dans les années 1990, la Chambre commerciale de la Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence estimant que « *l'obligation à laquelle sont tenus les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition d'un cautionnement, de faire connaître chaque année à la caution le montant et le terme des principal, intérêts, frais et accessoires, garantis par elle, doit être respectée jusqu'à l'extinction de la dette, même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation* »⁹¹².

Selon la Chambre commerciale, l'établissement de crédit n'est donc dispensé de son obligation d'information annuelle, ni par l'assignation, ni par la durée de l'instance et il doit continuer à informer annuellement la caution dirigeante jusqu'à l'extinction de l'obligation qui lui est due. Ce revirement de jurisprudence est emprunt de bon sens puisque la dette n'est pas gelée par le déroulement de l'instance et qu'elle continue à évoluer et à produire des intérêts. De plus, il n'y avait aucune raison d'isoler les cautions dirigeantes de cette solution puisque ces dernières bénéficient de l'information annuelle comme n'importe quelle autre caution et que « *la jurisprudence a refusé de faire une exception pour les dirigeants sociaux* »⁹¹³. En interprétant un texte applicable à toutes les cautions, la solution retenue à propos de la durée de l'obligation devait logiquement profiter à toutes les cautions.

La première Chambre civile de la Cour de cassation se rangea finalement à la position retenue par la Chambre commerciale en cassant un arrêt rendu par la cour d'appel d'Angers ayant condamné une caution au paiement des intérêts au taux conventionnel à compter de la date de l'assignation. Sous

911 Cass. com., 18 avr. 1989, n° 86-13.867 : *Bull. civ. I*, n° 114 ; *RD bancaire et bourse* 1989, p. 217, obs. M. Contamine-Raynaud.

912 Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15.183 : *Bull. civ. IV*, n° 203.

913 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 316, p. 223.

peine d'être déchu des intérêts au taux conventionnel durant la période d'inexécution, le créancier doit donc se conformer aux exigences légales, même après l'assignation de la caution⁹¹⁴.

237. – Le maintien de l'obligation annuelle d'information après la condamnation de la caution. En raison d'un désaccord provoqué par la première Chambre civile de la Cour de cassation qui estimait que l'obligation d'information prévue par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 ne s'appliquait plus dès la fin de l'instance ayant abouti à la condamnation de la caution⁹¹⁵, la Chambre mixte de la Cour de cassation dut intervenir. Celle-ci se prononça en faveur des cautions, estimant que l'obligation d'information devrait être respectée même après que le jugement les condamnant au paiement du principal et des intérêts ait acquis force de chose jugée⁹¹⁶.

Les cautions dirigeantes sont donc en droit de se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date du jugement les condamnant au paiement du principal et des intérêts. Le fait que le jugement ait acquis force de la chose jugée ne les empêche donc pas de demander la déchéance des intérêts conventionnels produits postérieurement à cette décision⁹¹⁷. Les mêmes règles relatives à la durée de l'obligation sont applicables aux autres dispositifs prévoyant une information annuelle de la caution. La deuxième Chambre civile a d'ailleurs affirmé que le juge de l'exécution devait statuer sur la sanction résultant de la violation de l'article de L. 341-6 du Code de la consommation dans une situation où les cautions contestaient le décompte des intérêts contenu dans le commandement aux fins de saisie-vente qui leur avait été délivré (celui-ci comprenant des intérêts normalement déchus en raison du manquement à l'obligation annuelle d'information)⁹¹⁸. Le manquement à cette obligation d'information devait être sanctionné par la

914 Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1994, n° 92-19.609 : *Bull. civ. I*, n° 123 ; *RD bancaire et bourse* 1994, p. 238, obs. M. Contamine-Raynaud.

915 Alors que la Chambre commerciale et la deuxième Chambre civile considéraient que l'établissement de crédit était tenu de respecter l'obligation d'information mise à sa charge par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier jusqu'à l'extinction du cautionnement (sans que le jugement condamnant la caution ne l'en dispense), la première Chambre civile soutenait avec véhémence que la banque n'était plus tenue de se conformer à l'obligation d'information prévue par cet article à compter de la condamnation de la caution (Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2005, n° 02-13.492 : *Bull. civ. I*, n° 488).

916 Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-25.862, inédit.

917 Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863 : *Bull. ch. mixte*, n° 9 ; *D.* 2006, p. 2907, obs. V. Avena-Robardet ; *Banque et droit*, janv.-févr. 2007, p. 46, obs. N. Rontchevsky ; *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 9, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2007, p. 215, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2007, I 158, obs. Ph. Simler.

918 Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n° 08-12.943, inédit.

déchéance des intérêts puisque même si les cautions avaient été condamnées, la dette n'était pas éteinte.

II – Les sanctions du manquement aux obligations annuelles d'information

238. – Plan. L'alinéa 2 de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier prévoit que le défaut d'accomplissement de l'obligation d'information annuelle est sanctionné par la déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information⁹¹⁹.

La déchéance est une sanction qui se manifeste par la perte d'un droit dont une personne est privée parce qu'elle n'a pas accompli certaines diligences dans un délai requis⁹²⁰. Le législateur a logiquement choisi la déchéance comme sanction du manquement à l'obligation prévue par l'article L. 313-22, ce texte imposant de procéder à une formalité particulière (l'information de la caution) dans un délai imparti (chaque année avant le 31 mars). Si les établissements de crédit ou les sociétés de financement n'accomplissent pas cette formalité, ils encourent la perte d'un droit : celui de percevoir les intérêts échus depuis la précédente information et jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Cependant, l'expression « *intérêts échus* » laisse place à de nombreux questionnements non résolus par le législateur : s'agit-il des intérêts au taux conventionnel ou des intérêts au taux légal ? Parle-t-on simplement des intérêts accessoires au contrat de prêt (intérêts d'emprunt) ou des intérêts de retard personnellement dus par la caution dirigeante ?

La nature des intérêts affectés par la déchéance ainsi que le cantonnement de cette sanction aux seuls intérêts échus nécessitent une détermination précise, notamment parce que la jurisprudence considère que l'article L. 313-22 est la règle de droit commun s'appliquant aux autres dispositions prévoyant une obligation d'information annuelle de la caution (B).

L'article 2293 du Code civil prévoit également la déchéance à titre de sanction du manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution mais la déchéance légale prévue par cette disposition du Code civil ne porte

919 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 157, p. 116.

920 V. AVENA-ROBARDET, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, n° 30, p. 2083.

cependant pas sur les mêmes sommes : elle concerne les frais, les pénalités et les accessoires de la dette sans faire référence aux « *intérêts échus* »⁹²¹. Enfin, l'article L. 341-6 du Code de consommation se contente de faire perdre, au créancier professionnel qui n'accomplit pas les diligences requises, le droit de percevoir les pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information et jusqu'à la date de communication de la nouvelle information⁹²².

Si le législateur a souhaité prévoir une sanction de même nature pour les différents manquements aux obligations d'information, il n'a cependant pas choisi d'appliquer une sanction uniforme pour l'ensemble de ces textes puisque les sommes concernées par la sanction légale divergent d'un Code à l'autre⁹²³(A). Enfin, si l'on peut affirmer que le législateur a voulu prévoir une sanction identique pour tous ces textes (la déchéance ou la perte) rien n'indique, dans la lettre de la loi, que la sanction légale est la seule sanction admise par le législateur. Si la nullité du cautionnement a été logiquement écartée par la jurisprudence en tant que sanction du manquement à l'obligation d'information⁹²⁴, rien ne permet d'affirmer que la caution dirigeante ne peut pas engager la responsabilité du créancier défaillant pour bénéficier des autres sanctions de droit commun (C).

A) La détermination des sanctions légales

239. – Plan. La déchéance prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier concerne uniquement les intérêts échus et impayés sur une période déterminée (1°) tandis que les autres dispositifs prévoyant une information annuelle de la caution semblent prévoir une sanction plus

921 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 433, p. 146.

922 Cette dernière disposition ne prévoit donc pas expressément la « déchéance » mais préfère parler de « perte » et ne fait référence ni aux intérêts échus, ni aux frais, ni même aux accessoires de la dette.

923 Le Code monétaire et financier parle « d'intérêts échus », le Code civil de « pénalités, de frais et d'accessoires de la dette » et enfin le Code de la consommation s'intéresse « aux pénalités et aux intérêts de retard ».

924 Le fait d'écarter la nullité du contrat à titre de sanction du manquement à l'obligation annuelle d'information est logique puisque la nullité sanctionne l'absence d'une ou plusieurs conditions de formation du contrat et en aucun cas le défaut d'accomplissement de certaines formalités dans un délai imparti. Le créancier défaillant dans son obligation d'informer la caution peut donc exiger un paiement de la caution pour toutes les montants qui ne sont pas concernés par la sanction légale puisque la déchéance ou la perte des sommes prévues par ces textes ne fait pas obstacle à l'action en paiement que le créancier peut exercer contre la caution pour toutes les autres sommes dues en vertu du cautionnement (Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-14.774 : *Bull. civ.* IV, n° 205 – Paris, 6 nov. 1998 : *RJDA* 1999, n° 339).

étendue. L'article 2293 du Code civil fait ainsi référence aux frais, aux pénalités et aux accessoires de la dette, ce qui laisse d'ores et déjà pressentir que cette sanction est plus sévère que celle édictée par le Code monétaire et financier (2°).

Le manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution initiée par la loi Dutreil (et insérée dans le Code de la consommation) est, quant à lui, sanctionné par la perte des pénalités ou des intérêts de retard. Cette sanction se distingue donc des deux précédentes et apparaît plus restrictive encore que les sanctions prévues par les autres dispositifs (3°).

1°) La déchéance des « intérêts échus » : la sanction édictée par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier

240. – La notion « d'intérêts échus ». L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier sanctionne le manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution par la déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Le contrat principal (conclu entre le créancier et la société cautionnée) peut prévoir un taux d'intérêt conventionnel ou légal. Si aucun taux d'intérêt (contractuel ou légal) n'est stipulé dans l'acte, le contrat de prêt est réputé conclu à titre gratuit et les intérêts au taux légal ne s'appliquent qu'à compter de la mise en demeure de payer⁹²⁵. La déchéance prévue par l'article L. 313-22 ne peut donc concerner que les intérêts stipulés dans le contrat principal puisque, à défaut de clause, la convention est réputée avoir été conclue à titre gratuit entre le créancier et le débiteur principal.

Ensuite, cette déchéance ne concerne qu'un laps de temps réduit puisque celle-ci ne s'applique qu'aux intérêts échus et impayés depuis la précédente information et jusqu'à la date de communication de la nouvelle information⁹²⁶. Ainsi, le manquement à cette obligation est dépourvu de sanction lorsque le débiteur principal n'est redevable d'aucun intérêt (au taux conventionnel ou légal) sur cette période⁹²⁷. Le manquement à l'obligation

925 Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1991, n° 90-17.169 : *Bull. civ. I*, n° 335. En l'absence de référence à un taux d'intérêt, le prêt est réputé avoir été consenti à titre gratuit et seuls les intérêts au taux légal courent à partir de la mise en demeure.

926 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 304, p. 231.

927 Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1998, n° 96-14.953 : *Bull. civ. I*, n° 134 ; *JGP G* 1999, I 116, obs. Ph. Simler. Selon cette décision, le défaut d'accomplissement de l'obligation prévue par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit, déchéance des intérêts dans les conditions visées par ce texte, mais il ne décharge pas pour autant la caution de son obligation de payer les autres

d'informer annuellement la caution est ainsi dépourvu de sanction lorsque le débiteur principal a réglé toutes les échéances ou a *a minima* payé les intérêts échus.

241. – Le principe d'imputation prioritaire des paiements sur le principal. Afin de doter le manquement à cette obligation d'une sanction plus efficace et de lui donner une force contraignante, une loi du 25 juin 1999 est venue compléter le texte du 1^{er} mars 1984 en précisant que « *les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette* ».

Avant cette loi, la Cour de cassation estimait qu'il ne fallait pas imputer les sommes versées par le débiteur principal sur le capital restant car cela contrevenait aux règles légales d'imputation des paiements⁹²⁸. L'objectif poursuivi par le législateur était d'éviter d'éventuelles parades des créanciers qui pouvaient imputer les paiements du débiteur principal sur les intérêts échus afin de ne pas perdre ces sommes et de réclamer un paiement à la caution pour les sommes non affectées par la déchéance⁹²⁹.

De telles pratiques pouvant réduire à néant la seule sanction prévue par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, le législateur avait entendu faire peser cette déchéance sur le créancier négligeant en prévoyant que les paiements effectués par le débiteur principal seraient prioritairement déduits de la créance principale. « *Dérogatoire aux règles légales d'imputation – mais pour les seules relations entre la caution et le créancier –, cette disposition permet de mettre en adéquation la déchéance des intérêts et leur imputation, renforçant ainsi l'effectivité de la sanction : la déchéance des intérêts n'est dissuasive que s'il reste des intérêts à payer, ce qui ne serait pas toujours le cas si l'on s'en tenait aux règles d'imputation de l'art. 1254 C. civ.* »⁹³⁰

sommes dues en vertu du cautionnement.

928 Cass. com. 11 juin 1996, n° 94-15.097 : *Bull. civ. IV*, n° 164.

929 Cette loi a vocation à s'appliquer à tous les cautionnements conclus avant son entrée en vigueur mais ne bénéficie cependant aux cautions que pour les paiements intervenus après cette date puisque la loi du 25 juin 1999 ne s'est pas vue reconnaître le caractère de loi interprétative (Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2003, n° 00-11.476 : *Bull. civ. I*, n° 81 ; *D.* 2003, p. 1035, obs. A. Lienhard ; *RD bancaire et fin.* 2003, comm. 163, p. 163, obs. D. Legeais). Il convient cependant de préciser qu'il s'agit d'une imputation sur la totalité du principal de la dette et pas uniquement sur la partie cautionnée (Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-11.710, inédit : *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 61, obs. D. Legeais).

930 Y. PICOD, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, n° 24, p. 1971.

2°) *La déchéance des accessoires, des frais et des pénalités : la sanction édictée par l'article 2293 du Code civil*

242. – Les notions de « frais » et de « pénalités ». La déchéance prévue par l'article 2293 du Code civil s'étend à « *tous les accessoires de la dette, les frais et pénalités* ». Contrairement à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, elle ne se limite pas aux seuls intérêts échus. La notion de « frais » inclut toutes les sommes occasionnées par les modalités de paiement prévues au contrat⁹³¹ ou par les mesures de recouvrement mises en oeuvre⁹³². Le terme de « pénalités » – qui semblait naturellement concerner les dommages-intérêts réparant le retard d'exécution en vertu de l'article 1152 du Code civil – a récemment nécessité une confirmation de la première Chambre civile de la Cour de cassation à propos de l'obligation ponctuelle d'information de la caution prévue par l'article L. 341-1 du Code de la consommation : « *l'indemnité forfaitaire de 10 % prévue au contrat de prêt constitue une pénalité au sens de l'article L. 341-1 du Code de la consommation* »⁹³³. La clause pénale prévue par l'article 1152 du Code civil⁹³⁴ est donc bien considérée comme une « pénalité » au sens de l'article L. 341-1 du Code de la consommation⁹³⁵.

Cette confirmation de la première Chambre civile devrait d'ailleurs s'appliquer sans difficulté aux textes prévoyant une obligation d'information annuelle de la caution, notamment aux articles 2293 du Code civil et L. 341-6 du Code de la consommation, leur rédaction étant similaire à celle de l'article L. 341-1 du Code de la consommation. Les « pénalités » au sens de l'article 2293 du Code civil concernent ainsi toutes les sommes prévues pour

931 C. civ., art. 1248 : « *Les frais du paiement sont à la charge du débiteur* ».

932 Les frais de recouvrement des créances sont à la charge du débiteur uniquement lorsque le créancier est titulaire d'un titre exécutoire, excepté pour certains frais qui incombent toujours au débiteur : notamment les frais de rejet d'un chèque impayé (article L. 131-73 du Code monétaire et financier) ou ceux frais engendrés par une mesure conservatoire (article L. 512-2 du Code des procédures civiles d'exécution).

933 Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-18.478 : *Bull. civ. I*, en cours de publication ; *D.* 2013, p. 1615, obs. V. Avena-Robardet.

934 C. civ., art. 1152 : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.* »

935 Il convient de rappeler que cet article prévoit une obligation ponctuelle d'information de la caution en cas d'incident de paiement du débiteur principal dans les termes suivants : « *sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des **pénalités** ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée* ».

réparer le préjudice causé par le retard de paiement du débiteur principal.

243. – La notion « d'accessoires ». Le terme « d'accessoires » est plus vaste mais aussi plus équivoque. Les accessoires sont traditionnellement considérés comme *« les conséquences normales ou prévisibles de l'obligation cautionnée »*⁹³⁶. Si l'on écarte toute problématique liée au formalisme exigé par le droit du cautionnement en ce qui concerne l'étendue de l'engagement de la caution, il n'est pas envisageable d'exclure les intérêts (conventionnels ou légaux) des « accessoires » au sens de l'article 2293 du Code civil : *« l'obligation faite à la caution de payer au créancier les intérêts en sus du capital n'avait jamais été mise en doute, tant la lettre de l'article 2016, devenu article 2293 du Code civil, paraissait claire. (...) L'extension aux intérêts de la dette est de droit, sauf clause contraire. Il importe peu qu'il s'agisse d'intérêts légaux, conventionnels ou moratoires »*⁹³⁷.

De plus, si les « accessoires » du premier alinéa de l'article 2293 du Code civil (relatif à l'étendue d'un cautionnement indéfini) comprennent les intérêts, il n'existe aucune raison sérieuse d'écarter ces mêmes intérêts des « accessoires » prévus par le second alinéa. Les intérêts stipulés dans le contrat principal (au taux contractuel ou légal) sont donc des accessoires de la dette mais ceux-ci ne se limitent cependant pas aux seuls intérêts sinon le législateur se serait contenté de parler « d'intérêts » et non « d'accessoires » ! En effet, *« s'il n'y a pas lieu de considérer comme limitative la liste des accessoires susceptibles d'être couverts par le cautionnement, il ne semble pas qu'elle puisse s'allonger considérablement. Il faut, en effet, que les conditions énoncées plus haut soient remplies : lien direct de cause à effet entre le principal et l'obligation accessoire et prévisibilité par la caution. L'obligation de la caution a pu être étendue : aux pénalités pour retard ou fraude infligées à un contribuable cautionné ; aux frais d'enregistrement de l'acte et aux honoraires du notaire, dont le créancier avait fait l'avance pour les frais d'avocat ; à la TVA, accessoire indissociable du prix de vente ; aux frais de transport et d'assurance »*⁹³⁸.

244. – Une déchéance cantonnée aux seuls intérêts échus. L'article 2293

936 Cass. req., 22 juill. 1891 : DP 1893, 1, p. 259 ; S. 1893, 1, p. 310.

937 Ph. SIMLER, « Cautionnement. – Étendue » in *J.-Cl. Civil Code* (art. 2288 à 2320), LexisNexis, 2013, Fasc. 30, n° 52.

938 *Loc. cit.*

du Code civil propose une liste plus longue des sommes susceptibles d'être affectées par la déchéance que celle prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Il était légitime de penser que le manquement à l'obligation d'information prévue par l'article 2293 permettait à la caution d'être seulement tenue du capital restant, cette disposition ne faisant aucune distinction entre les intérêts échus et les intérêts à échoir en ce qui concerne l'étendue de la déchéance.

Cependant, le tribunal de grande instance de Tulle⁹³⁹ en décida autrement, appliquant le même régime juridique à la disposition du Code civil que celui initié par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier à propos de la nature des intérêts concernés par la sanction légale. Les juges de Tulle décidèrent ainsi de limiter la déchéance aux intérêts échus depuis la date à laquelle l'information aurait dû être communiquée à la caution et refusèrent d'étendre cette déchéance à l'ensemble des intérêts de la dette. Cette surprenante solution fut néanmoins saluée par les magistrats Gérard Biardeaud et Philippe Flores qui estimaient que le tribunal de Tulle avait fait preuve d'audace en voyant un principe général dans les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et en l'étendant à l'article 2293 du Code civil⁹⁴⁰.

Si elle a le mérite d'assurer une certaine cohérence en droit du cautionnement, la conception prétorienne de la sanction prévue par l'article 2293 du Code civil est néanmoins restrictive en ce qu'elle limite la déchéance aux seuls intérêts échus et impayés alors que la loi ne se livre pas à une telle distinction.

3°) La perte des pénalités ou des intérêts de retard échus : la sanction édictée par l'article L. 341-6 du Code de la consommation

245. – Les notions de « pénalités » et « d'intérêts de retard ». En cas de manquement à l'obligation annuelle d'information prévue par l'article L. 341-6 du Code de la consommation, la sanction applicable au créancier est

939 TGI Tulle, 22 sept. 2005, n° 04/00067 ; D. 2007, n° 3, p. 174, obs. G. Biardeaud et Ph. Flores. Dix ans après l'entrée en vigueur de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, les magistrats Gérard Biardeaud et Philippe Flores ne recensaient qu'un seul arrêt rendu par la Cour de cassation au visa de l'alinéa 2 de l'article 2293 du Code civil et n'étaient en mesure de commenter l'interprétation de cette disposition qu'en se fondant sur la décision rendue par le TGI de Tulle. En effet, même s'il s'agit d'une décision rendue par une juridiction du premier degré, elle reste pour l'heure la seule véritable décision rendue en la matière.

940 G. BIARDEAUD, Ph. FLORES, « Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux ? », D. 2007, n° 3, p. 174.

encore différente de celle prévue par les deux précédents textes puisque celui-ci perdra le droit « *au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information* ». Contrairement à l'article 2293 du Code civil, cette disposition ne fait pas référence aux « frais » ou aux « accessoires » de la dette et dispense simplement la caution du paiement des intérêts de retard ou des pénalités⁹⁴¹.

*« Ce texte, applicable à compter du 6 février 2004, comporte une malfaçon de taille : contre toute attente, la sanction du défaut d'information n'est pas la "déchéance des intérêts échus" depuis la précédente information (ou depuis l'origine, si il n'y a eu aucune information), comme le prévoient l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et plus largement l'ex-article 2016, mais la seule perte des "pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information. Cet article L. 341-6 reprend en effet, quant à la sanction du défaut d'information, les termes des articles L. 313-9 et L. 341-1 du Code de la consommation, qui organisent l'information de la caution en cas d'incident de paiement (la caution non informée n'est pas tenue au paiement des "pénalités ou intérêts de retard échus" depuis cet incident). Il aurait été plus logique de s'en tenir aux dispositions des articles L. 313-22 et ex-2016, qui prescrivent la "déchéance des intérêts échus", car la notion d'intérêts de retard est liée à celle d'impayé, et une interprétation stricte priverait de toute sanction le défaut d'information sur les montants restant dus, dès lors qu'il n'y a pas d'impayés sur la période »*⁹⁴².

La sanction prévue par la loi Dutreil n'est donc effective que lorsque le débiteur principal est redevable de sommes réparant le préjudice lié à son retard d'exécution. En l'absence de pénalités ou d'intérêts de retard impayés, aucune sanction n'est donc applicable au créancier professionnel.

⁹⁴¹ L'utilisation de la conjonction de coordination « ou » précise la nature de la sanction voulue par le législateur. S'il était évident que le terme « pénalités » devait être considéré comme des dommages-intérêts réparant le préjudice subi par le créancier en raison du retard de paiement du débiteur, l'expression « intérêts de retard » aurait pu soulever davantage de difficultés si la rédaction du texte n'avait pas été aussi précise. En effet, la conjonction de coordination « ou » a été utilisée par le législateur pour démontrer que la convention principale prévoit généralement l'un ou l'autre de ces dispositifs pour sanctionner le retard d'exécution du débiteur principal et la mention « de retard » accompagnant le terme « d'intérêts » indique clairement que ces sommes sont en fait les intérêts moratoires (au taux légal ou au taux contractuellement défini) qui réparent le préjudice causé au créancier par le retard d'exécution (les intérêts moratoires prévus par l'article 1153, al. 1 du Code civil réparent le préjudice causé par le retard d'exécution sans que le créancier ne soit tenu de justifier d'aucune perte et se différencient des intérêts prévus par l'article 1907 du Code civil qui permettent simplement à un créancier de prêter à intérêt).

⁹⁴² G. BIARDEAUD, Ph. FLORES, *op. cit.*, p. 174.

246. – Les lacunes de la loi Dutreil. Contrairement aux deux dispositifs l'ayant précédé – à savoir l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et l'article 2293 du Code civil –, l'article L. 341-6 du Code de la consommation ne mentionne pas expressément le terme de « déchéance »⁹⁴³ et se contente de disposer qu'en cas de manquement à l'obligation d'information, *« la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information »*.

Par ailleurs, cet article ne prévoit rien en ce qui concerne l'imputation prioritaire des paiements du débiteur sur le principal dans les rapports entre le créancier et la caution, de sorte que cette sanction est dépourvue d'effet, le créancier pouvant imputer les paiements du débiteur principal sur les pénalités ou les intérêts de retard et réclamer le reste des sommes dues à la caution, sauf si l'on estime, comme le tribunal de grande instance de Tulle⁹⁴⁴, que les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier sont bel et bien des règles générales applicables à cet article L. 341-6 du Code de la consommation. Cette juridiction avait, en effet, estimé que le principe d'imputation prioritaire des paiements sur le capital, imaginé par le législateur à propos de l'article L. 313-22, est applicable à ce dispositif et que le montant des échéances et des acomptes versés par le débiteur doit s'imputer sur le principal (dans les relations entre la caution et le créancier). L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier s'appliquant à l'ensemble des textes prévoyant une obligation d'information annuelle de la caution, cette disposition semble effectivement constituer le socle de droit commun en la matière.

Ainsi, aucune des dispositions prévoyant une obligation d'informer annuellement la caution ne préconisent tout à fait la même sanction. L'article 2293 du Code civil prévoit, en théorie, la sanction la plus sévère de ces trois textes puisque la déchéance s'applique normalement aux frais, aux pénalités et aux accessoires de la dette : *« le non-respect de cette obligation est rigoureusement sanctionné, puisqu'en l'absence d'information, la caution sera déchue de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités. La*

⁹⁴³ Le professeur Yves Picod estime qu'il convient de parler de "déchéance totale" en cas d'absence d'information et de "déchéance partielle" *« en cas de carence ou d'insuffisance temporaire »* (Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 132, p. 205).

⁹⁴⁴ TGI Tulle, 22 sept. 2005, n° 04/00067 ; D. 2007, n° 3, p. 174, obs. G. Biardeaud et Ph. Flores.

*sanction est beaucoup plus sévère que celle prévue par la loi du 1^{er} mars 1984 qui consiste à priver le créancier de percevoir les intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Elle est indépendante de toute idée de préjudice de la caution et elle est encourue par le créancier du seul fait de son manquement »*⁹⁴⁵. Cependant, en pratique, l'article 2293 du Code civil est très peu utilisé dans les prétoires et la jurisprudence a interprété cette sanction d'une façon restrictive puisqu'elle a assimilé la sanction de droit commun avec celle prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, du moins en ce qui concerne la notion d'intérêts. L'article L. 341-6 du Code de la consommation concerne uniquement la clause pénale ou les intérêts moratoires prévus dans le contrat de prêt. Ainsi, sauf si les pénalités ou les intérêts de retard sont très conséquents, l'article L. 341-6 du Code de la consommation n'est pas très favorable aux cautions puisqu'il ne prévoit qu'une timide sanction qui n'englobe même pas les intérêts afférents à la dette⁹⁴⁶. La seule sanction efficace est donc celle prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, encore faut-il définir la nature exacte des intérêts concernés par cette déchéance.

B) La nature des intérêts affectés par la déchéance légale (art. L. 313-22 C. mon. fin.)

247. – Plan. Même si les différents dispositifs prévoyant l'obligation d'informer annuellement la caution ne font pas de distinction entre les intérêts existant en droit positif⁹⁴⁷, la jurisprudence s'est attelée à les distinguer dans le cadre de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, s'agissant le socle de droit commun en la matière. En droit du cautionnement, il est ainsi possible d'observer deux catégories d'intérêts : les intérêts stipulés dans le contrat principal (1^o) et les intérêts moratoires dus, soit par la société cautionnée, soit personnellement par la caution, en raison d'un retard d'exécution (2^o)⁹⁴⁸.

945 S. PIEDELIÈVRE, « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP G* 1998, I 170.

946 O. LUTUN, « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RD bancaire et fin.* 2003, dossier 100048.

947 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n^o 315, p. 221-222.

948 La distinction opérée selon l'origine des intérêts ne suffit cependant pas à savoir quelles sont les sommes réellement affectées par la sanction légale, il est également nécessaire de les distinguer selon leur nature (intérêts au taux légal ou intérêts au taux contractuel).

1°) La déchéance des intérêts stipulés dans le contrat principal

248. – La notion « d'intérêts contractuels ». L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier édicte la seule sanction efficace applicable en cas de manquement à l'obligation annuelle d'information de la caution : « *la déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information* ». Pour autant, cette disposition reste silencieuse sur la nature des intérêts concernés : s'agit-il des intérêts au taux légal ou des intérêts au taux conventionnel ? La première remarque à effectuer, la plus visible, est que le texte n'opère aucune distinction entre ces intérêts. Le législateur s'est ainsi simplement contenté de parler « d'intérêts échus ». Or, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* : là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. Les intérêts au taux légal comme les intérêts au taux conventionnel devraient donc être concernés par la déchéance de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

D'autre part, le Code civil précise qu'il est permis de stipuler des intérêts pour le prêt d'argent⁹⁴⁹ et que « *l'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas* »⁹⁵⁰. Selon la jurisprudence, si le contrat de prêt ne prévoit pas d'intérêts au taux conventionnel ou ne stipule pas l'application des intérêts au taux légal, le prêt est réputé avoir été consenti à titre gratuit et les intérêts au taux légal ne sont dus qu'à compter de la mise en demeure de payer adressée par le prêteur à son débiteur défaillant⁹⁵¹. Ainsi, si le contrat de prêt ne stipule pas un taux d'intérêt conventionnel ou ne mentionne pas que le taux d'intérêt légal est applicable à la convention, le prêt est réputé consenti au débiteur sans intérêt et celui-ci ne doit rembourser que le capital emprunté. Aussi, lorsque la Cour de cassation explique que l'article L. 313-22 n'ouvre, contre l'établissement de crédit, pas d'autre sanction que la perte des « *intérêts contractuels* »⁹⁵², il faut comprendre que sont concernés les intérêts au taux légal ou au taux conventionnel d'origine contractuelle, c'est-à-dire le taux d'intérêt stipulé dans le contrat de prêt et non les seuls intérêts au taux conventionnel.

949 C. civ., art. 1905.

950 C. civ., art. 1907.

951 Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1991, n° 90-17.169 : *Bull. civ. I*, n° 335.

952 Cass. com., 1^{er} mars 2005, n° 03-15.496, inédit.

249. – L'interdiction de substituer les différents taux d'intérêts. Tous les intérêts stipulés dans le contrat principal, quelque soit leur nature (taux conventionnel ou taux légal), entrent donc dans le champ d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Cette allégation est renforcée par l'interdiction faite au créancier de substituer les intérêts au taux légal aux intérêts au taux contractuel lorsque ces derniers sont affectés par la déchéance de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier : *« les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier au sens de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 devenu l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier sous la condition d'un cautionnement doivent se conformer aux prescriptions de ce texte et qu'à défaut, ils sont déchus, à l'égard de la caution, de leur droit aux intérêts conventionnels sans pouvoir prétendre y substituer des intérêts au taux légal »*⁹⁵³.

Selon cette décision inédite, les créanciers qui ont prévu un taux d'intérêt contractuel dans le contrat principal ne sont pas en mesure de pallier la perte de ces intérêts en y substituant les intérêts au taux légal. Il en résulte que l'application du taux d'intérêt légal à un contrat de prêt n'est jamais automatique, que ce taux n'est pas un taux de substitution puisqu'il n'a vocation ni à pallier la déchéance ou la perte des intérêts au taux contractuel, ni à s'appliquer lorsque le créancier a omis de stipuler des intérêts. Ainsi, à défaut d'avoir stipulé un taux conventionnel ou l'application du taux légal, le prêt est réputé avoir été consenti à titre gratuit. Les intérêts au taux légal ne sont donc dus que lorsque le contrat de prêt le prévoit et la déchéance prévue par l'article L. 313-22 affecte tout aussi bien les intérêts au taux légal que les intérêts au taux conventionnel stipulés dans le contrat de prêt⁹⁵⁴.

2°) La déchéance des intérêts moratoires de la créance

250. – Les intérêts de retard issus du contrat principal. La question des intérêts de retard est toute autre. En effet, il ne faut pas confondre la déchéance des intérêts (légaux ou conventionnels) prévus dans le contrat de prêt (auxquels la caution n'est pas tenue lorsqu'ils sont affectés par la déchéance) et les intérêts de retard dus, par le débiteur principal ou par la caution, à compter de leur mise en demeure afin de réparer le préjudice lié au

⁹⁵³ Cass. com., 16 nov. 2004, n° 02-16.621, inédit.

⁹⁵⁴ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 132, p. 204.

retard d'exécution⁹⁵⁵.

De la même façon qu'elle ne distingue pas entre les intérêts au taux conventionnel et les intérêts au taux légal pour les intérêts d'emprunt, la loi du 1^{er} mars 1984 ne fait pas de distinction entre les intérêts d'emprunt et les intérêts moratoires de la créance. La loi ne distinguant pas, il n'y pas lieu de distinguer et la déchéance devrait être encourue pour tous les intérêts (accessoires ou moratoires), à partir du moment où ils sont issus du contrat de prêt. La Cour de cassation abonda partiellement en ce sens, jugeant que l'établissement de crédit a l'obligation d'informer personnellement la caution dans les conditions prévues à l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, à défaut de quoi cette dernière **est seulement tenue**, en vertu de l'article 1153, alinéa 3, du Code civil, des intérêts au taux légal à compter de la première mise en demeure qu'elle reçoit⁹⁵⁶. *A contrario*, cela signifie que la caution n'est pas redevable des intérêts moratoires découlant du contrat de prêt (intérêts de retard dus par le débiteur principal après sa mise en demeure) et que la déchéance prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier s'étend aux intérêts dus par la caution en raison du retard d'exécution du débiteur principal. En revanche, la déchéance n'affecte pas les intérêts dus personnellement par la caution en application de l'article 1153 (alinéa 3) du Code civil, après qu'elle eut été mise en demeure d'exécuter son engagement personnel⁹⁵⁷.

En cas de manquement à l'obligation annuelle d'information, la caution n'est donc pas tenue de payer les intérêts au taux légal qui sanctionnent le retard de paiement du débiteur principal en raison du caractère accessoire du contrat de cautionnement mais elle doit néanmoins réparer le préjudice causé au créancier par son propre retard d'exécution⁹⁵⁸.

251. – Les intérêts de retard personnellement dus par la caution. La

955 Les intérêts moratoires prévus par l'article 1153 du Code civil ne sont dus qu'à compter de la sommation de payer ou d'un autre acte équivalent s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Le débiteur principal est redevable de ces intérêts lorsqu'il est mis en demeure de payer les sommes dues au titre du contrat de prêt.

956 Cass. com., 17 mai 1994, n° 92-13.103 : *Bull. civ.* IV, n° 176 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 164, obs. Th. Bonneau – Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997, n° 95-19.940 : *Bull. civ.* I, n° 359.

957 Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.071 : *Bull. civ.* IV, n° 233 ; *Banque* 1991, p. 1202, obs. J.-L. Rives-Lange.

958 Le législateur a d'ailleurs manifesté cette volonté lorsqu'il rédigea les articles 2293 du Code civil et L. 341-6 du Code de la consommation, ceux-ci prévoyant expressément que les intérêts de retard ou les pénalités dus par le débiteur principal sont affectés par la déchéance (ou la perte) en cas de manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution. La caution non informée n'est donc pas tenue de payer les intérêts (même moratoires), dès lors qu'ils sont issus du contrat principal.

jurisprudence a affirmé, à plusieurs reprises, que la déchéance édictée par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne concerne que les intérêts dus par la caution au titre du contrat principal mais elle n'affecte en aucun cas les intérêts moratoires personnellement dus par la caution⁹⁵⁹ en application de l'article 1153 du Code civil, après qu'elle eut été mise en demeure⁹⁶⁰ d'exécuter ses engagements⁹⁶¹.

La mise en demeure de la caution est cependant un préalable obligatoire pour faire courir les dommages-intérêts moratoires à son encontre⁹⁶². Tant que la caution n'a pas été mise en demeure de payer, le retard d'exécution n'est pas constaté et n'est pas considéré comme préjudiciable au créancier⁹⁶³.

Cette solution est finalement logique car elle ne fait peser sur la caution que son propre retard d'exécution (le préjudice qu'elle cause par son propre fait au créancier) et la dispense du paiement des intérêts et pénalités dus causés par le retard d'exécution du débiteur principal en cas de manquement à l'obligation annuelle d'information.

C) Le cumul de la sanction légale avec les sanctions de droit commun

252. – Plan. Conformément à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, la caution peut seulement se prévaloir de la déchéance des intérêts échus liés au contrat principal. Cela signifie qu'aucune sanction ne sera envisageable si le prêt a été consenti à titre gratuit ou, plus fréquemment, si les intérêts ont été honorés par le débiteur principal. L'article 2293 du Code civil prévoit une sanction plus sévère (sauf en ce qui concerne les intérêts puisque la jurisprudence transpose le régime applicable à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier) mais le caractère supplétif de cette disposition lui offre peu de place en pratique. Enfin, l'article L. 341-6 du

959 Cass. com., 17 mai 1994, n° 92-13.103 : *Bull. civ. IV*, n° 176 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 164, obs. Th. Bonneau.

960 Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997, n° 95-19.940 : *Bull. civ. I*, n° 359 ; *D.* 1998, p. 27 ; *D. aff.* 1998, p. 148, obs. X. Delpech.

961 Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.071 : *Bull. civ. IV*, n° 233 ; *Banque* 1991, p. 1202, obs. J.-L. Rives-Lange – Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-10.278 : *Bull. civ. I*, n° 89 ; *JCP E* 2002, 735.

962 Selon le célèbre adage *dies non interpellat pro homine* : l'échéance du terme ne vaut pas mise en demeure (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, n° 88).

963 Les intérêts au taux légal prévus par l'article 1153 du Code civil courent à partir de cette mise en demeure jusqu'au jugement de condamnation de la caution. Une fois le jugement rendu, de nouveaux intérêts de retard courent mais, cette fois-ci, sur le fondement de l'alinéa premier de l'article 1153-1 du Code civil : « *en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement* ».

Code de la consommation ne vise même pas les intérêts liés la dette et se cantonne aux pénalités et aux intérêts de retard, de sorte que si ceux-ci ne sont pas significatifs, la sanction prévue par ce texte est dépourvue d'intérêt pratique pour la caution. Si l'on rajoute à ce constat le fait que la caution reste en toutes situations tenue de payer ses propres intérêts moratoires, on comprend aisément que la caution assignée en paiement souhaite trouver d'autres moyens d'obtenir réparation pour le préjudice subi par le défaut d'information annuelle. Les cautions souhaiteraient pouvoir cumuler ces sanctions légales avec les sanctions de droit commun.

*« La Cour de cassation avait dans un premier temps admis que la déchéance du droit à intérêts, expressément mentionnée dans le texte n'était pas exclusive d'autres sanctions relevant du droit commun, comme la faculté de solliciter la résiliation du contrat à durée indéterminée ou l'obtention de dommages-intérêts. »*⁹⁶⁴ Puis, la Cour de cassation – Chambre commerciale dans un premier temps, rapidement suivie par la première Chambre civile – opéra un important revirement de jurisprudence, affirmant que sauf dol, faute lourde (1°) ou faute distincte (2°), l'unique sanction dont peut bénéficier la caution dirigeante est la sanction prévue par le législateur⁹⁶⁵.

1°) Une sanction unique sauf dol, faute lourde ou faute distincte

253. – Une jurisprudence initialement favorable au cumul des sanctions.

L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne prévoit qu'une seule sanction en cas de manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution : la déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la communication de la nouvelle information. Pourtant, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait initialement considéré que cette déchéance n'était pas la seule sanction applicable au créancier et que celle-ci pouvait s'ajouter aux sanctions de droit commun⁹⁶⁶.

La faute du créancier (le manquement à l'obligation d'information) pouvait ainsi être sanctionnée par la déchéance des intérêts échus et permettait en sus engager la responsabilité de celui-ci : *« La sanction légale est une*

964 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 157, p. 116.

965 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 158, p. 146.

966 Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-19.872 : *Bull. civ. IV*, n° 311 ; *JCP E* 1993, 390, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 1993, p. 146, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *Rev. sociétés* 1993, p. 415, note Ph. Delebecque.

"déchéance", autrement dit une sanction frappant celui qui n'a pas accompli les diligences dans le délai requis : cette peine privée n'exclut alors pas l'indemnisation du préjudice réellement subi. Elle est d'ailleurs indépendante de l'effectivité dudit préjudice ; à ce titre, des dirigeants de sociétés parfaitement informés de l'évolution de la dette, du terme ou inversement de la possibilité de résiliation, peuvent reprocher au créancier le défaut d'accomplissement de la formalité légale »⁹⁶⁷. La Chambre commerciale de la Cour de cassation réitéra à plusieurs reprises cette solution⁹⁶⁸, expliquant que le créancier pouvait être condamné au paiement de dommages-intérêts au seul motif qu'il avait manqué à son obligation d'informer la caution de sa faculté de résilier son engagement, dès lors que ce défaut d'information lui avait fait perdre une chance de ne pas avoir à payer ou d'avoir payé une somme moindre que celle à laquelle elle a été condamnée⁹⁶⁹.

254. – Un revirement militant pour une sanction unique. Cette même Chambre commerciale opéra un important revirement de jurisprudence au début des années 2000, estimant « qu'il résulte de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 que, sauf dol ou faute lourde du dispensateur de crédit, l'omission des informations prévues par ce texte est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts »⁹⁷⁰. La première Chambre civile de la Cour de cassation se conforma à cette position la même année, estimant à son tour que « l'omission des informations prévues par ce texte ne peut, à elle seule, être sanctionnée que par la déchéance des intérêts »⁹⁷¹.

Ce revirement de jurisprudence se produisit alors que tous les observateurs pensaient que le sujet de la sanction de l'obligation d'information de la caution était clos depuis plus d'un décennie. La partie de la doctrine qui estimait que « le système forfaitaire mis en place par la loi de 1984, qui

967 Y. PICOD, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, n° 24, p. 1971.

968 Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-12.481, inédit : *JCP G* 1999, I 116, obs. P. Simler.

969 La Chambre commerciale de la Cour de cassation exigeait néanmoins la démonstration d'un préjudice par la caution. La nature de ce préjudice fera l'objet d'un développement ultérieur mais il est d'ores et déjà possible de dire qu'il devra être différent de la simple absence d'information annuelle qui est en principe déjà réparée par la sanction légale (la déchéance).

970 Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14.486 : *Bull. civ.* IV, n° 75 ; *D.* 2001, p. 1795, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP E* 2001, p. 1276, note D. Legeais ; *RTD com.* 2001, p. 751, obs. M. Cabrillac ; *RTD civ.* 2001, p. 922, obs. P. Crocq.

971 Cass. com., 6 nov. 2001, n° 99-12.124 : *Bull. civ.* IV, n° 264 ; *Droit et procédures* mars 2002, p. 88, note Y. Picod ; *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 100003, obs. D. Legeais ; *D.* 2001, p. 3615 et *D.* 2001, p. 1795, obs. V. Avena-Robardet.

*éliminait l'évaluation du dommage, ne devait pas permettre que ce dernier donne lieu à une réparation complémentaire par application du droit commun »*⁹⁷² fut ainsi pleinement satisfaite. Depuis lors, le manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution prévue par l'article L. 313-22 n'est en principe sanctionné que par la déchéance des intérêts échus.

255. – La difficile démonstration d'une « faute lourde » ou d'un « dol ».

Puisque l'obligation d'information annuelle de la caution intervient durant la phase d'exécution du contrat, il faut appréhender le « dol » dans le contexte de la responsabilité civile, c'est-à-dire en tant que faute intentionnelle commise dans le but de causer un dommage à autrui. Dans le cadre d'une faute dolosive, la caution devra donc prouver que le créancier n'a pas exécuté le contrat de bonne foi en lui cachant intentionnellement des informations sur l'évolution de la dette ou sur sa faculté de résiliation. Cette démonstration est difficile à établir car l'intention de nuire à la caution ne peut pas se déduire de la seule absence d'information et, sauf manoeuvres spécifiques et apparentes, il sera compliqué d'imputer une telle intention au créancier.

*« C'est alors davantage sur le terrain de la faute lourde que la caution pourra engager la responsabilité du créancier. La difficulté consistera à la caractériser par rapport à la faute simple. Tout étant question de circonstances, la faute lourde pourrait alors alimenter un important contentieux ; toutefois, la qualité de profane de la caution ou son absence d'accès aux sources d'information (ancien dirigeant), la persistance ou la répétition des manquements de la part du banquier à son égard, l'aggravation soudaine de la dette pourraient constituer un terreau propice pour qualifier le défaut d'information "d'incurie inadmissible" »*⁹⁷³. La faute lourde est ainsi caractérisée par « un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée »⁹⁷⁴. Cette faute ne pouvant pas résulter de la simple inexécution d'une obligation, elle doit être déduite de la gravité du comportement du contractant⁹⁷⁵. « Alors que l'auteur d'une faute intentionnelle ou dolosive est animé de la volonté de

972 M. CABRILLAC, « L'inobservation de l'obligation annuelle d'information est sanctionnée par la seule déchéance du droit aux intérêts sauf dol ou faute lourde », *RTD com.* 2001, n° 3, p. 751.

973 Y. PICOD, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, n° 24, p. 1971.

974 Cass. com., 3 avr. 1990, n° 88-14.871 : *Bull. civ.* IV., n° 108.

975 Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 : *Bull. civ.* IV, n° 115.

nuire établie ou présumée, la faute lourde ne suppose aucune conscience du tort causé au créancier. C'est la bonne ou mauvaise foi du débiteur qui permet de distinguer les deux notions. L'auteur d'une faute intentionnelle est "méchant" (il sait qu'il nuit), celui d'une faute lourde est "bête" (il ne sait pas qu'il nuit, mais il aurait pu le savoir). "On est bête ou méchant, jamais les deux à la fois" »⁹⁷⁶.

La notion de bonne foi est capitale dans la démonstration de l'une ou l'autre de ces fautes puisque la Cour de cassation estime « *qu'il résulte de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, que, sauf dol ou faute lourde du dispensateur de crédit, l'omission des informations prévues par ce texte est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts ; qu'ayant constaté que les [cautions] n'établissaient, à la charge du [créancier], aucun manquement à son obligation de contracter de bonne foi et de prudence et donc aucun dol par réticence ni faute lourde, ce dont il résultait que les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité de l'établissement de crédit pour non-respect du texte précité n'étaient pas réunies* »⁹⁷⁷.

Suite à ces éléments de définition, il apparaît clairement que la caution rencontrera de grandes difficultés pour faire reconnaître une faute lourde ou une faute dolosive du créancier et engager la responsabilité de celui-ci⁹⁷⁸. L'élément intentionnel requis par le dol (volonté de nuire) ou par la faute lourde (volonté d'adopter un comportement grave) est particulièrement difficile à prouver dans la mesure où le manquement à l'obligation d'information ne suffit pas à le caractériser et qu'aucun autre élément ne laisse généralement apparaître l'une ou l'autre de ces intentions. Cette difficile démonstration explique, qu'à ce jour, les différents degrés de juridictions n'ont jamais reconnu l'existence d'une faute dolosive ou d'une faute lourde du créancier afin de permettre à la caution de cumuler les sanctions de droit commun avec la déchéance légale. La carence jurisprudentielle confirme ce que la doctrine pressentait : la caution n'a que très peu de chance de voir son recours aboutir en se fondant sur une faute

976 J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Fait générateur. – Inexécution imputable au débiteur » in *J.-Cl. Civil Code (art. 1146 à 1155)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 11-20, n° 27.

977 Cass. com., 1^{er} juill. 2003, n° 00-13.698, inédit.

978 La caution ne doit pas simplement prouver que le créancier a manqué à son obligation d'information puisque cette carence est réparée par la sanction légale, elle doit prouver que son cocontractant a eu l'intention de lui nuire en pratiquant ce manquement ou a eu l'intention d'adopter un comportement d'une gravité telle qu'il était incapable d'accomplir cette obligation.

lourde ou dolosive du créancier, de sorte que la déchéance prévue par les textes serait la seule sanction effectivement applicable au manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution.

2°) *Une sanction unique sauf dol ou faute distincte*

256. – Plan. La démonstration d'une faute dolosive ou d'une faute lourde du créancier est si complexe à établir que l'intention de la Chambre commerciale de la Cour de cassation de restreindre le cumul des sanctions lorsque le créancier est défaillant dans son obligation d'information annuelle est manifeste.

La première Chambre civile suivit la Chambre commerciale sur cette voie, sans pour autant utiliser les mêmes termes pour y parvenir. Si la faute dolosive reste l'un des moyens mis à la disposition de la caution pour parvenir à un tel cumul, la faute lourde fut abandonnée par la première Chambre civile au bénéfice d'une notion inédite : la « faute distincte » (a). En se désolidarisant de la formule commerciale, la première Chambre civile ouvrit une voie nouvelle aux cautions (dirigeantes) en leur permettant d'engager la responsabilité du créancier et de dépasser « *le plafond prévu par le texte* »⁹⁷⁹ lorsque le manquement à l'obligation annuelle d'information leur a causé un préjudice distinct (b).

a) Une action en responsabilité conditionnée à la démonstration d'une faute distincte

257. – La formule civiliste de « faute distincte ». Dans une décision en date du 4 février 2003, la première Chambre civile utilisa une formule proche de celle rendue par la Chambre commerciale, sans toutefois lui être similaire : « *l'omission des informations prévues à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne peut, sauf dol ou faute distincte, être*

979 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 132, p. 205. Le Professeur Yves Picod considère que trois solutions étaient envisageables : « *on peut d'abord considérer que la sanction légale, de nature forfaitaire, est exclusive du droit commun de la responsabilité : cela signifie que la caution ne pourra obtenir davantage que la déchéance des accessoires, nonobstant l'existence d'un préjudice particulier. En sens inverse, on peut défendre l'idée que la déchéance est une peine privée qui n'empêche pas le jeu de la responsabilité contractuelle. Enfin, on peut aussi combiner sanction légale et responsabilité en considérant que le plafond prévu par le texte ne pourra être dépassé qu'en cas de dol ou de faute lourde.* » La Cour de cassation s'est manifestement prononcée en faveur de la dernière solution.

sanctionnée que par la déchéance des intérêts »⁹⁸⁰. La notion de dol fut conservée par la Chambre civile mais celle de « faute lourde » laissa place à une nouvelle formule : celle de « faute distincte ».

« Il pourrait sembler de prime abord que la première Chambre civile adopte une position plus sévère que la Chambre commerciale, puisqu'elle exclut des exceptions le cas où le manquement à l'obligation d'information est constitutif d'une faute lourde. D'autre part, l'expression "faute distincte", pourrait sembler signifier que le seul manquement à l'obligation d'information de l'article L. 313-22, sauf dol, ne saurait donner lieu qu'à la sanction consistant en la déchéance des intérêts ; il faut une faute distincte, c'est-à-dire semblerait-il un autre comportement fautif que ce manquement, pour pouvoir prononcer d'autres sanctions, telles que des dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle ou délictuelle. Mais une telle interprétation de l'expression "faute distincte" doit être écartée lorsqu'on examine la deuxième partie de cet attendu : en effet, il est indiqué que toute autre sanction ne saurait être prononcée car la caution n'apporte pas la preuve qu'elle subit un préjudice particulier, en raison de la non-information par le créancier, tel que par exemple démontrer que la résiliation de ce cautionnement à durée indéterminée qu'elle aurait pu faire lui aurait permis de limiter l'étendue de son engagement. (...) La première Chambre civile s'intéresse uniquement au préjudice et admet donc que le même fait fautif : manquement à l'obligation d'information de l'article L. 313-22 peut justifier des sanctions différentes : déchéances des intérêts pour manquement à une obligation légale de résultat, "sanction étrangère à toute logique de responsabilité et par conséquent à toute notion de préjudice", dommages-intérêts sanctionnant la responsabilité contractuelle de droit commun du créancier, lorsque la caution peut invoquer un préjudice résultant de ce défaut d'information. Seul le préjudice sera déterminant pour retenir ou non la responsabilité civile du débiteur de l'information. Aussi, il faut préciser le contenu de ce préjudice particulier subi par la caution. »⁹⁸¹

La position de la première Chambre civile ne doit pas être comprise de la façon suivante : la responsabilité de l'établissement de crédit ne peut être engagée qu'en cas d'omission à caractère dolosif ou de faute autre que le

980 Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2003, n° 99-20.023 : *Bull. civ. I*, n° 35 ; *JCP E* 2003, II 10152, obs. L. De Gentili-Picard.

981 L. DE GENTILI-PICARD, « Sanctions de l'inexécution de l'obligation d'information annuelle de la caution », *JCP G* 2003, II 10152.

simple manquement à l'obligation d'information⁹⁸². La responsabilité du créancier peut, au contraire, être engagée si la caution démontre que la faute du créancier lui a causé un préjudice distinct. En effet, l'arrêt du 4 février 2003 expliqua ce qu'il fallait entendre par « faute distincte », précisant que la caution n'avait pas démontré que la faute de la banque lui avait causé « *un préjudice autre ou plus important que celui réparé par l'application de l'article précité* »⁹⁸³. Il n'est ainsi pas nécessaire de démontrer l'existence d'une autre faute commise par créancier – le simple manquement à l'obligation d'information suffit en tant que fait générateur –, la formule « faute distincte » doit être interprétée en tant que « préjudice distinct »⁹⁸⁴.

258. – La démonstration d'un « préjudice distinct ». S'il est désormais acquis qu'un seul fait fautif (le manquement à l'obligation annuelle d'information) est susceptible de causer plusieurs préjudices d'une intensité variable, il convient à présent de déterminer de quel(s) préjudice(s) distinct(s) la caution peut se prévaloir.

« En cas de cautionnement à durée indéterminée, l'obligation d'information de la banque se dédouble : d'une part, elle doit informer annuellement la caution de l'état du débiteur cautionné et, d'autre part, elle doit rappeler à la caution sa faculté de résiliation unilatérale. Ce qui permet alors de préciser en quoi peut consister le préjudice particulier. Il doit s'agir de la perte par la caution d'une chance de répondre d'une dette moindre en révoquant suffisamment tôt son engagement. Chance qu'elle a perdue par la faute de la banque : qui ne lui a pas rappelé son droit de révocation. Or, pour déterminer les cas où l'on peut admettre qu'il y a bien perte d'une chance, il faut envisager le lien qui unit la caution au débiteur cautionné. (...) Si la caution est un dirigeant de la société débitrice et a une connaissance effective de l'état de la dette cautionnée, de son évolution, de sa possibilité de résiliation unilatérale, alors on ne saurait admettre l'existence d'un réel préjudice particulier pour la caution causé par le manquement à l'obligation d'information annuelle. Celle-ci ne saurait être considérée comme ayant perdu une chance de diminuer son engagement, en

982 Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2002, n° 00-18.726 : *Bull. civ. I*, n° 303 ; *JCP E* 2003, 246 ; *RDC* 2003, p. 179, obs. D. Houtcieff.

983 Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2003, *op. cit.*

984 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 711, p. 531. Dans leur ouvrage, ces auteurs regrettent que la Cour de cassation n'ait pas employé les termes de « *préjudice distinct* » au lieu de « *faute distincte* » puisqu'il est évident que la commission d'une autre faute (faute distincte) permet d'engager la responsabilité du créancier.

raison de sa non-information par le créancier »⁹⁸⁵.

Selon Lucette De Gentili-Picard, le préjudice distinct pourrait ainsi consister en la perte d'une chance de ne pas avoir résilié ou de ne pas avoir résilié plus tôt le cautionnement puisque l'information annuelle doit mentionner la faculté et les modalités de résiliation de l'engagement. Cependant, toujours selon ses dires, seules les cautions non-dirigeantes pourraient invoquer ce préjudice particulier puisque les dirigeants seraient, de par leurs fonctions, nécessairement au courant de cette faculté de résiliation.

La jurisprudence a pourtant donné tort à Lucette De Gentili-Picard, la cour d'appel de Bordeaux ayant estimé que la perte de chance de résilier le cautionnement ne constituait pas une faute distincte (et n'engendre pas un préjudice distinct), celle-ci permet donc seulement aux cautions d'obtenir la déchéance des intérêts échus⁹⁸⁶. La sanction légale aurait justement vocation à réparer la perte de chance de résilier son engagement avant que la situation du débiteur principal ne soit obérée⁹⁸⁷. La solution offerte par la cour d'appel de Bordeaux est somme toute logique : l'explication selon laquelle la caution subit deux préjudices distincts simplement parce que l'obligation d'information se dédouble en deux obligations (obligation d'informer sur l'évolution de la dette et obligation d'informer sur la faculté de résiliation unilatérale) relève d'une interprétation contraire à la loi. En effet, ce dédoublement d'obligations voulu par le législateur a simplement vocation à lister les mentions obligatoires devant figurer dans l'information annuelle et ne tend pas à créer deux obligations distinctes avec deux sanctions spécifiques, sinon cela reviendrait à dire que seul le manquement à l'obligation d'informer la caution sur l'évolution de la dette est sanctionné par la déchéance légale et que le défaut d'information sur la faculté de résiliation reste impuni par les textes.

b) La détermination du préjudice distinct subi par la caution dirigeante

259. – Un préjudice causé par un manquement anormalement répété ou prolongé. Les contours de la « faute distincte » furent précisés par la cour d'appel d'Agen – qui est, pour l'heure, la seule juridiction à avoir reconnu l'existence d'une telle faute – qui permet à une caution dirigeante de cumuler

985 L. DE GENTILI-PICARD, *op. cit.*

986 Bordeaux, 30 juin 2008, n° 05/03939.

987 P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 354.

la déchéance légale des intérêts échus avec l'allocation de dommages-intérêts.

Cette décision en date du 31 janvier 2007 offrit la première illustration d'une « *faute distincte* » dans les termes suivants : « *il apparaît que la banque qui ne s'est manifestée pour la première fois auprès des cautions que 11 ans après la date de leur engagement et plus de 8 ans après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} mars 1984 a fait preuve d'une carence prolongée qui constitue une faute distincte d'une simple omission d'information et qui génère un préjudice particulier non réparé par la seule déchéance du droit aux intérêts* »⁹⁸⁸. Les conseillers agenais vinrent préciser la pensée de leurs homologues bordelais : le préjudice issu du manquement à l'obligation d'informer la caution sur sa faculté de résiliation ne provoque pas, à lui seul, un préjudice autre ou plus important pour la caution que celui qui est déjà réparé par la sanction légale. En revanche, un tel manquement répété sur une longue période cause en revanche un préjudice distinct à la caution, permettant à celle-ci d'obtenir l'allocation de dommages-intérêts (en sus de la déchéance légale). Le défaut d'information annuelle de la caution, prolongé et répété sur plus d'une décennie, avait en l'espèce nécessairement causé un dommage supplémentaire à la caution ou, du moins, lui avait causé un dommage plus conséquent que celui réparé par la seule déchéance des intérêts échus.

Selon la cour d'appel d'Agen, la sanction légale ne réparerait ainsi que le préjudice causé par un manquement « normal », c'est-à-dire par un défaut d'information perpétré sur une courte durée ou peu réitéré. La faute distincte ne revêt ainsi pas qu'un aspect qualitatif – la nature du préjudice causé à la caution –, elle doit également avoir une dimension quantitative⁹⁸⁹. Le préjudice particulier n'est pas seulement issu de la négligence du créancier mais il est surtout lié à la répétition et à la durée du manquement à l'obligation d'information annuelle de la caution. Le préjudice est « distinct » lorsque la durée de l'abstention ou la répétition du manquement à l'obligation d'information revêt un caractère anormal⁹⁹⁰. Dans de telles circonstances, la

988 Agen, 31 janv. 2007, n° 05/0786.

989 M. CABRILLA C, « L'inobservation de l'obligation annuelle d'information est sanctionnée par la seule déchéance du droit aux intérêts sauf dol ou faute lourde », *RTD com.* 2001, n° 3, p. 751.

990 Selon la cour d'appel d'Agen, le manquement à cette obligation d'information pendant une période de 11 ans – dont 8 ans après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} mars 1984 – avait nécessairement causé un préjudice particulier qui n'était pas réparé par la seule déchéance des intérêts échus. En statuant ainsi, les juges d'appel avouaient que l'unique sanction prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne réparait finalement qu'un manquement raisonnable à l'obligation d'information annuelle d'information, de sorte que

caution est donc bien fondée à demander l'allocation de dommages-intérêts pour ce préjudice non indemnisé par la déchéance légale. Elle devra toutefois prouver l'existence de ce préjudice distinct ainsi que celle du lien de causalité entre le préjudice et le manquement à l'obligation d'information. La décision rendue par la cour d'appel d'Agen doit être saluée, la définition de la « faute distincte » qui en résulte relève d'une grande cohérence qui mérite d'être confirmée⁹⁹¹ par la plus Haute juridiction.

260. – La contribution de la caution dirigeante à la réalisation du préjudice distinct ? La solution adoptée par la cour d'appel d'Agen comprend toutefois une incohérence dans la mesure où les cautions dirigeantes furent moins bien indemnisées pour cette faute distincte que l'eussent été d'autres cautions. Contrairement à ce que Lucette De Gentili-Picard pressentait en 2003⁹⁹², les cautions dirigeantes ne furent pas complètement écartées de la possibilité d'invoquer un préjudice distinct à l'encontre de leur créancier. La connaissance présumée de l'état de la dette cautionnée et de sa faculté de résiliation unilatérale n'ont pas empêché la caution dirigeante d'invoquer l'existence d'un préjudice particulier causé par le manquement à l'obligation d'information annuelle. Cependant, les termes employés par la cour d'appel d'Agen laissent néanmoins transparaître sa

si le manquement s'étend sur une durée trop importante, la caution subit nécessairement d'autres préjudices que la seule déchéance des intérêts échus ne permet pas de réparer.

991 La logique adoptée par la cour d'appel revêt d'ailleurs de grandes similitudes avec celle élaborée par l'article 1153 du Code civil selon laquelle le créancier perçoit des intérêts moratoires en réparation du préjudice causé par le retard d'exécution (sans qu'il n'ait besoin de justifier d'aucun préjudice), tout lui en permettant d'obtenir l'allocation de dommages-intérêts supplémentaires sur « démonstration d'un préjudice différent et supplémentaire de celui qu'occasionne ordinairement le retard de paiement » (Y. PICOD, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, n° 24, p. 1971). En effet, si la caution dirigeante bénéficie de la déchéance des intérêts échus du seul fait du manquement à l'obligation d'information, sans qu'elle n'ait besoin de justifier d'aucun préjudice, elle peut également prétendre à l'allocation de dommages-intérêts sur démonstration d'un préjudice différent et supplémentaire de celui qu'occasionne ordinairement le manquement à l'obligation annuelle d'information. Sur le fondement de l'article 1153, alinéa 4, du Code civil ce préjudice pouvant prendre la forme d'une mise en péril de l'équilibre de la trésorerie par l'aggravation des dépenses (Cass. 3^e civ., 6 mai 2014, n° 13-12.271, inédit), on peut imaginer que le préjudice distinct subi par la caution dirigeante consiste en la mise en péril de l'équilibre de son patrimoine personnel par l'aggravation de son engagement ou par la perte de chance de diminuer son engagement en raison de sa non-information par le créancier.

992 L. DE GENTILI-PICARD, « Sanctions de l'inexécution de l'obligation d'information annuelle de la caution », *JCP G* 2003, II 10152 : « Si la caution est un dirigeant de la société débitrice et a une connaissance effective de l'état de la dette cautionnée, de son évolution, de sa possibilité de résiliation unilatérale, alors on ne saurait admettre l'existence d'un réel préjudice particulier pour la caution causé par le manquement à l'obligation d'information annuelle. Celle-ci ne saurait être considérée comme ayant perdu une chance de diminuer son engagement, en raison de sa non-information par le créancier ».

volonté d'alléger la responsabilité du créancier lorsque la caution est aussi le dirigeant de la société cautionnée.

En effet, les conseillers agenais avaient estimé que le créancier avait « contribué » à la perte d'une chance pour les cautions dirigeantes d'être libérées de leur obligation ou encore que la banque avait ainsi « participé » à la réalisation de leur préjudice. La cour d'appel décida donc que le créancier n'était pas le seul responsable du préjudice distinct supporté par la caution dirigeante et que « *compte tenu du fait que les cautions auraient dû elles-mêmes s'assurer de la levée de leurs engagements en temps utile, il y a lieu de considérer que la responsabilité du préjudice [des cautions] est partagée par moitié entre [celles-ci et la banque créancière]* ». Selon cette solution, les cautions dirigeantes étaient en mesure, grâce à leurs fonctions, de connaître ou au moins de rechercher les informations que le créancier ne leur avait pas communiqué. Par conséquent, la cour d'appel d'Agen estima que la banque créancière n'était que partiellement responsable du préjudice subi par les cautions dirigeantes et que celles-ci étaient co-responsables de leur propre préjudice. En conséquence, elle jugea que la banque créancière devait être condamnée à payer aux cautions la moitié des sommes dues ou payées par elles en exécution de leur engagement de caution.

La volonté d'isoler les cautions dirigeantes, en les jugeant partiellement responsables de leur préjudice est cependant particulièrement contestable puisque le législateur et la Cour de cassation n'ont jamais souhaité prendre en considération la qualité de la caution dans le cadre de l'obligation annuelle d'information. Au surplus, il convient de rappeler que lorsque les juges du fond avaient procédé de la sorte à propos de la sanction légale, les hauts magistrats ne les avaient pas suivi sur ce terrain, jugeant que toutes les cautions (même averties) devaient, conformément à la lettre de la loi, bénéficier du même dispositif. Lorsqu'il s'agit de recevoir l'information annuelle de la part du créancier, la caution dirigeante doit être considérée comme un *quidam* du droit du cautionnement et rien ne justifie la position retenue par la cour d'appel d'Agen. Il y a d'ailleurs fort à parier que la Cour de cassation appliquera le même régime d'indemnisation à toutes les cautions lorsqu'elle aura l'opportunité de se prononcer sur ce point.

Section 2. Les obligations ponctuelles d'information du créancier

261. – Plan. Le créancier bénéficiaire d'un cautionnement n'a pas simplement l'obligation d'informer annuellement la caution de l'évolution de la dette et de sa faculté de mettre fin à son obligation de couverture, il doit également la prévenir de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé. *« L'objet de cette information consiste à rapidement attirer l'attention de la caution sur les difficultés financières persistantes du débiteur principal et, par voie de conséquence, sur le fait que le cautionnement risque d'entrer, à bref délai, dans une phase active. »*⁹⁹³

L'obligation annuelle d'information a vocation à rappeler régulièrement l'existence et l'étendue de son engagement à la caution. Le créancier doit exécuter cette obligation d'information jusqu'à l'extinction de la dette, peu importe que le débiteur principal honore ses échéances, ne les règle plus temporairement ou ne soit plus jamais en mesure de les payer. L'obligation ponctuelle d'information consiste, quant à elle, à attirer l'attention de la caution sur un recours imminent à son patrimoine personnel. Elle incombe au créancier uniquement lorsque le débiteur principal est défaillant, elle n'est due qu'une seule fois, dans un délai parfois imparti, et n'exige pas d'être répétée jusqu'à ce que la dette soit éteinte.

L'obligation d'information annuelle est en quelque sorte une obligation continue, tandis que l'obligation d'information en cas d'incident de paiement est une obligation sporadique⁹⁹⁴.

En omettant les difficultés liées à la multiplication des textes régissant la matière⁹⁹⁵ et à la détermination du champ d'application de chaque dispositif

993 S. PIEDELIÈVRE, « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP G* 1998, I 170.

994 La finalité de ces deux obligations est différente puisque, dans le cadre d'une information annuelle, le législateur a simplement souhaité que la caution n'oublie pas la teneur et l'existence même de son engagement alors que dans le cadre d'une information ponctuelle, l'objectif est plus simplement de prévenir la caution que son engagement va être très prochainement mis à exécution.

995 Selon les Professeurs Philippe Delebecque et Philippe Simler, « un tel foisonnement d'obligations d'information – trois relatives au premier incident de paiement et quatre portant sur l'évolution des encours – ayant approximativement le même objet et partiellement le même champ d'application, sans qu'aucune hiérarchie entre elles soit décelable, constitue l'illustration paroxystique d'une méthode législative détestable, placée sous le signe de l'improvisation la plus incohérente » (Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris,

(§ 1), il faut avouer que l'obligation d'information en cas d'incident de paiement du débiteur principal a généré peu de controverses. Cette platitude s'explique par la technique utilisée par le législateur (puis la jurisprudence) consistant à plagier le fonctionnement de l'obligation annuelle d'information. La seule audace que le législateur s'est permise concerne ainsi l'assiette de la sanction applicable aux créanciers puisque celle-ci se distingue des sanctions prévues pour les premiers textes instituant une obligation annuelle d'information. C'est d'ailleurs la sanction de l'obligation ponctuelle d'information qui sert de trame au législateur lorsqu'il procéda à la rédaction de l'article L. 341-6 du Code de la consommation⁹⁹⁶ (§2).

§ 1 : Le domaine des obligations ponctuelles d'information

262. – Plan. L'obligation annuelle d'information de la caution est prévue par quatre textes éparpillés dans trois Codes distincts (le Code civil, le Code monétaire et financier et le Code de la consommation). Le législateur procéda à l'identique lorsqu'il intervint à propos de l'obligation ponctuelle d'information de la caution puisque pas moins de trois dispositions obligent les créanciers à informer les cautions en cas d'incident de paiement du débiteur principal.

Par la loi du 1^{er} mars 1984, le législateur manifesta pour la première fois le souhait de protéger les cautions ayant conclu un engagement avec un établissement bancaire et initia, à cette fin, une obligation d'information annuelle à leur bénéfice. La protection de la caution devint certes une préoccupation privilégiée du législateur mais une préoccupation cependant limitée aux engagements conclus au bénéfice des établissements bancaires. Contre toute attente, le premier texte prévoyant une obligation ponctuelle d'information ne figura pas dans le Code monétaire et financier et fut pas cantonné à ce type de relations contractuelles mais fut, au contraire, inséré dans le Code de la consommation (I). S'en suivit une loi du 29 juillet 1998 qui érigea, à elle seule, deux nouvelles obligations ponctuelles d'information dans deux textes distincts (II). La multiplication et l'éparpillement de ces textes générèrent une obligation ponctuelle d'information aux contours flous

Dalloz, 2012, n° 168, p. 152.

⁹⁹⁶ L'article L. 341-6 du Code de la consommation est chronologiquement la dernière obligation d'information annuelle de la caution. Elle est issue de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Contre toute attente, le législateur dupliqua la sanction prévue pour le manquement à l'obligation ponctuelle d'information au lieu de s'aligner sur les sanctions déjà prévues par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et l'article 2293 du Code civil.

et aux champs d'application variables : « *la superposition des obligations doit ici aussi être dénoncée, elle complique inutilement la question* »⁹⁹⁷.

I – L'obligation ponctuelle d'information instaurée par la loi Neiertz

263. – Un domaine d'application inédit. Il n'existait initialement qu'un seul texte prévoyant une obligation d'informer la caution en cas d'incident de paiement (la loi du 31 décembre 1989 dite loi Neiertz⁹⁹⁸). Il fut finalement inséré à l'article 313-9 du Code de la consommation dans les termes suivants : « *toute personne physique qui s'est portée caution à l'occasion d'une opération de crédit relevant des chapitres I^{er} ou II du présent titre doit être informée par l'établissement prêteur de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement caractérisé susceptible d'inscription au fichier institué à l'article L. 333-4. Si l'établissement prêteur ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée* »⁹⁹⁹.

La loi Neiertz intervint cinq ans après la première loi prévoyant une obligation annuelle d'information au bénéfice des cautions, ce qui laissait présager des similitudes entre ces deux textes. Pourtant, le champ d'application de cette première obligation ponctuelle d'information (restreinte à certaines opérations de crédits conclues par un consommateur) et le domaine dans lequel elle fut astreinte (le droit de la consommation) amorça certaines difficultés¹⁰⁰⁰.

En effet, il était difficile de comprendre pourquoi l'obligation annuelle d'information (issue de la loi du 1^{er} mars 1984) avait été cantonnée à un domaine spécialisé – le cautionnement de concours bancaires accordés aux entreprises – alors que l'obligation ponctuelle d'information (issue de la loi du 31 décembre 1989) était pourvue d'une dimension strictement consumériste. Ainsi, dans les années 1980, les cautions ayant garanti des dettes professionnelles – catégorie dont font partie les cautions dirigeantes –

997 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 322, p. 228.

998 Loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

999 C. consom., art. L. 313-9 étendu par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

1000 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 165, p. 118-119.

ne bénéficiaient que d'une information annuelle tandis que les cautions ayant garanti des dettes non professionnelles pouvaient uniquement se prévaloir du manquement à une obligation ponctuelle d'information !

La volonté du législateur était pour le moins ambiguë puisqu'elle conduisait à protéger des cautions intervenant dans des domaines du droit radicalement différents (droit bancaire ou droit de la consommation) avec le même outil (le droit à l'information), sans leur conférer à chacune une pleine protection.

264. – Une obligation limitée par la notion « d'incident de paiement caractérisé ». L'obligation d'information édictée par l'article L. 313-9 du Code de la consommation n'existe qu'à partir du premier incident de paiement « *susceptible d'inscription au fichier institué à l'article L. 333-4* » ; autrement dit, en cas « *d'incident de paiement caractérisé* ». Cette formulation exclut donc d'office tous les incidents de paiement qui ne remplissent pas les conditions légales pour figurer dans le fichier institué à l'article L. 333-4 du Code de la consommation¹⁰⁰¹.

Les incidents de paiement caractérisés sont définis par l'article 4 de l'arrêté du 26 octobre 2010 relatif au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers¹⁰⁰². Lorsqu'un incident de paiement caractérisé est constaté, le créancier doit informer le débiteur qu'il ne régularise pas la situation dans un délai de trente jours calendaires révolus courant à compter de la date d'envoi du courrier d'information, l'incident sera déclaré à la Banque de France¹⁰⁰³.

1001 Il faut se reporter à cette dernière disposition pour comprendre qu'il est question du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers. Ce fichier, géré par la Banque de France, recense certains incidents de remboursement (les « incidents de paiement caractérisés ») constatés par les établissements de crédit ou les sociétés de financement.

1002 « *Constituent des incidents de paiement caractérisés pour l'application du présent arrêté :*

1° Pour un même crédit comportant des échéances, les défauts de paiement atteignant un montant cumulé au moins égal :

i) Pour les crédits remboursables mensuellement, à la somme du montant des deux dernières échéances dues ;

ii) Pour les crédits qui ont des échéances autres que mensuelles, à l'équivalent d'une échéance, lorsque ce montant demeure impayé pendant plus de 60 jours ;

2° Pour un même crédit ne comportant pas d'échéance, le défaut de paiement des sommes exigibles plus de 60 jours après la date de mise en demeure du débiteur, notifiée de manière formelle, d'avoir à régulariser sa situation, dès lors que le montant des sommes impayées est au moins égal à 500 euros ;

3° Pour tous les types de crédit, les défauts de paiement pour lesquels l'établissement ou l'organisme mentionné à l'article 1^{er} engage une procédure judiciaire ou prononce la déchéance du terme après mise en demeure du débiteur restée sans effet. Les établissements et organismes mentionnés à l'article 1^{er} peuvent ne pas inscrire les retards de paiement d'un montant inférieur à 150 euros pour lesquels la déchéance du terme n'a pas été prononcée. »

1003 Article 5 de l'arrêté du 26 octobre 2010 relatif au fichier national des incidents de

Le droit à l'information de la caution est ainsi cantonné à ces incidents de paiement caractérisés, de sorte que le créancier n'est pas tenu d'informer la caution pour les incidents de paiement qui se sont réalisés sur une période plus courte que celle prévue par les textes ou qui ont été régularisés par le débiteur principal dans le délai imparti. La caution n'est donc pas systématiquement informée des difficultés rencontrées par le débiteur principal, notamment si ce dernier parvient à les surmonter rapidement ou si les difficultés sont très passagères et ce, même si les incidents de paiement sont récurrents ! Ainsi, il est tout à fait envisageable que le débiteur principal soit systématiquement en retard dans ses remboursements – ce qui traduit une mauvaise solvabilité et une éventuelle cessation des paiements – sans que la caution n'en soit informée par l'établissement prêteur.

265. – Une obligation limitée par la nature des opérations cautionnées.

En sus du cantonnement aux seuls incidents de paiement caractérisés, l'obligation ponctuelle d'information prévue par l'article L. 313-9 du Code de la consommation ne s'impose qu'aux « établissements prêteurs » ayant accordé des « opérations de crédit relevant des chapitres I ou II du présent titre ». Autrement dit, cette obligation est mise à la charge d'une seule catégorie de créanciers : les professionnels du financement ayant octroyé un crédit à la consommation ou un crédit immobilier à des particuliers¹⁰⁰⁴.

L'article L. 311-3 du Code de la consommation exclut en revanche de ce dispositif tous les prêts consentis pour une durée totale inférieure ou égale à trois mois ou dont le montant est supérieur à 21.500 euros (somme fixée par décret) ainsi que tous les prêts destinés à financer les besoins d'une activité économique. Les opérations visées par ces articles sont donc réservées aux personnes physiques qui agissent dans un cadre étranger à leur activité professionnelle, de sorte que les cautions dirigeantes sont manifestement exclues de ce dispositif puisqu'elles garantissent des dettes professionnelles.

Le chapitre II relatif au « crédit immobilier » exclut, quant à lui, tous les prêts destinés à financer des opérations immobilières réalisées par des professionnels¹⁰⁰⁵. Les opérations de crédit conclues avec un débiteur

remboursement des crédits aux particuliers.

1004 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *op. cit.*, n° 315, p. 222. En vertu des articles L. 311-1 et L. 311-2 du Code de la consommation, les opérations de crédit relevant du chapitre I concernent toutes les opérations de crédit, ainsi que leur cautionnement éventuel, consentis à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit.

1005 C. consom., art. L. 312-3, 2°.

professionnel et leurs éventuels cautionnements sont donc également exclus de ces textes et, par voie de conséquence, sont écartés du dispositif instauré par l'article L. 313-9 du Code de la consommation.

En raison de la nature de la créance principale qu'elles garantissent, les cautions dirigeantes ne peuvent donc en aucun cas bénéficier de cette obligation ponctuelle d'information régie par l'article L. 313-9 du Code de la consommation.

II – Les obligations ponctuelles d'information instituées par la loi du 29 juillet 1998

266. – Plan. L'intervention législative du 29 juillet 1998 poursuivait un objectif simple et non dissimulé : étendre l'obligation ponctuelle d'information (déjà prévue par l'article L. 313-9 du Code de la consommation) aux cautionnements de dettes professionnelles et, plus largement, à tous les cautionnements consentis par des personnes physiques au bénéfice de créanciers professionnels.

À cette fin, la loi du 29 juillet 1998 ajouta, d'une part, un alinéa à l'article 47, II de la loi du 11 février 1994 afin de doter certaines cautions de ce droit à l'information – jusque-là réservé aux cautionnements des crédits à la consommation et aux prêts immobiliers non professionnels – et créa, d'autre part, une nouvelle disposition accordant le bénéfice d'une obligation ponctuelle d'information (de droit commun) à toutes les cautions personnes physiques qui n'entraient pas dans le champ d'application des deux autres textes¹⁰⁰⁶ (A). Soucieuse d'appliquer ces nouveaux textes à la lettre, la jurisprudence fût contrainte de procéder de la même manière que pour l'obligation annuelle d'information et de juger que les cautions dirigeantes devaient bénéficier de ces dispositifs puisque le législateur n'avait pas opéré de distinction entre les cautions (B).

A) Une obligation bénéficiant aux cautions personnes physiques

267. – Le champ d'application de l'article 47, II, alinéa 3 de la loi du 11 février 1994. L'article L. 313-9 du Code de la consommation ne s'appliquant qu'aux cautionnements de dettes non professionnelles, il fallut attendre une

¹⁰⁰⁶ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 434, p. 147.

nouvelle intervention du législateur pour que les cautions dirigeantes soient également créancières d'une obligation d'information en cas d'incident de paiement du débiteur principal¹⁰⁰⁷.

En insérant un nouvel alinéa à l'article 47, II de la loi du 11 février 1994, la loi du 29 juillet 1998 vint pallier cette incohérence en instaurant une obligation ponctuelle d'information à la charge de tous les créanciers (professionnels ou non-professionnels) ayant exigé le cautionnement d'une personne physique en garantie des dettes professionnelles souscrites par leur débiteur¹⁰⁰⁸ : *« lorsque le cautionnement est consenti par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société, le créancier informe la caution de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. À défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée »*.

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'article L. 313-9 du Code de la consommation s'applique donc aux créanciers professionnels ayant obtenu le cautionnement d'une personne physique pour des dettes non professionnelles et l'article 47, II de la loi du 11 février 1994 (modifié par la loi du 29 juillet 1998) s'applique aux créanciers ayant obtenu un cautionnement pour garantir une dette professionnelle (contractée aussi bien par une personne physique qu'une personne morale). Il convient par ailleurs de souligner que les cautions entrant dans le champ d'application de ce dispositif bénéficient d'une obligation plus étendue que celles concernées par l'article L. 313-9 du Code de la consommation puisque l'information est due *« dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement »* sans être restreinte à la notion *« d'incident de paiement caractérisé »*. Ce bénéfice est conséquent pour les cautions dirigeantes qui sont paradoxalement sont titulaires d'un droit à l'information plus étendu que les cautions protégées par le droit de la consommation. Il peut même

1007 Jusqu'à l'adoption de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, l'obligation annuelle d'information ne s'intéressait qu'aux cautionnements de dettes professionnelles, tandis que l'obligation ponctuelle d'information ne bénéficiait qu'aux cautions ayant garanti des dettes non professionnelles.

1008 *« Cette disposition n'est que la transposition de celle que la même loi a inscrite dans le Code de la consommation (art. L. 341-1), mais elle s'applique en dehors de la sphère du droit de la consommation. »* (Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 163, p. 149).

apparaître insensé dans la mesure où les cautions dirigeantes sont censées connaître les difficultés financières rencontrées par leur société et ont en principe besoin d'une moins prompte information que les cautions protégées par l'article L. 313-9 du Code de la consommation.

268. – Le champ d'application de l'article L. 341-1 du Code de la consommation. L'article L. 341-1 du Code de la consommation – résultant également de la loi du 29 juillet 1998¹⁰⁰⁹ – vint pallier le vide juridique laissé par les dispositifs précédemment évoqués. Ceux-ci ne prévoyaient en effet une obligation d'information qu'au bénéfice des cautions ayant garanti des dettes professionnelles, des opérations de crédits à la consommation ou des emprunts immobiliers non professionnels. L'obligation de délivrer une information à la caution en cas d'incident de paiement du débiteur principal concerne depuis lors tous les créanciers professionnels ayant obtenu le cautionnement d'une personne physique, peu importe la nature de la dette principale : *« sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée »*.

De plus, le créancier doit procéder à l'information de la caution *« dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement »*. Le champ d'application et le régime juridique de ce texte sont donc pratiquement identiques à celui institué par l'article 47, II de la loi du 11 février 1994 – ce qui est finalement logique dans la mesure où ces deux textes sont originaires de la même loi –, la seule différence visible étant celle qui vient d'être évoquée à propos de la nature de la créance cautionnée. Le législateur souhaitait donc dupliquer l'article 47, II pour l'étendre à un plus grand nombre de cautions. Par ailleurs, la formule utilisée par celui-ci en début d'article, à savoir : *« sans préjudice des dispositions particulières »*

¹⁰⁰⁹ L'article L. 341-1 du Code de la consommation n'est applicable qu'aux situations consommées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 *« sauf à conférer à cette disposition un caractère rétroactif qu'elle ne comporte pas »* (Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308 : *Bull. civ.* IV, n° 31 et 32 ; *D.* 2007, p. 651, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2007, p. 432, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 370, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2007, I 158, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler ; *Banque et droit*, mars-avr. 2007, p. 59, obs. F. Jacob ; obs. sous *RTD civ.* 2007, p. 370, F.-J. Crédot et Th. Samin).

mérite toute notre attention, indique que le législateur a souhaité donner une portée générale¹⁰¹⁰ à ce texte. Celui-ci n'ayant vocation à intervenir qu'à titre subsidiaire lorsque l'article L. 313-9 du Code de la consommation ou l'article 47, II, alinéa 3 de la loi du 11 février 1994 ne sont pas applicables, le législateur a donc manifestement souhaité en faire la règle de droit commun¹⁰¹¹.

B) Une obligation étendue aux cautions dirigeantes

269. – Une solution empruntée à l'obligation d'information annuelle. La détermination des cautions bénéficiaires de l'obligation annuelle d'information prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier a fait l'objet de décisions contradictoires. L'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 ne visait aucune catégorie de cautions mais certaines juridictions du fond refusaient d'appliquer l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, estimant que certaines cautions ne devaient pas bénéficier de cette obligation annuelle d'information et qu'il convenait de différencier les cautions dirigeantes des autres cautions personnes physiques¹⁰¹².

En réalité, ces juridictions d'appel se conformaient tout simplement au régime généralement retenu à l'égard des cautions dirigeantes et considéraient que le dirigeant était nécessairement au courant de l'évolution de la dette contractée par sa société et n'avait pas besoin d'en être informé par un tiers à l'entreprise. La Cour de cassation refusa cependant cette position, estimant qu'il n'y avait pas lieu de distinguer là où la loi ne distinguait pas et que l'obligation annuelle d'information devait être respectée même lorsque le cautionnement avait été souscrit par le dirigeant de la société garantie en parfaite connaissance de la situation¹⁰¹³. La caution

1010 S. PIEDELIÈVRE, « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP G* 1998, I 170.

1011 La jurisprudence a par ailleurs décrété que cette intention, expressément formulée dans l'article L. 341-1 du Code de la consommation en matière d'obligation ponctuelle d'information, devait également être reconnue à l'alinéa 2 de l'article 2293 du Code civil relatif à l'obligation d'information annuelle de la caution (également initié par la loi du 29 juillet 1998). La jurisprudence en fit alors un texte de droit commun à caractère supplétif, sans que la lettre de la loi ne l'impose.

1012 Montpellier, 3 mai 1990 : *Banque* 1991, p. 92, obs. J.-L. Rives-Lange – Rennes, 1^{er} ch., 10 avr. 1991, *JurisData* n° 1991-044756 : *RD bancaire et bourse* 1992, p. 80, obs. M. Contamine-Raynaud – Dijon, 1^{er} ch., 11 févr. 1993, *JurisData* n° 1993-040646 : *Gaz. Pal.* 1994, n° 1, p. 196.

1013 Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15.183 : *Bull. civ.* IV, n° 203 ; *D.* 1994, p. 177, note J. Ngafaaounain ; *Bull. Joly* 1993, p. 759 ; *JCP G* 1993, II 22147, note H. Croze ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 155, note Th. Bonneau ; *RTD com.* 1993, p. 698, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *Banque* 1993, p. 94, obs. J.-L. Guillot ; *RD bancaire et bourse* 1993, p. 255, obs. M. Contamine-Raynaud – Cass. com., 5 oct. 1993, n° 90-20.313, inédit : *D.*

dirigeante bénéficie ainsi de la même information annuelle que toute autre caution personne physique¹⁰¹⁴.

La même interrogation s'était évidemment posée à propos des obligations ponctuelles d'information, plus précisément, à l'égard des articles 47, II de la loi du 11 février 1994 et de l'article L. 341-1 du Code de la consommation, puisque l'article L. 313-9 du Code de consommation excluait d'office le cautionnement de dettes professionnelles (et les cautions dirigeantes de son dispositif.) Dupliquant la solution réitérée quelques jours auparavant à propos de l'obligation annuelle d'information¹⁰¹⁵, la Chambre commerciale de la Cour de cassation estima que l'obligation ponctuelle d'information « *doit être respectée même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation* »¹⁰¹⁶, que celle-ci soit édictée par l'article 47 II de la loi du 11 février 1994 ou par l'article L. 341-1 du Code de la consommation.

270. – Une transposition contestable à l'égard cautions dirigeantes.

*« Comme pour les autres obligations d'information, les juridictions ont tenté de limiter le bénéfice de ce texte aux cautions profanes. Mais la Cour de cassation respectueuse de la lettre des textes refuse une telle distinction. Ainsi, énonce-t-elle que l'obligation doit être respectée même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation »*¹⁰¹⁷.

Procédant comme pour l'obligation annuelle d'information, la Cour de cassation abandonna la sévérité dont elle faisait traditionnellement preuve envers les cautions dirigeantes. Elle respecta la bienveillance souhaitée par le législateur à l'égard de ces cautions et n'opéra aucune distinction entre les cautions personnes physiques¹⁰¹⁸. Ainsi, « *qu'il s'agisse de l'information*

1993, p. 230 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 3, note Th. Bonneau – Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1996, n° 94-10.789 : *Bull. civ.* I, n° 109 ; *Dr. sociétés* 1996, comm. 143, note Th. Bonneau ; *Dr. et patr.* 1996, n° 41, p. 76, obs. B. Saint-Alary – Cass. com., 25 juin 2002, n° 98-20.953, inédit ; *D.* 2002, p. 2676.

1014 Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-10.196, inédit – Cass. 1^{re} civ., 14 jan. 2010, n° 08-17.719, inédit.

1015 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-20.168, inédit.

1016 Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128 : *Bull. civ.* IV, n° 253 ; *D.* 2008, p. 2108, obs. P. Crocq ; *D.* 2008, p. 7, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2008, p. 169, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2008, p. 330, obs. P. Crocq ; *RJDA* 2008, n° 326 ; *Dr. et patr.* 2008, n° 174, p. 92, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; *RJ com.* 2008, p. 40, obs. F. Macorig-Venier ; *Banque et droit*, mars-avr. 2008, p. 17, obs. Th. Bonneau ; *RLDC* 2008/45, n° 2822, p. 36, obs. G. Marraud des Grottes.

1017 D. LEGEAIS, « Les obligations d'information mises à la charge des créanciers profitent à l'ensemble des cautions », *RTD com.* 2008, n° 1, p. 169.

1018 P. CROCQ, « L'obligation d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal s'applique même lorsque la caution est un dirigeant social », *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 330.

*annuelle sur l'évolution de la créance ou de l'information de la défaillance du débiteur, toute caution personne physique, quelle qu'elle soit, doit en bénéficier, y compris les cautions intégrées dans les affaires du débiteur. »*¹⁰¹⁹

Cette position, éventuellement discutable en matière d'information annuelle, devient critiquable dans le cadre de l'obligation ponctuelle d'information. En effet, si l'on écarte le principal argument consistant à dire qu'il n'y a pas lieu de distinguer lorsque la loi ne distingue pas, les arguments restants sont fallacieux. Pour l'obligation annuelle d'information, on pouvait soutenir que le dirigeant ne devait pas être écarté de ce dispositif car, même si ce dernier pouvait être informé de l'évolution de la dette de sa société en raison de ses fonctions de dirigeant, il n'était en revanche pas nécessairement au courant de sa faculté (et des modalités) de résiliation du cautionnement. Or, l'obligation ponctuelle d'information ne se dédouble pas en deux obligations distinctes (obligation d'informer sur l'évolution de la dette et obligation d'informer sur la faculté de résiliation) et le dirigeant peut difficilement prétendre ne pas être au courant des difficultés financières rencontrées par sa société et des incidents de paiement qu'elle essuie. À moins de se désintéresser complètement du sort de la société qu'elle dirige, la caution dirigeante est normalement informée de cet incident de paiement, de sorte que le créancier ne devrait pas être sanctionné pour la mauvaise foi ou la faute de gestion du dirigeant.

Les différents dispositifs prévoyant une obligation ponctuelle d'information n'imposent manifestement pas de communiquer une information qui pourrait être légitimement ignorée par les cautions dirigeantes (comme c'est le cas dans le cadre d'une obligation annuelle d'information). En jugeant ainsi, la Cour de cassation ne se contente donc pas de transposer le régime applicable aux obligations annuelles d'information, elle respecte la volonté du législateur et avoue à contre-cœur que les cautions dirigeantes sont des cautions personnes physiques ordinaires qui méritent d'être informées, sans tenir compte de leur qualité.

¹⁰¹⁹ V. AVENA-ROBARDET, « Caution dirigeante : information de la défaillance du débiteur », *D.* 2008, n° 1, p. 7.

§ 2 : Les sanctions du manquement aux obligations ponctuelles d'information

271. – Plan. La construction légale et prétorienne de l'obligation ponctuelle d'information s'est fortement inspirée de l'obligation annuelle d'information. Le législateur n'a fait preuve d'originalité qu'en ce qui concerne l'assiette de la sanction applicable au créancier en cas de manquement à l'une des obligations d'information précédemment définies. Il rédigea une sanction quasiment identique pour ces trois textes – se distinguant ainsi des obligations annuelles d'information qui sanctionnent chacune différemment le créancier défaillant – consistant en la perte des intérêts de retard ou des pénalités (I).

Cependant, l'influence des textes relatifs aux obligations continues d'information pousse à s'interroger sur la possibilité de cumuler cette sanction légale avec les autres sanctions de droit commun (II).

I – La détermination de la sanction légale

272. – La sanction prévue par l'art. L. 313-9 C. consom. Le manquement à l'obligation d'information prévue par l'article L. 313-9 du Code de la consommation n'est sanctionné que par la perte des « *pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée* ».

Le terme « pénalités » doit s'entendre au sens de dommages-intérêts réparant le préjudice subi par le créancier en raison du retard de paiement du débiteur principal. L'expression « intérêts de retard » fait de son côté référence aux intérêts moratoires impayés par le débiteur depuis le jour où son retard d'exécution a été constaté. Enfin, le texte fait expressément référence aux seuls intérêts « échus » entre la date où l'information aurait dû être communiquée et la date où la caution a effectivement été informée, ce qui réduit considérablement l'assiette de la sanction. Il s'agit donc d'une « *déchéance partielle portant sur les pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle la caution a été informée* »¹⁰²⁰.

1020 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*,

Par conséquent, en l'absence de pénalités ou d'intérêts de retard échus et impayés, aucune sanction n'est applicable au créancier, aucune autre somme n'étant visée par cette disposition¹⁰²¹. En plus d'être restreinte aux seuls intérêts de retard (échus et impayés) et aux pénalités, la sanction prévue par l'article L. 313-9 du Code de la consommation comporte certaines lacunes. Premièrement, cette sanction étant « *temporaire* »¹⁰²², le créancier retrouve le droit de percevoir les pénalités et les prochains intérêts de retard s'il effectue, même tardivement, cette formalité. Cette aubaine offerte au créancier est cependant plus contestable qu'en matière d'information annuelle dans la mesure où l'obligation ponctuelle d'information n'est utile qu'à un moment précis et que son exécution ultérieure ne revêt plus aucune utilité pour la caution¹⁰²³. Ensuite, cet article ne prévoit rien en ce qui concerne l'imputation prioritaire des paiements du débiteur sur le principal dans les rapports entre le créancier et la caution, de sorte que cette sanction est totalement dépourvue d'effet lorsque le créancier choisit d'imputer les paiements du débiteur principal sur les pénalités ou les intérêts de retard et de réclamer le reste des sommes dues à la caution. L'assiette de la sanction prévue par l'article L. 313-9 du Code de la consommation est donc relativement inefficace.

273. – La sanction prévue par l'art. 47, II (al. 3). La sanction du manquement à l'obligation prévue par la loi du 29 juillet 1998 est identique à celle prévue par l'article L. 313-9 du Code de la consommation.

Cependant, en dupliquant la sanction, le législateur a également repris les lacunes précédemment mentionnées à propos de l'article L. 313-9 du Code de la consommation, sauf en ce qui concerne le délai d'exécution du

4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 436, p. 148. Selon ces auteurs, la même sanction (déchéance partielle) est applicable aux trois textes prévoyant une obligation ponctuelle d'information de la caution. La *déchéance partielle* se distingue de la *déchéance totale* en ce qu'elle ne frappe que certains droits du bénéficiaire : « *telle est la sanction que le législateur a retenue à l'égard des obligations d'information annuelle* » (M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachelier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, n° 620, p. 335).

1021 La cour d'appel d'Agen a d'ailleurs rappelé que les autres accessoires de la dette (l'indemnité de résiliation prévue au contrat principal) ne sont pas affectés par la sanction prévue à l'article L. 313-9, seuls les pénalités et intérêts de retard échus entre la date du premier incident de paiement et la date à laquelle la caution en a été informée sont donc concernés (Agen, 1^{er} ch. civ., 21 janv. 2008, n° 06/01332).

1022 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 747, p. 547.

1023 La rédaction de l'article L. 313-9 laisse d'ailleurs toute latitude au créancier pour procéder à cette formalité quand bon lui semble (et même lorsqu'elle n'a plus d'utilité pour la caution) puisqu'il n'indique aucun délai dans lequel l'information doit être communiquée.

créancier. L'article 47, II impose en effet au créancier, contrairement à l'article L. 313-9 du Code de la consommation, de procéder à cette information « *dans le mois de l'exigibilité de ce paiement* ».

274. – La sanction prévue par l'art. L. 341-1 C. consom. Comme pour le manquement à l'obligation d'information prévue par l'article L. 313-9 du Code de la consommation et par l'article 47 II de la loi du 11 février 1994, le défaut d'information ponctuelle prévue par l'article L. 341-1 du Code de la consommation est sanctionné par la perte des « *pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée* ».

Les « intérêts de retard » et les « pénalités » concernent l'ensemble des sommes réparant le préjudice subi par le créancier en raison du retard de paiement du débiteur principal¹⁰²⁴. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment rappelé que l'indemnité forfaitaire prévue dans le contrat de prêt en cas de retard d'exécution dans le remboursement du capital constitue une pénalité au sens de l'article L. 341-1 du Code de la consommation et que le créancier qui omet d'informer la caution dès le premier incident de paiement non régularisé par le débiteur principal perd le droit de percevoir cette somme¹⁰²⁵.

Comme pour les autres dispositifs, la sanction de l'article L. 341-1 du Code de la consommation n'existe cependant que si le débiteur principal est effectivement redevable de sommes réparant le préjudice lié à son retard d'exécution. Enfin, cette disposition reste également silencieuse sur l'imputation prioritaire des paiements dans les relations entre la caution et le créancier, laissant ainsi à ce dernier l'opportunité d'imputer les paiements du débiteur principal sur les pénalités ou sur les intérêts de retard et réclamer le reste des sommes à la caution.

1024 C. civ., art. 1152 : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.* » – C. civ., art. 1153, al. 1^{er} : « *Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.* »

1025 Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-18.478 : *Bull. civ. I*, en cours de publication.

II – La théorie du cumul des sanctions appliquée à l'obligation ponctuelle d'information

275. – Le cumul des sanctions dans l'obligation annuelle d'information.

La problématique du cumul des sanctions ne doit pas être écartée à propos de l'obligation ponctuelle d'information. Il est tout aussi opportun de se demander si la caution peut invoquer les sanctions de droit commun (en sus de la sanction légale déjà prévue par ces différents textes) dans le cadre d'une obligation ponctuelle d'information.

Concernant l'obligation d'information annuelle de la caution, la Chambre commerciale de la Cour de cassation estime que, sauf dol ou faute lourde du créancier, seule la sanction légale (la déchéance ou la perte des intérêts) peut être prononcée à l'encontre du créancier¹⁰²⁶. La première Chambre civile considère, quant à elle, que la sanction légale doit être la seule sanction applicable au créancier défaillant, sauf en cas de dol ou de faute distincte¹⁰²⁷. La responsabilité du créancier ne peut donc être engagée qu'en cas d'omission à caractère dolosif, de faute lourde ou si la caution parvient à démontrer que le manquement du créancier lui a causé un « préjudice distinct », c'est-à-dire un autre préjudice ou plus important que celui déjà réparé par la sanction légale.

La cour d'appel d'Agen avait estimé que le préjudice distinct pouvait notamment résulter d'un manquement perpétré sur une longue période en méconnaissance des dispositions légales régissant la matière¹⁰²⁸.

276. – La notion de « préjudice distinct » appliqué à l'obligation ponctuelle d'information. En transposant à l'obligation ponctuelle d'information la conception du préjudice distinct retenue en matière d'information annuelle des cautions, la responsabilité du créancier pourrait être engagée lorsque le manquement cause à la caution un préjudice autre ou plus important que celui déjà réparé par la sanction légale (perte des intérêts

1026 Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14.486 : *Bull. civ.* IV, n° 75 ; *D.* 2001, p. 1795, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP E* 2001, p. 1276, note D. Legeais ; *RTD com.* 2001, p. 751, obs. M. Cabrillac ; *RTD civ.* 2001, p. 922, obs. P. Crocq.

1027 Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2003, n° 99-20.023 : *Bull. civ.* I, n° 35 ; *JCP E* 2003, II 10152, obs. L. De Gentili-Picard.

1028 Agen, 31 janv. 2007, n° 05/0786. La sanction légale aurait ainsi simplement vocation à réparer un « préjudice normal », autrement dit, un manquement perpétré sur une courte durée ou non réitéré.

de retard ou des pénalités). À cette fin, il convient de déterminer, dans un premier temps, la nature du préjudice déjà réparé par la sanction légale. Dit autrement, il faut définir le « préjudice normal » déjà supporté par la caution en cas d'inexécution ou d'exécution tardive de l'obligation ponctuelle d'information.

Il est déjà acquis que l'objet de l'obligation ponctuelle d'information est d'attirer « **rapidement** l'attention de la caution sur les difficultés financières persistantes du débiteur principal et, par voie de conséquence, sur le fait que le cautionnement risque d'entrer, à **bref délai**, dans une phase active »¹⁰²⁹. Contrairement à l'obligation annuelle d'information – qui a vocation à rappeler périodiquement à la caution l'existence et l'étendue de son engagement –, l'obligation ponctuelle d'information vise à attirer l'attention de la caution sur un recours imminent à son patrimoine personnel. En cas de manquement à l'obligation ponctuelle d'information, la caution perd donc la chance d'être informée « *de la défaillance du débiteur principal ce qui peut l'empêcher de prendre l'initiative d'un paiement immédiat pour éviter d'avoir à payer, en outre, des intérêts de retard et des pénalités qui, sans cela, ne vont faire que s'accumuler à son détriment* »¹⁰³⁰. Le « préjudice normal » subi par la caution (et réparé par la sanction légale) consisterait ainsi à ne pas avoir anticipé la mise en oeuvre du contrat de cautionnement ; ce qui ressemble étrangement au préjudice d'impréparation¹⁰³¹ existant dans le domaine de la responsabilité médicale.

Si le préjudice réparé par la sanction légale consiste ainsi en l'impossibilité de se préparer à la mise en oeuvre imminente du contrat de cautionnement, le préjudice distinct doit dès lors être plus grave que ce préjudice d'impréparation ou doit consister en la perte d'une autre chance. À ce jour, aucune décision – tous degrés de juridiction confondus – n'a véritablement reconnu aux cautions le droit de bénéficier de la sanction légale et d'engager en sus la responsabilité du créancier qui ne respecterait son obligation ponctuelle d'information. Cependant, un arrêt rendu par la cour d'appel de

1029 S. PIEDELIÈVRE, « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP G* 1998, I 170.

1030 P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 354.

1031 Le Conseil d'État a récemment admis l'existence d'un préjudice d'impréparation causé par le manquement du médecin à son obligation d'information sur les risques de l'acte pratiqué, estimant « *qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* » (CE, 10 octobre 2012, 5^e et 4^e SSR, M. Michel C. c/ CHU de Rouen, n° 350426).

Lyon semble ouvrir la porte à une telle démonstration. Dans les motifs de cette décision rendue le 29 septembre 2011, les juges du fond justifiaient leur refus d'indemniser les cautions pour le préjudice subi par le manquement à l'obligation ponctuelle d'information dans les termes suivants :

« Attendu que les appelants reprochent ensuite à la banque un manquement à son obligation de conseil et d'information, pour avoir tardé pendant d'un an – du 25 août 2002 au 18 décembre 2003 – à les informer de la situation de la débitrice principale ;

Attendu que la banque concède expressément qu'elle se trouve déchuée du droit aux intérêts entre ces deux dates ;

Qu'en l'absence d'autre pénalité, telle est bien la seule sanction prévue à l'article 47, II de la loi du 11 février 1994, dans sa rédaction applicable en la cause et résultant de la loi du 29 juillet 1998 ;

*Attendu qu'il n'existe aucune autre sanction légale et qu'à supposer même le contraire, les époux X... ne justifient pas du préjudice allégué, résultant selon eux d'une perte de garanties, qui ne s'est pas produite ; »*¹⁰³²

Une lecture attentive des motifs de la décision – notamment de la formule *« Attendu qu'il n'existe aucune autre sanction légale et qu'à supposer même le contraire, les époux X... ne justifient pas du préjudice allégué, résultant selon eux d'une perte de garanties, qui ne s'est pas produite »* – permet d'affirmer que les juges du fond n'écartent pas l'éventualité d'une autre sanction (*qu'à supposer même le contraire*). De plus, cette éventuelle autre sanction ne serait prononçable, selon eux, que sur justification d'un préjudice particulier. Sans réellement l'affirmer, les juges du fond semblent ainsi conditionner l'allocation de dommages-intérêts à la démonstration d'un préjudice distinct.

277. – Le préjudice distinct subi par la caution dirigeante. La démonstration requise par la cour d'appel de Lyon n'est pas évidente à réaliser. Cependant, les cautions ne sont manifestement pas d'office privées de la possibilité de démontrer que le manquement du créancier à son obligation ponctuelle d'information leur a causé un préjudice autre ou plus important que celui de se préparer à la mise en oeuvre imminente du cautionnement, en prenant notamment l'initiative d'un paiement immédiat. En s'inspirant de la conception du préjudice distinct en matière d'information annuelle, il est intéressant de proposer que la perte de la chance de prendre

¹⁰³² Lyon, 1^{er} ch. civ. A, 29 sept. 2011, n° 10/02713.

certaines dispositions personnelles puissent consister, pour la caution dirigeante, en une perte de chance d'agir sur le sort du débiteur principal et de redresser la situation de celui-ci, dès le premier incident de paiement et avant d'être personnellement appelée. Si le préjudice distinct consiste en un préjudice d'impréparation caractérisé par la perte de chance d'agir sur le sort du débiteur principal avant d'être personnellement appelée, la caution dirigeante pourrait même être la caution la plus concernée par la réalisation d'un tel préjudice. En effet, en sa qualité de dirigeant de la société cautionnée, la caution dirigeante est le contractant qui est le plus efficacement mesure d'agir sur le sort du débiteur principal et la seule caution véritablement capable de redresser la situation de celui-ci. La caution dirigeante ne semble ainsi pas dans l'impossibilité d'engager la responsabilité du créancier¹⁰³³, elle serait même la première concernée par la réalisation d'un préjudice distinct du fait du manquement du créancier à son obligation ponctuelle d'information.

Cependant, si les cautions dirigeantes sont, en théorie, les contractants susceptibles d'agir sur le plus efficacement sur le sort du débiteur principal et de redresser la situation de leur entreprise dès le premier incident de paiement ; en pratique, elles sont généralement les premières informées lorsqu'un incident de paiement est constaté dans la société qu'elles dirigent. À ce titre, elles seront particulièrement mal fondées à se prévaloir d'un tel préjudice d'impréparation. Dès lors, il ne serait même plus seulement question d'envisager un partage de responsabilité à l'égard des cautions dirigeantes – comme l'avait souhaité la cour d'appel d'Agen à propos de l'obligation annuelle d'information¹⁰³⁴ – mais il serait plus juste de reconnaître que le préjudice d'impréparation éventuellement invoqué par les dirigeants résulte exclusivement de leur faute de gestion.

1033 En effet, selon la doctrine, d'une part, la question du cumul de la sanction légale prévue en cas de manquement à l'obligation ponctuelle d'information se résout ainsi de la même façon qu'en cas de manquement à l'obligation d'information annuelle des cautions (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 729, p. 539). D'autre part, ni le législateur, ni la Cour de cassation n'ont jamais opéré de distinction entre les cautions personne physique en matière d'obligation annuelle ou ponctuelle d'information.

1034 Agen, 31 janv. 2007, n° 05/0786.

278. – Conclusion chapitre 2. Pendant l'exécution du contrat, la caution dirigeante est ainsi un *quidam* du droit du cautionnement. Cette affirmation résulte de l'origine du droit à l'information des cautions durant l'exécution du contrat. Si le législateur n'a pas souhaité se prononcer en faveur d'une obligation générale d'information en droit du cautionnement, ni même sur une obligation précontractuelle d'information des cautions – laissant ainsi toute latitude à la jurisprudence pour créer une telle obligation et son régime juridique en forçant le contrat –, il est néanmoins intervenu, à plusieurs reprises, pour imposer aux créanciers des obligations de parler à destination de toutes les cautions personnes physiques pendant l'exécution du cautionnement.

Pour la Cour de cassation, l'intensité du droit à l'information d'une caution doit être proportionnelle à ses aptitudes personnelles à la recherche et à la compréhension d'informations. Plus les juges estiment qu'une caution est potentiellement informée ou en mesure de se renseigner par elle-même, plus son droit à l'information sera réduit. Si un tel raisonnement peut être tenu dans le cadre des obligations précontractuelles d'information¹⁰³⁵, il ne peut toutefois être transposé aux obligations d'information pendant l'exécution du contrat, celles-ci étant d'origine légale et le législateur ayant décidé que tous les créanciers bénéficiaires de cautionnements sont tenus d'informer annuellement les cautions sur l'évolution du contrat principal et sur les modalités de résiliation du cautionnement ainsi que, ponctuellement, sur les incidents de remboursement du débiteur principal. En effet, lors de ses différentes interventions, le législateur n'a jamais évoqué une quelconque distinction entre les cautions personnes physiques et n'a jamais choisi d'appliquer un régime juridique plus rigoureux aux cautions dirigeantes. Confrontée à cette volonté du législateur, plus précisément, au silence imposé par les différents textes, la Cour de cassation fut ainsi contrainte de laisser de côté le clivage caution profane / caution avertie qui lui tenait tant à coeur et d'appliquer indistinctement ces dispositifs à tous les sujets (personnes physiques) du droit du cautionnement¹⁰³⁶.

1035 Les obligations d'information précontractuelles sont d'origine prétorienne. En tant que créatrice de ces obligations, la jurisprudence a ainsi le pouvoir d'instaurer des régimes juridiques différents selon les cautions.

1036 Certaines juridictions du second degré ont bien tenté de transposer le régime applicable aux cautions dirigeantes durant la phase précontractuelle aux obligations légales d'information mais la Cour de cassation a toujours refusé cette interprétation, l'estimant contraire à la loi.

Tenue par l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* pour la première fois en droit du cautionnement, la Cour de cassation dut faire fit de sa rigueur traditionnelle à l'égard des cautions dirigeantes et admettre que les obligations légales d'information devaient être respectées par le créancier, même lorsque le cautionnement avait été souscrit par un dirigeant en parfaite connaissance de la situation de la société cautionnée¹⁰³⁷.

1037 Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128 : *Bull. civ.* IV, n° 253 ; *D.* 2008, p. 2108, obs. P. Crocq ; *D.* 2008, p. 7, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2008, p. 169, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2008, p. 330, obs. P. Crocq ; *RJDA* 2008, n° 326 ; *Dr. et patr.* 2008, n° 174, p. 92, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; *RJ com.* 2008, p. 40, obs. F. Macorig-Venier ; *Banque et droit*, mars-avr. 2008, p. 17, obs. Th. Bonneau ; *RLDC* 2008/45, n° 2822, p. 36, obs. G. Marraud des Grottes.

279. – Conclusion titre 2. Le droit à l'information des cautions dirigeantes différait considérablement selon si l'on se plaçait au stade de la formation du contrat ou durant la vie du cautionnement. Pendant la phase précontractuelle, les cautions dirigeantes devaient laborieusement légitimer une ignorance qui était d'office excusée durant l'exécution du contrat. Cette contradiction n'était pas propice à la cohérence du droit du cautionnement. Si les fonctions, la qualité ou les compétences de la caution dirigeante n'étaient pas prises en compte pour définir l'intensité de son droit à l'information durant l'exécution du contrat, pourquoi étaient-elles déterminantes lors de la conclusion du contrat ?

Selon la jurisprudence, la qualité de dirigeant permettait à celui-ci d'accéder plus facilement aux informations relatives au contrat principal mais ne lui permettait pas d'être informé sur l'évolution du contrat de cautionnement. Sur ce motif, les magistrats subordonnaient le droit à l'information précontractuelle de la caution dirigeante à la preuve de circonstances exceptionnelles légitimant son ignorance mais n'imposaient pas au dirigeant d'excuser son ignorance pour les informations relatives à l'exécution du contrat. Pourtant, cet argument n'était manifestement pas recevable pour deux raisons au moins. Premièrement parce que si on s'éloigne un tant soit peu de la théorie, force est de constater que ce sont les mêmes informations dont il est question lors de la formation et pendant de l'exécution du contrat. Les informations légales – ponctuelles ou annuelles – portent sur l'état de la créance et sur les incidents de remboursement du débiteur principal ; autrement dit, sur la situation financière de la société cautionnée. Le dirigeant n'avait dès lors pas davantage de raisons légitimes d'ignorer la situation de sa société lors de l'exécution du contrat que lors de sa conclusion. Soit la caution dirigeante devait être autorisée à ignorer ces informations durant toute la relation contractuelle, soit son ignorance ne devait jamais être excusée. Ce mélange des genres selon la période contractuelle envisagée, n'était ni fondé, ni même souhaitable car il générerait un statut hybride pour la caution dirigeante : avertie lors de la conclusion du contrat et profane lors de son exécution.

Fort heureusement, la position de la Cour de cassation a considérablement évolué et la caution dirigeante n'est désormais plus une caution stigmatisée pendant la phase précontractuelle. Si la jurisprudence s'obstine encore à distinguer entre les cautions personnes physiques, elle se contente

simplement de faire une différence entre les cautions capables de s'enquérir et de comprendre la portée réelle de leur engagement et les cautions requérant de l'aide pour la recherche ou la compréhension d'informations déterminantes pour leur consentement. À ce titre, la caution dirigeante est désormais créancière d'une obligation précontractuelle d'information, d'un devoir de mise en garde ou même d'un devoir de conseil lorsqu'elle ne dispose d'aucune compétence particulière en matière financière ou en gestion d'entreprise la qualifiant pour mesurer les risques de l'opération dans laquelle elle s'engageait¹⁰³⁸.

Le seul élément qui permet éventuellement de douter de l'ensemble de ces allégations et d'affirmer que la qualification de « caution dirigeante » revêt encore un intérêt, s'agissant du droit à l'information, résulte de la position retenue par la cour d'appel d'Agen à propos de l'obligation annuelle d'information des cautions dirigeantes. Cette décision, favorable au partage de responsabilité entre la caution dirigeante et le créancier suppose que la catégorie des « cautions dirigeantes » aurait encore une raison d'être. Selon cet arrêt, les cautions dirigeantes sont en mesure, grâce à leurs fonctions, de connaître ou de rechercher les informations que le créancier ne lui a pas communiquées. Si les cautions dirigeantes conservent le droit d'être informées, la cour d'appel d'Agen estime en revanche que le créancier n'est que partiellement responsable et que celles-ci jouent un rôle causal dans la réalisation de leur propre préjudice. Selon les conseillers agenais, les cautions dirigeantes sont certes créancières d'obligations légales d'information – comme n'importe quelle autre caution personne physique – mais elles ne peuvent pas prétendre, lorsqu'elles manquent à leur obligation de se renseigner, à la même indemnisation que les autres cautions. La prise en compte de la qualité de dirigeant se serait dès lors déplacée du *droit à l'information* vers le *droit à réparation* pour le préjudice causé par le manquement à l'obligation légale d'information.

Il est encore trop tôt pour dire si cette solution a des chances de prospérer mais il est peu probable que la Cour de cassation suive ce raisonnement puisque, ni elle, ni le législateur n'ont jamais souhaité prendre en considération la qualité de la caution dans le cadre des obligations légales d'information. Ainsi, rien ne justifie la position adoptée par la cour d'appel d'Agen et si la Cour de cassation souhaitait éventuellement suivre la rigueur manifestée par ces juges du fond à l'égard des cautions dirigeantes, elle serait

1038 Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-26.262, inédit.

contrainte d'appliquer le même régime d'indemnisation à toutes les cautions personnes physiques ayant l'obligation de se renseigner, réaffirmant ainsi que les cautions dirigeantes sont des *quidam* du droit à l'information lors de la formation et pendant l'exécution du contrat de cautionnement.

280. – Conclusion partie 1. Au terme de cette première partie, force est de reconnaître que sous l'impulsion du législateur et du contexte économique et social, la conception prétorienne de la caution dirigeante a considérablement évolué. Le dirigeant était autrefois considéré comme une caution capable de résister à la contrainte économique que constitue l'obligation de cautionner sa société et présumé *a minima* autant informé que le créancier sur la situation du débiteur principal en raison de son intéressement ou de son implication dans les affaires de celui-ci.

Si la Cour de cassation peut toujours présumer que les cautions dirigeantes disposent des moyens matériels leur permettant de s'enquérir sur la portée réelle de leur engagement eu égard à leur intéressement et à leur implication dans les affaires du débiteur principal, elle ne les stigmatise cependant plus. En effet, en admettant que d'autres cautions personnes physiques ont également les moyens de se renseigner sur la situation du débiteur principal ou sur la viabilité du projet cautionné, la Cour de cassation initia une nouvelle catégorie de cautions : les cautions ayant l'obligation de se renseigner sur la portée réelle de leur engagement. L'exécution de cette obligation de moyens devant être appréciée *in concreto* par les juges de fond, la caution dirigeante est ainsi devenue une *caution capable de se renseigner* ordinaire. La Cour de cassation fut d'ailleurs récemment contrainte de se rendre à une seconde évidence : le profil des cautions dirigeantes a manifestement changé. De ce fait, elle ne pouvait plus *in abstracto* considérer qu'un dirigeant est nécessairement doté des compétences lui permettant de comprendre ces informations. Les juges du fond doivent ainsi désormais apprécier si, dans les faits, les *cautions capables de se renseigner* par leurs propres moyens ont la formation, l'expérience et les compétences nécessaires en gestion, financement et stratégie d'entreprise pour mesurer les risques de l'opération dans laquelle elles s'engagent.

Ainsi, la qualification de « caution avertie » ne relève plus d'une symétrie d'informations¹⁰³⁹ entre la caution et le créancier mais dépend véritablement d'une symétrie de compétences¹⁰⁴⁰ en matière financière et gestion d'entreprise. De ce point de vue, la caution dirigeante est ainsi devenue un *quidam* du droit du cautionnement.

1039 E. NETTER, « Caution et établissement de crédit : retour sur le devoir de mise en garde et les garanties disproportionnées », *RLDC* 2012/96, n° 4776, p. 23.

1040 *Loc. cit.*

Seconde partie

LA CAUTION DIRIGEANTE : DU *QUIDAM* DU DROIT DU CAUTIONNEMENT À L'INSTRUMENT D'ORDRE ÉCONOMIQUE

281. – Plan. « Pour être parfait, il faudrait au contrat toutes sortes de vertus : civisme, justice, sincérité. Le droit positif se contentera de moins. Seul le civisme contractuel (la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes moeurs) représente une exigence absolument générale de validité, le minimum de conformisme social requis de tous les contractants. Pour ce qui est de la justice contractuelle, le Code civil avait renoncé, en général, à la prendre en charge ; mais le droit de la consommation a pris de nos jours le relais de cette mission de justice. Quant à la sincérité contractuelle, (...) notre époque a refait une virginité à la sincérité en la nommant transparence. »¹⁰⁴¹

La transparence contractuelle ayant déjà été évoquée dans la première partie, il convient à présent d'envisager les autres vertus présentées par le Doyen Carbonnier à propos du cautionnement consenti par un dirigeant pour sûreté des dettes contractées par sa société. Le « *civisme contractuel* », tel qu'il est défini par le Doyen Carbonnier, impose à toute convention d'être *a minima* conforme à l'ordre public et aux bonnes moeurs. En matière de cautionnement, le contrat doit également être conforme à l'ordre public économique. « *L'ordre public économique est apparu à l'époque contemporaine. Sans doute un certain ordre public d'aspect économique n'était pas absent du Code civil de 1804, mais il était d'inspiration libérale et ne tendait qu'à faire respecter davantage encore les principes du libéralisme. Le droit civil du XX^e siècle a entendu l'ordre public économique tout autrement : c'est un ordre public interventionniste. Cependant,*

¹⁰⁴¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^e éd. Refondue, coll. Thémis droit privé, Paris, PUF, 2000, n° 68, p. 144.

l'intervention n'a pas toujours eu le même sens ; l'ordre économique s'est formé en deux nappes successives : l'ordre public de protection, qui se ressent encore de l'individualisme, n'a d'autre but que de protéger, dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible, c'est-à-dire le non-professionnel contractant avec le professionnel, le besoin de protection s'induisant ici de leur inégalité de connaissance technique. L'ordre public de direction se propose de concourir à une certaine direction – plus mollement dit, orientation – de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier (...). Les objectifs de l'économie dirigée étant variables, et plus encore les moyens de les atteindre, on conçoit que cet ordre public n'ait rien d'immuable : l'ordre public politique et même l'ordre public économique de protection sont plus stables que le contrat ; de l'ordre public de direction, c'est l'inverse qu'il faut dire. »¹⁰⁴²

*L'ordre public économique de protection a ainsi vocation à protéger une partie économiquement plus faible : un non-professionnel contractant avec un professionnel. La caution dirigeante n'étant pas *stricto sensu* un non-professionnel contractant avec un professionnel, il est logique de penser que l'ordre public économique de protection ne s'adresse pas à elle. Pourtant, le droit de la consommation assure la protection de toutes les cautions personnes physiques souffrant d'une inégalité de connaissance technique et leur donne les moyens de se délier ou de rééquilibrer un contrat injuste. L'ordre public économique de protection du XXI^e siècle ne résume donc pas à protéger certaines cautions jugées économiquement trop faibles, il protège toutes les cautions personnes physiques considérées d'emblée plus faibles que le créancier professionnel. Dès lors, l'ordre public de protection n'a plus seulement vocation à protéger un non-professionnel contractant avec un professionnel mais une personne physique contractant avec un professionnel. La caution dirigeante contractant avec un professionnel est ainsi directement concernée par l'ordre public de protection et bénéficie en conséquence de la « *justice contractuelle* » assurée de nos jours par le droit de la consommation (titre 1). L'ordre public économique de direction se propose, quant à lui, d'agir sur les retentissements néfastes de certains contrats privés sur l'économie publique. Le contrat de cautionnement n'est dès lors plus mis en conformité avec des exigences sociales afin de protéger la partie la plus faible mais il est instrumentalisé pour amener l'économie (au sens étatique) vers la direction souhaitée. Toutefois, les objectifs économiques et les*

1042 *Ibid.*, n° 71, p. 147-148.

moyens employés pour agir sur l'économie sont fluctuants, l'ordre public de direction variant au gré des besoins et des évolutions d'une société. Les dispositifs agissant sur l'ordre public économique de direction font ainsi sans cesse l'objet d'ajustements et de compromis et la caution dirigeante, en tant qu'acteur économique, est un instrument privilégié lorsqu'il s'agit de réviser certaines orientations économiques et sociales (titre 2).

Titre 1

LE « CONFORMISME SOCIAL »¹⁰⁴³ DU CAUTIONNEMENT DU DIRIGEANT

282. – Plan. *« Il ne suffit pas que deux volontés s'accordent sur un objet pour faire un contrat. Le contrat n'est pas seulement ce mécanisme individuel, interindividuel, que suppose l'article 1108. (...) Il faut que l'accord des volontés, en se nouant, se conforme aux impératifs et aux rites, à toutes les conditions que, du dehors, lui impose la société. Ces conditions extrinsèques, qui s'ajoutent à celles de l'article 1108, peuvent être classées en deux groupes selon qu'elles sont relatives au contenu du contrat ou à son extériorisation, laquelle est à la fois affaire de forme et de preuve. »¹⁰⁴⁴*

Le Doyen Carbonnier estimait, qu'au nom de la « justice contractuelle », certaines conventions devaient se conformer à des exigences sociales relatives au contenu et/ou à la forme du contrat : « c'est à chacun des contractants de s'assurer que, dans la formation du contrat, la justice commutative a été respectée à son égard. La présomption est qu'un contrat est juste – pour parler moins ambitieusement, qu'il n'est pas mauvais – s'il a été accepté librement, parce qu'il est raisonnable de penser qu'un individu capable est sensible à ses intérêts et en a une suffisante intelligence. Il est des cas, cependant, où la loi permet à une partie de renverser la présomption et de faire annuler ou redresser le contrat, en démontrant qu'il est injuste. La justice commutative devient ainsi, par exception, une condition de validité du contrat – la justice commutative, telle que la collectivité l'apprécie, non pas telle que, par hypothèse, l'individu l'avait appréciée en consentant à contracter. L'État prend fait et cause pour le contractant victime de l'injustice, en lui donnant les moyens de se dégager du contrat injuste ou de le rééquilibrer. Ces mesures – d'ailleurs toujours exceptionnelles – de justice contractuelle sont apparues dès le Code Napoléon dans le droit classique, avant d'être renouvelées de nos jours dans

¹⁰⁴³ *Ibid.*, n° 68, p. 144.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, n° 68, p. 143.

le droit de la consommation. »¹⁰⁴⁵

Le Doyen Carbonnier considérait le contrat de cautionnement comme un acte dangereux. Le fait de s'engager pour autrui impose de protéger la caution contre « *l'excès de cautionnement* », sans qu'il ne soit nécessaire de recourir aux vices du consentement ou d'engager la responsabilité du créancier fautif : « *c'est le défaut d'équivalence qui est décisif* »¹⁰⁴⁶ ! La caution serait ainsi l'un de ces contractants qui peut, par des conditions extrinsèques qui s'ajoutent à celles de l'article 1108 du Code civil, renverser la présomption de « *justice contractuelle* » afin de faire annuler ou corriger un cautionnement injuste. L'accord des volontés des parties à un contrat de cautionnement doit ainsi se conformer aux « *impératifs* » et aux « *rites* » que lui impose la société. Le législateur doit à cette fin prévoir des conditions de validité – exceptionnelles et complémentaires à l'article 1108 du Code civil – pour que la caution, victime de l'injustice, ait les moyens de se dégager ou de rééquilibrer le contrat injuste.

Le défaut d'équivalence caractérisant le contrat de cautionnement justifierait ainsi de soumettre la convention conclue par une caution dirigeante à des exigences sociales inhérentes à son contenu (chapitre 2) ou à son extériorisation (chapitre 1).

1045 *Ibid.*, n° 78, p. 156-157.

1046 *Ibid.*, n° 78, p. 160.

CHAPITRE 1. LES EXIGENCES SOCIALES RELATIVES À LA FORME¹⁰⁴⁷ DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

283. – Plan. Le consentement, condition essentielle pour la validité d'un contrat, peut être défini comme l'adhésion d'une partie à la proposition faite par l'autre¹⁰⁴⁸. Une convention de droit commun n'est valablement formée que si les parties manifestent des volontés individuelles convergentes. En droit du cautionnement, l'existence du consentement ne s'apprécie pas de façon analogue à l'égard du créancier et de la caution en raison du caractère unilatéral de ce contrat. En effet, les modalités d'engagement du créancier sont empruntées d'une grande souplesse puisque le cautionnement est un acte conclu dans son seul intérêt ; tandis que le rapport de soumission de la caution à l'égard du créancier – édicté par l'article 2288 du Code civil¹⁰⁴⁹ – explique que le consentement de la caution soit soumis à un régime dérogatoire. Plus précisément, l'article 2292 du Code civil impose que le consentement de la caution soit expressément consigné dans l'acte l'engageant. Pour autant, cette seule disposition ne soumet pas le contrat de cautionnement à un formalisme particulier.

Cette absence de formalisme spécifique au droit du cautionnement a longtemps permis à la jurisprudence de considérer que le contrat de cautionnement était un contrat consensuel et que la formalité imposée par l'article 1326 du Code civil ne constituait qu'une simple règle de preuve régissant la matière civile. Partant de ce principe, la jurisprudence s'efforçait de distinguer entre les cautionnements civils et les cautionnements commerciaux afin d'échapper à ces contraintes probatoires à l'égard des cautions dirigeantes. À partir des années 1980, les interventions du législateur compliquèrent cette conception et aboutirent à des « *allers-retours jurisprudentiels* »¹⁰⁵⁰. Il fallut ainsi attendre le début du XXI^e siècle

1047 *Ibid.*, n° 89, p. 179.

1048 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2014, p. 244, V. *Consentement*.

1049 C. civ., art. 2288 : « Celui qui se rend caution d'une obligation, **se soumet** envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

1050 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 114, p. 90.

pour que le législateur affirme expressément que le droit du cautionnement exige une manifestation positive de volonté à l'égard de toutes les cautions personnes physiques et pour que le contrat de cautionnement prenne l'apparence d'un contrat formel (section 1).

Depuis lors, les cautions dirigeantes ne peuvent plus être soumises au même régime juridique que les commerçants et bénéficient de la protection accordées aux autres cautions personnes physiques. En effet, elles sont désormais en droit de se prévaloir du formalisme protecteur instauré par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation (section 2). Concernant la forme de leur engagement, les cautions dirigeantes seraient ainsi assurément devenues des *quidam* du droit du cautionnement.

Section 1. La soumission du cautionnement du dirigeant au formalisme imposé par le législateur

284. – Plan. *« Traditionnellement, le cautionnement s'analyse comme un service d'ami, ce qui conduit les auteurs et la jurisprudence à affirmer qu'il constitue par nature un contrat civil. Il est toutefois des circonstances, notamment lorsqu'il est utilisé dans une relation d'affaires, où il se teinte de commercialité. Mais il ne suffit pas qu'il ait été fourni par un commerçant, ou que la dette cautionnée soit commerciale pour qu'il soit commercial. La vitalité de la distinction se révèle notamment à travers quatre hypothèses où le contrat devient commercial. Les trois premières sont suffisamment connues pour n'être qu'énoncées ici, d'autant plus qu'elles emportent aisément l'adhésion. Le cautionnement peut être commercial par nature, commercial par la forme, ou encore commercial par accessoire, lorsqu'il est souscrit par un commerçant pour les besoins de son activité professionnelle, c'est-à-dire en relation avec l'exercice ou dans l'intérêt du propre commerce de l'intéressé. En revanche, la quatrième hypothèse, celle liée à "l'intérêt patrimonial personnel" de la caution est plus discutable. En recourant à cette notion, le but recherché était d'attirer dans les filets du droit commercial les dirigeants de sociétés et les personnes assimilées. Les cautionnements offerts par les dirigeants de SA ou de SARL, qui permettent au créancier de contourner l'écran de la personnalité morale, relèvent d'une certaine confusion d'intérêts de ces deux personnes juridiques pourtant distinctes. Cette implication, cette intégration des dirigeants est apparue*

comme justifiant que leur engagement soit régi par les règles de droit commercial. »¹⁰⁵¹

En qualifiant l'engagement personnel du dirigeant de cautionnement commercial, la jurisprudence parvenait à contourner les règles de preuve régissant le cautionnement civil et à soumettre les cautions dirigeantes au principe de liberté de la preuve régissant la matière commerciale¹⁰⁵² (§1). L'exception de « commercialité par l'intérêt personnel de la caution » dut cependant être abandonnée lorsque le législateur décida d'insérer un certain formalisme en droit du cautionnement. Dès lors, la jurisprudence ne fut plus en mesure d'utiliser le caractère commercial du cautionnement ou la qualité de la caution pour distinguer les dirigeants des autres cautions personnes physiques (§2).

§ 1 : Le cautionnement du dirigeant, un contrat traditionnellement consensuel

285. – Plan. Avant la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, la Cour de cassation pouvait appliquer un régime juridique spécifique aux cautions dirigeantes, donnant ainsi à leur engagement une dimension commerciale. À cette époque, le cautionnement était considéré comme un contrat exclusivement consensuel et la rédaction de l'ancien article 109 Code de commerce permettait de prouver le consentement d'une caution dirigeante par tous moyens. Ainsi, en qualifiant un cautionnement de « commercial », la jurisprudence avait toute latitude pour appliquer un régime juridique dérogatoire aux cautionnements consentis par les dirigeants en garantie des dettes de leur société (I).

Cependant, depuis que le principe de liberté de la preuve en matière commerciale est uniquement réservé aux « commerçants », les règles probatoires posées par l'article 1326 du Code civil sont applicables aux cautions dirigeantes, celles-ci n'ayant pas la qualité de commerçant. S'agissant néanmoins de simples règles de preuve et non de règles formelles,

1051 M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008/172, p. 72.

1052 La Cour de cassation considérait que les cautions dirigeantes étaient rompues au monde des affaires et, qu'à ce titre, elles devaient être considérées comme des commerçants et être soumises aux lois relatives au commerce (Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 157, p. 181).

la jurisprudence parvenait encore à stigmatiser les cautions dirigeantes en s'appuyant sur leur seule qualité de dirigeant (II).

I – Un consensualisme fondé sur la commercialité par l'intérêt personnel de la caution

286. – Le cautionnement, un contrat unilatéral et consensuel. « *La formation du contrat de cautionnement n'est, en principe, soumise qu'à l'échange des consentements, ce qui écarte toute formalité par application du droit commun. Si l'article 2292 du Code civil prévoit que le cautionnement ne "se présume point : il doit être exprès", il ne s'agit pas d'une condition de forme (...) Le terme exprès, ne signifie pas que le contrat de cautionnement nécessite le recours à une forme particulière. Aucun formalisme spécifique n'est exigé pour conclure un contrat de cautionnement, dès lors que la volonté de celui qui s'oblige est exprimée clairement* »¹⁰⁵³.

Le cautionnement est, par nature, un contrat consensuel formé par l'échange des consentements des parties¹⁰⁵⁴. En se fondant sur le caractère consensuel du contrat de cautionnement, il est légitime de penser que le consentement de la caution peut être exprimé par tous moyens, y compris de façon verbale. Mais il n'en est rien. L'article 2292 du Code civil impose, en effet, d'une part, que le consentement de la caution soit exprès – ce qui interdit de le prouver par un comportement¹⁰⁵⁵, un silence¹⁰⁵⁶ ou encore un simple engagement oral¹⁰⁵⁷ – et, d'autre part, que le consentement de la caution ne soit pas présumé. Or, si le consentement de la caution ne se présume point, il doit être prouvé par le créancier de l'obligation unique, conformément aux règles régissant le droit commun des contrats.

En matière contractuelle, c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de prouver son existence conformément à l'article 1315 du Code civil¹⁰⁵⁸. Le droit du cautionnement n'échappant pas à cette règle, c'est

1053 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, p. 18, n° 21.

1054 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, « *le cautionnement de droit commun n'est pas solennel, mais le commun du cautionnement est solennel* » (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 510, p. 371).

1055 Cass. 1^{re} civ., 24 avr. 1968 : *Bull. civ. I*, n° 116 ; D. 1968, p. 358, note J. Voulet.

1056 Cass. com., 16 déc. 1981, n° 80-13.450 : *Bull. civ. IV*, n° 447.

1057 Cass. soc., 18 févr. 1970, n° 66-12.316 : *Bull. civ. V*, n° 125.

1058 C. civ., art 1315 : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a*

effectivement au bénéficiaire du cautionnement qu'il incombe de rapporter la preuve de l'échange des consentements¹⁰⁵⁹ lorsqu'il réclame l'exécution de l'obligation de la caution. La preuve du consentement de la caution s'organise alors autour de deux dispositions du Code civil : d'une part, l'article 1341 qui exige que soit « *passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret* »¹⁰⁶⁰ (soit une somme de 1 500 euros¹⁰⁶¹) ; d'autre part, l'article 1326 applicable à tous les contrats unilatéraux, en vertu duquel le contrat de cautionnement doit obligatoirement comporter la signature de la caution ainsi que la mention manuscrite précisant le montant de son engagement en toutes lettres et en chiffres.

En vertu des deux dispositions susmentionnées, force est de constater que même si le consentement de la caution n'est soumis à aucun formalisme *ad validatatem*, la nécessité de le prouver impose la rédaction d'un écrit comportant *a minima* la signature et une mention manuscrite relatant le montant de l'engagement. Ces dispositions sont applicables à tous les cautionnements, contrats civils par nature¹⁰⁶², « *sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* »¹⁰⁶³. *A contrario*, lorsqu'un cautionnement revêt un caractère commercial, il échappe aux règles probatoires qui viennent d'être énoncées et sera alors soumis au principe de liberté de la preuve régissant la matière commerciale.

287. – La distinction entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial. L'intérêt de distinguer entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial se situe principalement au niveau probatoire, la mention manuscrite prescrite par l'article 1326 du Code civil n'étant plus exigée si le cautionnement est réputé commercial.

Le cautionnement est un contrat civil par nature¹⁰⁶⁴ mais il devient

produit l'extinction de son obligation. »

1059 Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1980, n° 79-12.520 : *Bull. civ. I*, n° 276.

1060 En matière contractuelle, la preuve doit se faire par écrit pour un engagement supérieur à 1.500 euros. Pour les cautionnements inférieurs à ce montant, la preuve peut être faite par tous moyens. Les cautionnements inférieurs à 1.500 euros étant relativement rares en pratique et le cautionnement étant un contrat unilatéral soumis aux prescriptions de l'article 1326 du Code civil, il est possible d'affirmer que le cautionnement civil impose généralement la rédaction d'un acte sous seing privé comprenant certaines mentions obligatoires.

1061 Article 1 du décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil : « *La somme ou la valeur visée à l'article 1341 du code civil est fixée à 1.500 euros* ».

1062 Cass. com., 23 févr. 1988, n° 86-15.594 : *Bull. civ. IV*, n° 78.

1063 C. civ., article 1341, al. 2.

1064 Cass. com., 23 févr. 1988, n° 86-15.594 : *Bull. civ. IV*, n° 78.

commercial, soit en raison de sa nature¹⁰⁶⁵ lorsque une caution conclut un tel engagement à titre onéreux dans le cadre de son activité principale (caution professionnelle) ; soit en raison de sa forme¹⁰⁶⁶ lorsqu'une caution s'engage à payer le montant d'un effet de commerce (cautionnement cambiaire) ; soit encore par accessoire lorsqu'une caution exerce son activité professionnelle grâce à la signature d'une telle garantie. En dehors de ces situations classiques de commercialité, la jurisprudence a longtemps estimé qu'un cautionnement était également commercial lorsque « *la caution a un intérêt personnel d'ordre patrimonial dans l'affaire et si l'opération cautionnée est commerciale. (...) Il en est ainsi lorsqu'un dirigeant se porte caution lors de l'obtention d'un crédit au bénéfice de son entreprise* »¹⁰⁶⁷. La Cour de cassation considérait ainsi que la sûreté consentie par un dirigeant en garantie des dettes de sa société était un cautionnement commercial puisque que l'écran de la personnalité morale n'était en réalité qu'un écran de fumée. À ce titre, de la fin des années 1960¹⁰⁶⁸ jusqu'à l'adoption de la loi du 12 juillet 1980¹⁰⁶⁹, la jurisprudence refusait d'appliquer les prescriptions de l'article 1326 du Code civil aux cautionnements conclus par des cautions dirigeantes et s'appuyer, pour ce faire, sur l'ancien article 109 du Code de commerce (autrement dit, sur le principe de liberté de la preuve en matière commerciale). Ainsi, la sûreté conclue par un dirigeant était considérée un cautionnement commercial – même si aucun élément intrinsèque à la convention ne permettait de la qualifier d'acte de commerce –, la caution dirigeante ayant « *nécessairement* »¹⁰⁷⁰ un intérêt personnel et patrimonial à garantir la dette de sa société¹⁰⁷¹.

288. – L'intérêt de la distinction : l'exclusion des cautions dirigeantes. En

1065 Selon l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier : « *Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ».

1066 Hypothèse d'un cautionnement cambiaire régi par l'article L. 511-21 du Code de commerce.

1067 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 35, p. 25.

1068 Cass. com., 7 juill. 1969 : *Bull. civ. IV*, n° 262 ; *D.* 1970, p. 14 : « *si le cautionnement est par sa nature un contrat civil, il devient un contrat commercial lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle il est intervenu* ».

1069 La loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 remplaça l'ancien article 109 du Code de commerce par le nouvel article L. 110-3 disposant « *qu'à l'égard des **commerçants**, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi* ».

1070 Cass. com., 21 avr. 1964, *Bull. civ. IV*, p. 200.

1071 Cass. com., 21 janv. 1980, n° 78-16.308 : *Bull. civ. IV*, n° 33 ; *D.* 1981, p. 34, note J.-C. Bousquet.

distinguait les cautionnements commerciaux des cautionnements civils, la jurisprudence pouvait maintenir l'application du principe de liberté de la preuve – posé par l'ancien article 109 du Code de commerce – aux cautions dirigeantes. Statuant sous l'état antérieur à 1980, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait notamment estimé que « *si le cautionnement doit être exprès, il peut, à l'égard des commerçants, être prouvé par tous moyens* »¹⁰⁷².

En considérant que le cautionnement donné par un dirigeant était commercial par l'intérêt personnel de la caution, sans toutefois reconnaître à la caution la qualité de commerçant, la Cour de cassation faisait échapper cet engagement au régime probatoire prescrit par l'article 1326 du Code civil (exigeant un acte sous seing privé comportant la signature de la caution et la mention constatant la somme cautionnée en toutes lettres et en chiffres)¹⁰⁷³.

Devant se conformer à la lettre du nouvel article L. 110-3 du Code de commerce qui soumet désormais expressément le principe de liberté de la preuve aux seuls « commerçants », la Cour de cassation dut finalement admettre que le seul fait, pour une caution dirigeante, de conclure un cautionnement commercial, sans avoir elle-même la qualité de commerçant ne permettait plus d'écarter le régime probatoire de l'article 1326 du Code civil. La Cour de cassation se résigna ainsi à déclarer irréguliers les engagements souscrits par les cautions dirigeantes lorsque ceux-ci ne contenaient pas le montant des sommes cautionnées en toutes lettres et en chiffres¹⁰⁷⁴. La preuve du consentement de la caution dirigeante passait alors théoriquement par la rédaction d'un écrit comportant sa signature et une mention manuscrite constatant la somme cautionnée en toutes lettres et en chiffres¹⁰⁷⁵.

1072 Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.626 : *Bull. civ. IV*, n° 310 ; *D.* 1990, p. 3, note P. Ancel.

1073 Cass. com., 10 déc. 1985, n° 84-17.117 : *Bull. civ. IV*, n° 291 : « *M. X..., gérant de la société à responsabilité limitée, avait un intérêt personnel à l'octroi du prêt consenti à cette société ; qu'ayant, à juste titre, décidé que le cautionnement litigieux avait, dès lors, un caractère commercial, elle a décidé, à bon droit, en l'état de la législation antérieure à la loi du 12 juillet 1980, que l'écrit qui le constatait n'était pas soumis à la formalité de l'article 1326 du code civil.* »

1074 Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18.003 : *Bull. civ. I*, n° 348 ; *D.* 1990, p. 177, note Ch. Mouly ; *JCP* 1990, II 21422, note D. Legeais ; *Deffrénois* 1990, p. 441, obs. L. Aynès et p. 741, obs. J.-L. Aubert – Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-14.162 : *Bull. civ. IV*, n° 42.

1075 La portée de cette solution était néanmoins limitée aux seuls cautionnements conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet 1980. Tous les cautionnements souscrits par une caution dirigeante avant cette date sont soumis au principe de la liberté de la preuve : Cass. com., 10 mai 1988, n° 86-16.659 : *Bull. civ. I*, n° 159 : « *la cour d'appel [...] a retenu à bon droit, en l'état de la législation antérieure à la loi du 12 juillet 1980, que l'écrit qui le constatait n'était pas soumis à la formalité prescrite par l'article 1326 du Code civil, en sa rédaction applicable en la cause, quand bien même son signataire n'aurait pas eu lui-même la qualité de commerçant.* »

II – Un consensualisme fondé sur le rôle probatoire de l'article 1326 du Code civil

289. – L'article 1326 du Code civil : une règle probatoire ou une règle formelle? La loi du 12 juillet 1980 – substituant un nouvel article L. 110-3 à l'ancien article 109 du Code de commerce – ne se contenta plus d'un principe général de liberté de la preuve en matière commerciale. Elle visa expressément les « commerçants » pour l'application de ce principe. Les cautions dirigeantes ne pouvant être qualifiées de « commerçant » au sens de ce texte, elles devaient naturellement bénéficier des dispositions protectrices de l'article 1326 du Code civil et tous les contrats de cautionnement qui ne contenaient pas la signature et le montant des sommes cautionnées en toutes lettres et en chiffres devaient, dès lors, être déclarés irréguliers au double visa des articles 1326 et 2292 du Code civil¹⁰⁷⁶.

Pour limiter les conséquences de la réécriture de l'article relatif à la liberté de la preuve en matière commerciale, une problématique se posa rapidement dans les prétoires : l'article 1326 du Code civil était-il une règle de preuve ou constituait-il une condition de validité du contrat cautionnement ? Cette interrogation était fondamentale car si les mentions imposées par cette disposition constituaient une condition de validité du cautionnement, leur simple omission suffisait à anéantir le contrat ; tandis que s'il s'agissait de simples règles de preuve, le cautionnement pouvait éventuellement être sauvé en apportant un complément de preuve de l'engagement exprès de la caution, conformément à l'article 2292 du Code civil. Malheureusement pour les cautions dirigeantes, la jurisprudence considérait, depuis une décision datant de la fin du 19^e siècle¹⁰⁷⁷, que les exigences de l'article 1326 du Code civil étaient de simples règles de preuve ne prescrivant aucune forme obligatoire pour le contrat de cautionnement qui demeurerait un contrat consensuel, valable par le seul échange des consentements¹⁰⁷⁸.

290. – Les successives qualifications de l'article 1326 du Code civil. Dans les années 1980, la première Chambre civile de la Cour de cassation modifia sa position et admit que « *les exigences relatives à la mention manuscrite ne*

1076 Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, *op. cit.*, *ibid.* – Cass. com., 29 janv. 1991, *op. cit.*, *ibid.*

1077 Cass. req. 20 oct. 1896 : *S.* 1897, 1, 8 ; *DP* 1897, 1, 58.

1078 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 113-114, p. 89-90.

constituaient pas de simples règles de preuve mais avaient pour finalité la protection de la caution »¹⁰⁷⁹, faisant ainsi des exigences de l'article 1326 du Code civil des règles prescrites *ad validitatem*. Sans ces mentions impératives, l'acte ne constituait pas un contrat de cautionnement régulier et encourait par conséquent la nullité¹⁰⁸⁰.

Cependant, la Chambre commerciale ne partageait pas cette position et refusait de prononcer la nullité du cautionnement au seul motif que les exigences de l'article 1326 du Code civil n'étaient pas remplies en présence d'une caution qui ne contestait ni le principe de son engagement, ni le montant de son obligation et lorsque la preuve de son consentement avait été rapportée par d'autres éléments¹⁰⁸¹. La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait trouvé une parade au nouvel article L. 110-3 du Code de commerce, jugeant que « *le cautionnement doit être constaté dans un titre qui comporte, outre la signature de celui qui souscrit cet engagement, la mention écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres et que, sauf à ce que cet acte serve de commencement de preuve par écrit, preuve dont le complément doit alors résulter d'éléments extérieurs à l'acte lui-même, ce n'est qu'à l'égard des commerçants que l'obligation ainsi contractée peut se prouver par tous autres moyens* »¹⁰⁸².

Selon la Chambre commerciale, les exigences probatoires posées par l'article 1326 du Code civil s'appliquaient effectivement aux cautions dirigeantes, plus largement, à toutes les cautions qui n'avaient pas la qualité de commerçant. Cependant, s'agissant de simples règles de preuve, elle refusait de prononcer la nullité du cautionnement et admettait que le consentement de la caution puisse être prouvé par des éléments extérieurs venant corroborer l'acte qui n'était, à ce stade, qu'un simple commencement de preuve par écrit ou *instrumentum*¹⁰⁸³.

La première Chambre civile opéra finalement un dernier revirement de

1079 Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1987, n° 85-15.760 : *Bull. civ. I*, n° 210 ; *D.* 1987, p. 442, obs. L. Aynès – Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1988, n° 86-17.495 : *Bull. civ. I*, n° 163 ; *JCP* 1989, II 21181, note Ph. Simler ; *RD bancaire et bourse* 1988, p. 203, obs. M. Contamine-Raynaud – Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 1984, n° 82-17.077 : *Bull. civ. I*, n° 71 ; *JCP* 1985, II 20442, note M. Storck.

1080 Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18.003 : *Bull. civ. I*, n° 348 ; *D.* 1990, p. 177, note Ch. Mouly ; *JCP* 1990, II 21422, note D. Legeais ; *Defrénois* 1990, p. 441, obs. L. Aynès et p. 741, obs. J.-L. Aubert – Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-14.162 : *Bull. civ. IV*, n° 42.

1081 Cass. com., 6 juin 1985, n° 83-15.356 : *Bull. civ. IV*, n° 182 ; *Defrénois* 1985, p. 1454, obs. J.-L. Aubert.

1082 Cass. com., 21 juin 1988, n° 86-10.128 : *Bull. civ. IV*, n° 212 ; *JCP G* 1989, II 21170, note Ph. Delebecque ; *Rev. sociétés* 1988, p. 540, note L. Faugérolas ; *RTD com.* 1989, p. 254, obs. Y. Reinhard.

1083 C. civ., art. 1347.

jurisprudence avec une décision du 15 octobre 1991, s'alignant sur la position de la Chambre commerciale : un cautionnement civil qui ne comporte pas les mentions prescrites par l'article 1326 du Code civil n'est pas nul et constitue un commencement de preuve par écrit du consentement de la caution qui peut « être complété par des éléments extérieurs à l'acte »¹⁰⁸⁴. Le cautionnement irrégulier ne devait donc pas être frappé de nullité dès lors que le créancier pouvait prouver le consentement de la caution par des éléments venant corroborer l'acte qui n'était, à ce stade, qu'un simple commencement de preuve par écrit¹⁰⁸⁵.

291. – Le commencement de preuve corroboré par la qualité de dirigeant. L'exigence d'un complément de preuve extrinsèque à l'acte – venant corroborer le commencement de preuve par écrit que constituait un cautionnement ne respectant pas les prescriptions de l'article 1326 du Code civil – était cependant fortement réduite à l'égard des cautions dirigeantes. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la qualité de dirigeant suffisait, à elle seule, à compléter le commencement de preuve par écrit¹⁰⁸⁶ et constituait l'élément extrinsèque requis pour prouver le consentement exprès de la caution. Les fonctions exercées par la caution dirigeante dans la société garantie et ses connaissances présumées sur la nature et l'étendue des obligations contractées¹⁰⁸⁷ constituaient un complément de preuve suffisant pour pallier l'absence des mentions obligatoires de l'article 1326 du Code civil et pour affirmer que le consentement de la caution dirigeante avait été expressément donné¹⁰⁸⁸. La « commercialité par l'intérêt personnel de la caution » ne suffisant plus à écarter les cautions dirigeantes des prescriptions de l'article 1326 du Code civil, la jurisprudence usa finalement du fait qu'elles avaient « conscience

1084 Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1991, n° 90-10940 : *Bull. civ. I*, n° 271 ; *JCP* 1992, II 21923, note Ph. Simler – Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992, n° 90-21183 : *Bull. civ. I*, n° 259 ; *JCP* 1993, I 3680, obs. Ph. Simler ; *D.* 1993, p. 311, obs. L. Aynès.

1085 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 147, p. 91.

1086 Cass. com., 1^{er} juin 1993, n° 91-10.198 : *Bull. civ. IV*, n° 213 ; *JCP E* 1993, II 488, note D. Legeais ; *Rev. sociétés* 1993, p. 783, note C. Gavalda ; *Bull. Joly* 1993, p. 1113, note Ph. Delebecque.

1087 Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.626 : *Bull. civ. IV*, n° 310 ; *D.* 1990, p. 3, note P. Ancel.

1088 La Cour de cassation estimait que les cautions dirigeantes avaient « les moyens de connaître les impératifs du crédit et les caractéristiques des principales garanties » ainsi que « l'ampleur de l'engagement futur des débiteurs principaux », de sorte que leur seule qualité de dirigeant permettait de pallier la mention équivoque ou incomplète contenue dans le contrat de cautionnement (M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université, Paris, Sirey, 2014, n° 389, p. 112).

de la nature et de l'étendue de leur engagement »¹⁰⁸⁹ pour en déduire qu'aucune équivoque ne pouvait naître dans leur esprit. Leur qualité de dirigeant suffisait ainsi à parfaire le commencement de preuve par écrit que constituait un cautionnement ne respectant pas les prescriptions de l'article 1326 du Code civil. « Par conséquent, pour que la condition probatoire de l'article 1326 du Code civil soit satisfaite, il suffit que le créancier fasse signer à la caution un contrat dont le corps relate précisément le contenu de la dette garantie. "Autant dire, qu'en pratique, il ne reste pas grand chose de l'exigence de la mention manuscrite !" »¹⁰⁹⁰

Les mentions obligatoires prévues par l'article 1326 du Code civil ne bénéficiaient donc que théoriquement aux cautions dirigeantes puisque l'exigence d'un complément de preuve était vidée de son contenu à leur égard sauf si elles parvenaient à démontrer l'existence de « circonstances exceptionnelles »¹⁰⁹¹ les ayant empêché de connaître la nature et l'étendue de leurs engagements. Par ailleurs, cette rigueur manifestée à l'égard des cautions dirigeantes leur était exclusivement réservée puisque la Chambre commerciale refusait catégoriquement que la qualité d'associé (même majoritaire) constitue l'élément extrinsèque complétant le commencement de preuve par écrit¹⁰⁹². D'autres éléments que la seule qualité d'associé majoritaire devaient ainsi être obligatoirement rapportés pour corroborer le commencement de preuve que constituait le cautionnement dépourvu des mentions prescrites par l'article 1326 du Code civil et pour prouver le consentement de la caution associée. Le créancier devait ainsi prouver que la caution associée avait expressément consenti au cautionnement alors que le consentement de caution dirigeante était présumé au regard de ses seules fonctions.

292. – État de la jurisprudence avant l'adoption de la loi Dutreil. La loi du 12 juillet 1980 imposait d'être en présence d'un cautionnement conclu par une caution dirigeante commerçante pour que les juges soient en mesure

1089 Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.626 : *Bull. civ.* IV, n° 310 ; *D.* 1990, p. 3, note P. Ancel.

1090 M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachelier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, n°448, p. 236.

1091 Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681 : *Bull. civ.* IV, n° 284 ; *JCP E* 1998, p. 182, note D. Legeais.

1092 Cass. com., 31 mai 1994, n° 91-19.316 : *Bull. civ.* IV, n° 193 : « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, alors que la référence, dans la mention manuscrite, au corps de l'acte de cautionnement, ne constitue pas un élément extrinsèque et que la qualité d'associé, fût-il majoritaire, est impropre, à elle seule, à compléter valablement le commencement de preuve par écrit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

d'écarter les dispositions de l'article 1326 du Code civil et de soumettre son engagement au principe de liberté de la preuve du nouvel article L. 110-3 du Code de commerce. Les créanciers pouvaient, de ce fait, être confrontés à trois hypothèses distinctes : soit la caution dirigeante était effectivement un commerçant (dirigeant-associé d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple¹⁰⁹³) et ils pouvaient prouver par tous moyens le consentement exprès de leur cocontractant ; soit la caution dirigeante ne pouvait pas être qualifiée de commerçant et les créanciers devaient théoriquement apporter la preuve du consentement exprès de leur cocontractant par des éléments extrinsèques à l'acte ; soit enfin la caution dirigeante ne pouvait pas être qualifiée de commerçant et les créanciers ne pouvaient pas prouver le consentement de la caution par des éléments extrinsèques au commencement de preuve par écrit. En pratique, cette dernière hypothèse ne concernait jamais les cautions dirigeantes puisque leur seule qualité de dirigeant constituait l'élément extrinsèque requis.

L'aubaine jurisprudentielle accordée aux créanciers en ce qui concerne la preuve de l'existence du consentement de la caution dirigeante par des éléments extrinsèques à l'acte était bien évidemment fondée sur la conception jurisprudentielle de l'article 1326 du Code civil. Cependant, cette solution perdit grand intérêt lorsque le législateur du 1^{er} août 2003 prit l'initiative de doter le contrat de cautionnement d'un certain formalisme en reprenant certaines des exigences de l'article 1326 du Code civil pour en faire des conditions prescrites à peine de nullité du contrat¹⁰⁹⁴. *« Les gérants de SARL, les présidents, directeurs et administrateurs de SA et les autres cautions intégrées aux affaires du débiteur principal étaient jusqu'ici soumis à un régime qui leur était propre. Ce régime a vu son domaine réduit à peau de chagrin par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 qui vise les cautionnements conclus par des personnes physiques en faveur de professionnels. »*¹⁰⁹⁵

1093 C. com., art. L. 221-1 : *« Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. »*

1094 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 123, p. 79.

1095 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 121, p. 94.

§ 2 : *Le cautionnement du dirigeant, un contrat soumis à un « formalisme informatif »*¹⁰⁹⁶

293. – Plan. La conception prétorienne de l'article 1326 du Code civil permettait d'isoler les cautions dirigeantes des autres cautions en leur appliquant un régime probatoire plus rigoureux. L'intervention du législateur en 2003 ne modifia pas le caractère simplement probatoire reconnu à cette disposition mais elle permit néanmoins de redonner tout son sens à l'article 2292 du Code civil, exigeant depuis toujours un consentement exprès de la caution sans écarter les cautions dirigeantes de cette exigence. Au regard de cet article, il ne paraissait pas satisfaisant de considérer qu'une personne avait expressément consenti à un contrat de cautionnement en tenant uniquement compte de sa qualité de dirigeant dans la société cautionnée¹⁰⁹⁷. Le fait que la Cour de cassation ne réclame pas, en toutes circonstances, une « *manifestation de volonté non équivoque* » en sus de l'acte irrégulier pour prouver le consentement exprès d'une caution dirigeante était à tel point déploré par le législateur que celui-ci s'empara de la question.

La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 dite « loi Dutreil » inséra un nouvel article L. 341-2 dans le Code de la consommation¹⁰⁹⁸ prescrivant, depuis lors,

1096 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », Travaux Ass. H. Capitant, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

1097 Il arrivait parfois que la Cour de cassation exige une manifestation non équivoque de volonté de la part d'une caution dirigeante. Dans un arrêt de cassation en date du 16 décembre 1981 (Cass. com., 16 déc. 1981, n° 80-13.450 : *Bull. civ.* IV, n° 447), la Chambre commerciale avait notamment considéré que le silence de la caution ne prouvait pas son consentement et que celui-ci pouvait résulter que d'une manifestation positive de volonté. Une telle solution (rendue à propos d'un cautionnement cambiaire) était amplement justifiée au regard de l'article 2292 du Code civil mais ne elle triomphait jamais lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur le sort d'un cautionnement contesté par une caution dirigeante sur le fondement de l'article 1326 du Code civil. La jurisprudence considérait en effet que la seule qualité de dirigeant constituait un élément extrinsèque suffisant pour sauver un cautionnement irrégulier et pour parfaire la preuve du consentement d'une caution dirigeante.

1098 C. consom., art. L. 341-2 : « *Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même".* »

à peine de nullité, la rédaction d'un acte sous seing privé contenant des mentions obligatoires pour tous les cautionnements conclus par des personnes physiques (I). En éditant de telles conditions de validité au lieu de faire de l'article L. 341-2 du Code de la consommation de simples règles de preuve, le législateur abolit la présomption de consentement qui pesait jusqu'alors sur les cautions dirigeantes¹⁰⁹⁹(II).

I – Un formalisme relatif aux cautionnements conclus avec un créancier professionnel

294. – Plan. La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 dota le contrat de cautionnement consenti par une personne physique d'un certain formalisme en insérant, dans le Code de la consommation, deux dispositions prescrivant *ad validitatem* de rigoureuses mentions obligatoires.

Les nouveaux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation imposent désormais l'accomplissement de certaines formalités lorsqu'une caution personne physique s'engage au profit d'un créancier professionnel. Pour autant, ces dispositions ne définissent le « créancier professionnel »¹¹⁰⁰ (A) et n'expliquent pas comment prouver cette qualité (B).

A) La détermination du « créancier » visé par le dispositif Dutreil

295. – Plan. Les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation limitent leur champ d'application aux contrats de cautionnement conclus entre une caution personne physique et un « créancier professionnel ».

« L'expression "créancier professionnel", utilisée pour la première fois en 1998, dans l'article L. 341-1 du Code de la consommation, a été reprise par la dernière réforme du cautionnement le 1^{er} août 2003, alors même qu'elle est spécialement ambiguë »¹¹⁰¹ (2°).

Une lecture attentive de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, plus particulièrement de la formule devant être obligatoirement recopiée de la

1099 Cette disposition n'a cependant vocation à s'appliquer qu'aux cautionnements conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003. Les dirigeants ayant cautionné les dettes de leur société avant cette date ne peuvent pas espérer obtenir la nullité du contrat et restent ainsi soumis à l'interprétation que faisait la jurisprudence des règles de l'article 1326 du Code civil.

1100 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 118, p. 106.

1101 M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachellier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006., n° 521, p. 283.

main de la caution, permettra peut-être de pallier cette ambiguïté. En effet, le législateur impose à la caution de préciser dans le contrat de cautionnement qu'elle s'engage à rembourser au « prêteur » les sommes dues par le débiteur principal ; laissant ainsi supposer que le champ d'application de ce texte serait éventuellement réduit aux seuls prêteurs de fonds (1°).

1°) La définition du « prêteur »

296. – Une formalisme réservé aux cautionnements conclus avec un « prêteur »? Contrairement à l'article L. 341-3 du Code de la consommation prévoyant une mention manuscrite pour tous les cautionnements solidaires en vertu desquels une caution s'engage à rembourser les opérations conclues avec un « créancier », le domaine d'application de l'article L. 341-2 du Code de la consommation pourrait être circonscrit aux cautionnements de contrats de prêts¹¹⁰². En effet, la mention que la caution doit recopier de sa main en vertu de la loi Dutreil vise expressément le cautionnement de sommes à rembourser à un « prêteur ». Dit autrement, à une personne ayant accordé une avance de fonds¹¹⁰³ au débiteur principal. *A contrario*, le cautionnement d'opérations principales qui n'ont pas pour objet une avance de fonds à la société cautionnée et qui ne bénéficie pas à un « prêteur » de fonds ne serait donc peut-être pas soumis au formalisme prescrit par l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Le cautionnement d'un contrat de bail¹¹⁰⁴ ne nécessiterait par exemple pas la rédaction de la mention édictée par l'article L. 341-2, même si le dirigeant se porte personnellement caution envers un bailleur professionnel du paiement des loyers de sa société, le contrat de bail n'ayant pas pour objet l'avance de fonds mais la jouissance d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que le preneur s'oblige à payer¹¹⁰⁵.

La cour d'appel de Caen avait jugé ainsi dans un arrêt du 20 décembre 2012, estimant que « *le formalisme de la mention manuscrite prévue par l'article L. 341-2 du Code de la consommation s'applique aux cautionnements*

1102 Le domaine d'application de ce texte est-il réservé aux créanciers dont « *la profession est de fournir du crédit, c'est-à-dire les seuls établissements de crédit ?* » (M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université, Paris, Sirey, 2014, n° 391-13, p. 123).

1103 S. PIEDELIÈVRE, « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003 », *Defrénois* 2003, art. 37827, p. 1371.

1104 Sauf pour le cautionnement d'un bail d'habitation qui répond à un formalisme spécifiquement imposé par la loi du 6 juillet 1989. Cela ne concerne cependant pas le sujet de la caution dirigeante, celle-ci contractant dans un cadre professionnel.

1105 C. civ., art. 1709.

souscrits par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels en garantie d'opérations comportant une avance de fonds, puisque la caution s'engage manuscritement à rembourser les sommes dues au prêteur. Or, l'activité de la société civile immobilière bailleresse, qui perçoit les loyers dus d'avance le premier de chaque mois sans consentir de délais au locataire, ne peut être assimilée à celle d'un prêteur »¹¹⁰⁶.

Dès lors, il convient de se demander si le législateur du 1^{er} août 2003 a véritablement souhaité circonscrire le domaine d'application de cette disposition aux seuls prêteurs ? Certaines juridictions du fond le pensaient sincèrement, appréciant de façon très restrictive cette notion de « prêteur » et estimant que l'article L. 341-2 du Code de la consommation ne concernait pas n'importe quel créancier professionnel et devait être cantonné aux créanciers ayant accordé un crédit ou une avance de fond au débiteur principal. Adoptant ce raisonnement, la cour d'appel de Lyon¹¹⁰⁷ avait, elle aussi, estimé que le cautionnement d'un contrat d'achat exclusif ne constituait pas en soi une opération de crédit ou une avance de fonds (même si la société cautionnée pouvait bénéficier de tarifs préférentiels auprès de son fournisseur) et, qu'en conséquence, il n'y avait pas lieu d'appliquer le dispositif instauré par la loi Dutreil en présence d'un créancier qui ne peut être juridiquement qualifié de « prêteur ».

297. – Dissensus autour de la notion de « prêteur ». La restriction du « créancier professionnel » aux seuls prêteurs de deniers ne faisait cependant pas l'unanimité et les solutions divergeaient d'une cour d'appel à l'autre. La cour d'appel de Montpellier considérait notamment que *« le dispositif destiné à assurer l'information de la caution, personne physique, s'engageant par acte sous seing privé envers un créancier professionnel, ne comporte pas davantage de restriction, quant à l'objet du cautionnement ; même si l'expression "je m'engage à rembourser au prêteur", est utilisé à l'article L. 341-2, il ne peut être soutenu que seul le cautionnement de prêts d'argent entre dans les prévisions de ce texte, lequel doit, en effet, être appliqué à toutes les dettes cautionnées, qu'elles procèdent ou pas d'opérations de crédit »¹¹⁰⁸*. Les conseillers montpelliérains militaient ainsi pour une extension du champ d'application de l'article L. 341-2 du Code de

1106 Caen, 2^e ch. civ. com., 20 décembre 2012, n° 11/02795.

1107 Lyon, 4 août 2011, n° 11/06099.

1108 Montpellier, 20 mars 2012, n° 11/00547 – Montpellier, 26 févr. 2013, n° 11/08589.

la consommation à tous les créanciers professionnels bénéficiaires d'un cautionnement, quelque soit la nature du contrat principal.

Cette solution est emprunte de bon sens. En effet, pourquoi le législateur aurait pris le soin de viser indistinctement les « créanciers professionnels » dans le corps des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation pour finalement réduire le champ d'application du seul article L. 341-2 dans l'exposé de la mention manuscrite à reproduire ? Quel est l'intérêt de mentionner prioritairement la notion de « créancier professionnel » si l'on restreint accessoirement le champ d'application de cet article aux seuls prêteurs ? Évidemment aucun. Dès lors, est-il raisonnable de penser, comme la cour d'appel de Montpellier, que le législateur n'a pas souhaité limiter le champ d'application de ce texte aux seuls prêteurs d'argent – sans quoi il n'aurait pas visé prioritairement tous les créanciers professionnels – et que le terme « prêteur » relève peut-être simplement d'une bévue du législateur qui s'est contenté de plagier l'article L. 313-7 du Code de la consommation¹¹⁰⁹ (réservé aux contrats de prêt) sans penser que le terme « prêteur » pourrait limiter le champ d'application de cette nouvelle disposition. *« Les épisodes suivants sont annoncés mais comme dans les bonnes séries, les chutes sont secrètes. Il est cependant prévisible que la Cour de cassation doive se prononcer sur la substitution du terme de prêteur. »*¹¹¹⁰

2°) La définition du « créancier professionnel »

298. – L'absence de définition légale du « créancier professionnel ».

L'article L. 341-2 du Code de la consommation n'offrant aucune définition du « créancier professionnel », certaines juridictions restreignaient cette notion aux professionnels du crédit, autrement dit, aux « prêteurs » de fonds. Cette interprétation pouvait être retenue au regard des articles L. 313-7 à L. 313-9 du Code de la consommation¹¹¹¹ qui renvoient, pour la notion de

1109 Cette disposition, instituée par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, vise expressément le « prêteur » qui est défini à l'article L. 311-1 du Code de la consommation comme toute personne qui consent ou s'engage à consentir un « crédit » mentionné à l'article L. 311-2, c'est-à-dire « une opération ou contrat de crédit, une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture ».

1110 D. LEGEAIS, « Validité d'une mention manuscrite d'un cautionnement solidaire substituant le terme "banque" à ceux de "prêteur" et de "créancier" », *JCP E* 2013, 1268.

1111 Ces dispositions sont similaires aux articles L. 341-2 et suivants mais elles sont

« créancier professionnels », aux articles L. 311-2 et L. 312-2 du Code de la consommation, c'est-à-dire aux personnes concluant des opérations de crédit à titre habituel¹¹¹².

Cependant, cette conception du « créancier professionnel » dans le cadre du dispositif Dutreil n'apparaissait pas pertinente aux yeux de tous. En premier lieu, parce qu'à la différence des dispositions précitées, l'article L. 341-2 du Code de la consommation ne renvoie à aucun autre texte pour délimiter la notion de « créancier professionnel ». Ensuite, parce que de nombreux auteurs ont fait savoir que si le législateur avait entendu limiter cette disposition aux seuls créanciers professionnels du crédit, il l'aurait clairement indiqué et aurait expressément visé les « établissements de crédit », comme lors de la rédaction de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier¹¹¹³. Par ailleurs, si le législateur avait réellement souhaité réserver ce texte aux créanciers professionnels du crédit, il n'aurait pas inséré cette disposition dans le Code de la consommation mais dans le Code monétaire et financier.

La notion de « créancier professionnel » devait donc être interprétée de façon extensive, sans être restreinte aux seuls professionnels du crédit. En admettant que le « créancier professionnel » de l'article L. 341-2 ne soit pas obligatoirement un « prêteur », il convient, dès lors, d'en proposer une définition.

299. – La définition civiliste du « créancier professionnel ». L'article L. 341-2 dans le Code de la consommation est applicable à tous les cautionnements conclus depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil, soit à tous les contrats conclus depuis le 5 février 2004. Pourtant, la notion de « créancier professionnel » fut définie pour la première fois le 9 juillet 2009 par la Cour de cassation. C'est la première Chambre civile de la Cour de cassation qui fut contrainte de procéder à la première définition du « créancier professionnel » et de déterminer le champ d'application de ce dispositif légal.

Dans les faits, une société exerçant une activité principale de papeterie avait fait l'acquisition de parts sociales d'une société exploitant un fonds de

uniquement applicables aux cautionnements de crédits à la consommation et de prêts immobiliers.

1112 P. CROCQ, « Exigence d'une mention manuscrite et notion de créancier professionnel », *RTD civ.* 2009, n°4, p. 758.

1113 S. PIEDELIÈVRE, « La notion de créancier professionnel en matière de cautionnement », *D.* 2009, n° 32, p. 2198.

commerce de brasserie et avait fait une avance de trésorerie à cette dernière par l'intermédiaire d'un compte-courant d'associé. Ce compte-courant avait ensuite été converti en un prêt cautionné à titre personnel par l'actionnaire de la société exploitant la brasserie (à la demande de la société exerçant l'activité de papeterie). Le créancier étant une société de papeterie et non un établissement de crédit, il s'agissait de savoir s'il était possible de le qualifier de « créancier professionnel » puisque la mention prescrite par l'article L. 341-2 du Code de la consommation faisait défaut. La cour d'appel d'Orléans avait effectivement considéré que ce contractant était un créancier professionnel, expliquant qu'il existait un lien entre l'activité professionnelle de la société de papeterie et l'investissement opérée par cette dernière dans le capital social de la brasserie. Pour ce faire, les juges d'appel avaient estimé que *« certes cette société n'est pas une société de crédit, mais, en prêtant de l'argent à une autre société commerciale, elle espère bien d'une manière ou d'une autre en tirer parti et ainsi elle est toujours dans l'objet social d'une société commerciale qui est de réaliser des bénéfices et de distribuer des dividendes à ses associés »*¹¹¹⁴.

La première Chambre civile de la Cour de cassation aurait pu s'en tenir à cette interprétation et laisser le soin aux juges du fond de procéder *in concreto* à l'appréciation de l'existence d'un lien entre l'activité principale exercée par ce créancier et l'opération cautionnée. Elle décida cependant de définir le créancier professionnel, affirmant qu'au regard des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, *« le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession et se trouve en rapport direct avec l'une des activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas la principale »*¹¹¹⁵.

Le créancier professionnel visé par l'article L. 341-2 du Code de la consommation peut ainsi être une personne physique ou une personne morale, un établissement de crédit ou un professionnel sollicitant à titre exceptionnel un cautionnement, à partir du moment où la créance cautionnée est née dans l'exercice de sa profession et qu'elle concerne l'une de ses activités professionnelles même accessoires.

1114 G. RAYMOND, « Définition du créancier professionnel », *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 255.

1115 Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 : *Bull. civ. I*, n° 173 : *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 25, note G. Raymond ; *RLDC* 2009/66, n° 3646, p. 24, obs. J.-J. Ansault ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2009, p. 44, obs. F. Jacob ; *D.* 2009, p. 2198, note S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 2009, p. 758, note P. Crocq.

300. – La confirmation commerciale de la définition de « créancier professionnel ».

La notion de « créancier professionnel » retenue par la première Chambre civile était très favorable aux cautions mais rien n'indiquait que cette interprétation allait être confirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, notamment parce qu'en novembre 2007, celle-ci avait considéré que les vendeurs d'un fonds de commerce ayant sollicité un cautionnement pour le crédit accordé aux débiteurs en vue de l'achat de ce fonds n'avaient pas la qualité de créanciers professionnels¹¹¹⁶. Le risque était d'aboutir à « *une nouvelle dissonance au sein de Cour de cassation en matière de cautionnement* »¹¹¹⁷. D'autre part, de nombreuses juridictions d'appel s'étaient prononcées dans un sens opposé à la solution retenue par la première Chambre civile, la cour d'appel de Paris estimait notamment que « *le créancier professionnel (...) est le professionnel "banque, établissement financier ou tout autre professionnel" qui dispense un crédit* »¹¹¹⁸.

La position de la Chambre commerciale de la Cour de cassation fût dévoilée trois ans plus tard, à l'occasion d'un litige opposant un dirigeant qui s'était porté caution solidaire des dettes contractées par sa société envers une société distributrice de matériaux. En appliquant la définition proposée par la première Chambre civile le 9 juillet 2009, le vendeur de matériaux devait être qualifié de « créancier professionnel » puisque la créance cautionnée était effectivement née dans l'exercice de sa profession. Même si l'activité principale de la société Union Matériaux (le créancier) ne consistait pas en la conclusion de sûretés, le cautionnement se trouvait en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, à savoir, la vente de matériaux à crédit.

Le 7 septembre 2010 (soit plus d'un an après l'arrêt rendu par la première Chambre civile), la cour d'appel de Montpellier avait fait droit au créancier, estimant que le cautionnement n'entrait pas dans le champ d'application de l'article L. 341-2 du Code de la consommation car un vendeur de matériaux de construction ne devait pas être considéré comme un professionnel du crédit¹¹¹⁹. La Chambre commerciale allait-elle suivre les juges du fond et proposer une définition du « créancier professionnel » différente de celle de

1116 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-12.284 : *Bull. civ.* IV, n° 236 ; *D.* 2007, p. 3066, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2008, p. 2104, obs. P. Crocq ; *RDI* 2008, p. 141, obs. F.-G. Trébulle ; *RTD civ.* 2008, p. 328, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2008, p. 167, obs. D. Legeais.

1117 S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 2198.

1118 Paris, 28 avr. 2011, n° 08/09307.

1119 Montpellier, 7 sept. 2010 : *JurisData* n° 2010-031109.

la Chambre civile ?

Réponse incontestablement négative donnée le 10 janvier 2012 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui adopta les mêmes principes d'interprétation que la première Chambre civile¹¹²⁰ : « *l'engagement de caution était la contrepartie du financement de l'achat de matériaux, ce dont il résulte que la créance litigieuse est née dans l'exercice de la profession de la société créancière* »¹¹²¹. Selon la Chambre commerciale, le créancier professionnel s'entend également de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou qui se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles.

B) La preuve de la qualité de « créancier professionnel »

301. – La charge de la preuve de la qualité de « créancier professionnel ». La définition du « créancier professionnel », retenue unanimement par l'ensemble des Chambres de la Cour de cassation, ne se borne donc pas à observer l'activité principale exercée par le créancier bénéficiaire du cautionnement – ce qui restreindrait cette notion aux seuls établissements de crédit – mais concerne plus largement toutes les opérations qui naissent dans l'exercice de la profession du créancier et pour lesquelles celui-ci espère bien, d'une manière ou d'une autre, en tirer profit pour l'une de ses activités professionnelles même accessoires. Cette définition, qui « *a vocation a s'appliquer au-delà des seuls textes visés, à toutes les dispositions des articles L. 341-1 à L. 341-6 du Code de la consommation faisant référence à la notion de créancier professionnel* »¹¹²² pose cependant un problème de preuve, plus précisément de charge de la preuve, sur lequel la doctrine ne semble pas parvenir à s'entendre.

En effet, tandis que certains auteurs considèrent « *qu'en application de l'article 1315 du Code civil, il appartient à la caution de démontrer que le créancier a la qualité de professionnel* »¹¹²³, d'autres estiment « *qu'il appartiendra au créancier qui poursuit la caution sans avoir pris la peine*

1120 D. LEGEAIS, « Champ d'application des dispositions du Code de la consommation », *RTD com.* 2012, n° 1, p. 177.

1121 Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630 : *Bull. civ.* IV, n° 2 ; *D.* 2012, p. 276, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2012, p. 178, obs. D. Legeais ; *Rev. sociétés* 2012, p. 286, obs. I. Riassetto.

1122 I. RIASSETTO, « Soumission du cautionnement du dirigeant au formalisme du Code de la consommation », *Rev. sociétés* 2012, n° 5, p. 286.

1123 S. PIEDELIEVRE, « La notion de créancier professionnel en matière de cautionnement », *D.* 2009, n° 32, p. 2198.

*d'exiger la mention manuscrite de prouver sa qualité de non-professionnel s'il souhaite "sauver" son cautionnement »*¹¹²⁴. Au regard de l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, il incombe effectivement à la caution qui se prétend libérée de prouver le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Lorsqu'une caution souhaite obtenir la nullité de son engagement sur le fondement de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, elle doit ainsi prouver que le cautionnement est nul parce que le créancier professionnel n'a pas respecté les conditions de forme prévues par cette disposition légale¹¹²⁵. En théorie, la charge de la preuve de la qualité de créancier professionnel incombe donc à la caution qui se prétend libérée de son obligation car cette démonstration est le « fait » ayant produit l'extinction de son obligation. Depuis que la Cour de cassation considère que le créancier professionnel est celui qui bénéficie d'un cautionnement en garantie de toutes les opérations qui naissent dans l'exercice de sa profession et pour lesquelles il espère bien, d'une manière ou d'une autre, en tirer parti pour l'une de ses activités professionnelles, la charge de la preuve de cette qualité apparaît cependant facilitée. En effet, plus la notion de « créancier professionnel » est étendue, plus la démonstration de cette qualité est facile à établir pour la caution. On peut dès lors se demander si la caution peut se contenter d'expliquer que la créance litigieuse est née dans l'exercice de la profession du créancier pour obtenir la nullité du cautionnement qui ne respecterait le formalisme Dutreil. Cette démonstration serait d'autant plus facile à faire qu'elle relève du principe même du cautionnement : la caution devrait simplement établir que le cautionnement est l'accessoire d'un contrat né dans l'exercice de la profession du créancier et dont ce dernier espère bien, d'une manière ou d'une autre, en tirer profit pour l'une de ses activités professionnelles. Lorsque la charge de la preuve est à ce point allégée, il est possible d'observer un renversement implicite de celle-ci. Il incomberait ainsi au créancier n'ayant pas pris la peine d'exiger la mention manuscrite de prouver sa qualité de non-professionnel pour éviter la nullité du cautionnement¹¹²⁶.

1124 I. RIASSETTO, *op. cit.*, p. 286.

1125 La caution n'est ainsi libérée qu'en démontrant l'irrégularité ou l'absence de mention manuscrite dans le contrat conclu avec un créancier professionnel tenu à ce formalisme. *A contrario*, lorsque la caution ne parvient pas à démontrer la qualité de professionnel du créancier, elle ne prouve pas le fait ayant produit l'extinction de son obligation et ne peut donc pas obtenir la nullité du cautionnement.

1126 I. RIASSETTO, *op. cit.*, p. 286. Dans de telles circonstances, il appartiendrait au créancier de démontrer que la créance litigieuse n'est pas née dans l'exercice de sa profession, ne se trouve pas en rapport direct avec l'une des activités professionnelles (Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 : *Bull. civ. I*, n° 173 : *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 25, note G. Raymond ; *RLDC* 2009/66, n° 3646, p. 24, obs. J.-J. Ansault ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2009, p. 44, obs. F. Jacob ; *D.* 2009, p. 2198, note S.

302. – L'objet social de la société créancière et la charge de la preuve.

Une lecture attentive des décisions rendues par les juridictions du fond permet d'affirmer que la charge de la preuve de la qualité de créancier professionnel incombe effectivement à la caution et que cette démonstration s'opère, en pratique, en tenant compte de l'activité exercée par la société créancière (autrement dit, son objet social). La cour d'appel de Lyon avait notamment considéré qu'une société civile immobilière (SCI) devait être considérée comme un créancier professionnel soumis au formalisme de l'article L. 341-2 du Code de la consommation « *dès lors que le créancier est, comme en atteste l'extrait Kbis de la SCI, un bailleur professionnel dont la créance de loyers et de réparation locative est en rapport direct avec son activité* »¹¹²⁷. Cette solution était parfaitement logique dans la mesure où une SCI a effectivement vocation à donner à bail ses biens immobiliers et que le cautionnement dont elle peut bénéficier en garantie du paiement des loyers est né dans « l'exercice de sa profession » et se trouve en rapport direct avec son activité. En s'appuyant uniquement sur l'objet social d'une société commerciale, cette même cour avait jugé le 12 janvier 2012¹¹²⁸ qu'une société bailleuse ayant pour objet la prise de participations, de droit ou d'intérêts dans toutes sociétés et plus généralement dans toutes opérations financières, industrielles, commerciales participant à la réalisation de cet objet devait être considérée comme un créancier professionnel au sens de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, cette société commerciale ayant pour objet la gestion de fonds et le cautionnement consenti par les dirigeants sociaux étant né dans l'exercice de sa profession. En statuant de la sorte, la cour d'appel de Lyon prenait cependant le risque de conférer systématiquement la qualité de créancier professionnel aux sociétés commerciales. C'était sans compter sur la position retenue par la cour d'appel de Paris le 14 février 2013, jugeant qu'une société commerciale qui consent un bail commercial n'est pas un créancier professionnel si la location n'entre pas directement dans son objet social¹¹²⁹.

Piedelièvre ; *RTD civ.* 2009, p. 758, note P. Crocq). Autrement dit, que le cautionnement n'est pas la contrepartie d'un contrat conclu dans l'exercice de l'une ou l'autre de ses activités ; ce qui se révèle être une très délicate démonstration, notamment lorsque le créancier est une personne morale puisque la forme de la société (et parfois même le seul objet social de celle-ci) permet d'établir cette qualité de professionnel

¹¹²⁷ Lyon, 24 févr. 2011, n° 09/05563.

¹¹²⁸ Lyon, 12 janv. 2012, n° 10/06977.

¹¹²⁹ Paris, 14 févr. 2013, n° 12/02595. En l'espèce, une SARL avait consenti un bail commercial sur une partie des locaux qu'elle n'utilisait plus suite à une baisse d'activité. Les statuts précisait que la SARL avait pour objet social « *l'activité d'entreprise générale de bâtiment et de marchand de biens* » et n'indiquaient pas que celle-ci avait pour objet, même accessoire, la location de biens immobiliers. Le gérant ayant consenti ce

Pour obtenir la nullité de son engagement, la caution dirigeante doit ainsi démontrer que la créance litigieuse est née dans l'exercice de la profession du créancier et se trouve en rapport direct avec l'une des activités professionnelles¹¹³⁰ énumérées dans les statuts¹¹³¹.

II – Un formalisme relatif aux cautionnements conclus par une caution personne physique

303. – L'absence de précision légale à propos de la caution personne physique. Selon l'article L. 341-2 du Code de la consommation, « toute personne physique » s'engageant, par acte sous seing privé, en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature d'une mention manuscrite. Ce texte ne précise cependant pas de quelle catégorie de cautions personnes physiques il est question.

Le fait que la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 ait été insérée dans le Code de la consommation pourrait laisser penser que les personnes physiques concernées sont restrictivement les consommateurs ou les contractants non-professionnels¹¹³². Dit autrement, « *les personnes qui ne passent pas un*

bail commercial uniquement au regard des pouvoirs conférés par les statuts, la cour d'appel de Paris avait estimé que les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation n'étaient pas applicables à ce cautionnement et que la SARL n'avait pas la qualité de créancier professionnel au regard de son objet social. Celle-ci n'ayant pas pour activité (même accessoire) la location de locaux commerciaux, elle ne pouvait pas être considérée comme un bailleur professionnel.

1130 Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 : *Bull. civ. I*, n° 173 : *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 25, note G. Raymond ; *RLDC* 2009/66, n° 3646, p. 24, obs. J.-J. Ansault ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2009, p. 44, obs. F. Jacob ; *D.* 2009, p. 2198, note S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 2009, p. 758, note P. Crocq.

1131 Il convient par ailleurs de préciser que les décisions susmentionnées participent visiblement à l'abandon de la restriction de la notion de « créancier professionnel » au seul « prêteur » dans la mesure où, même si la qualité de créancier professionnel restait discutable au regard de leur objet social, ces sociétés bailleuses ne pouvaient en aucun cas être considérées comme des prêteurs de fond.

1132 Ce critère de distinction est dégagé parfois par le législateur (C. consom., art. L. 121-22, 4° : ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-28 : les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession) ou plus fréquemment par la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227 : *Bull. civ. I*, n° 54 : « Les dispositions des articles L. 132-1 et L. 133-1 du Code de la consommation et l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant, tel que le contrat de fourniture d'énergie électrique haute tension à une entreprise d'imprimerie » – Cass. com., 23 nov. 1999, n° 96-21.869 : *Bull. civ. IV*, n° 210 : « Un contrat conclu entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles n'étant pas soumis aux dispositions du Code de la consommation, une cour d'appel peut relever que la clause d'irresponsabilité qui y est insérée ne revêt pas de caractère abusif sans être tenue de rechercher si elle ne procure pas au débiteur de l'obligation un avantage excessif ») afin de restreindre le domaine du

contrat dans un but professionnel ou qui contractent "sans rapport direct" avec leur profession »¹¹³³.

Dès lors, la question de l'application de l'article L. 341-2 du Code de la consommation au bénéfice des cautions dirigeantes s'est très vite posée : doit-on considérer qu'une caution dirigeante s'engage dans un but professionnel ou, au contraire, contracte sans rapport direct avec sa profession ? *A priori*, on peut estimer qu'un dirigeant qui cautionne les dettes de sa société contracte en raison de sa profession et en rapport direct avec celle-ci ; ce qui conduirait à l'écarter du dispositif instauré par la loi Dutreil. Certaines juridictions du fond – dont la cour d'appel de Montpellier – s'étaient d'ailleurs livrées à cette interprétation, estimant que le cautionnement donné par le dirigeant afin de garantir le paiement des dettes contractées par sa société ne relève pas de l'article L. 341-2 du Code de la consommation et que « *la caution ne peut se retrancher sans nuance derrière la loi du 1^{er} août 2003 qui la ferait apparaître comme un être irresponsable quelle que soit son activité, sa qualité et la nature de sa dette. Cette loi trouve toute ses nuances dans les cas d'espèces qui en sont rapprochés et la jurisprudence n'est en rien monochrome, parfaitement et depuis longtemps établie. Il serait inexact de considérer la caution comme un consommateur inexpérimenté et dépassé par ses engagements. En tant qu'associé unique et gérant de l'EURL débitrice, il connaît parfaitement la société et comprend le sens du cautionnement lorsqu'il s'engage. Il a un intérêt direct dans son entreprise qui est très directement sa chose et il sait qu'il bénéficiera de l'avantage (nécessaire pour lui) proposé par son fournisseur mais en contrepartie de sa garantie personnelle. Toute autre considération ne serait que la volonté de faire échapper la caution aux responsabilités auxquelles elle s'est engagée* »¹¹³⁴.

304. – La définition prétorienne de la « caution personne physique » visée par la loi Dutreil. Si convaincant soit-il, l'argumentaire développé par la cour d'appel de Montpellier fût cassé par la Cour de cassation qui préféra s'appuyer sur un raisonnement plus juridique : la loi du 1^{er} août 2003 n'opère aucune distinction selon la qualité des cautions personnes physiques, qu'elles

droit de la consommation. Il consiste à observer si l'activité professionnelle du contractant a un lien direct avec l'objet de la convention.

1133 R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PÉRUZZETTO, « La notion de consommateur », in *Lamy Droit Économique*, 2014, 4908.

1134 Montpellier, 7 sept. 2010, n° 10/00081.

soient dirigeantes de la société cautionnée ou non, elles doivent donc toutes automatiquement bénéficier du formalisme prévu à l'article L. 341-2 du Code de la consommation¹¹³⁵.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation affirma de façon catégorique le 10 janvier 2012 que « *toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie, doit, dès lors qu'elle s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel, faire précéder sa signature, à peine de nullité de son engagement, qu'il soit commercial ou civil, des mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation* »¹¹³⁶, n'opérant ainsi aucune distinction entre les différentes cautions personnes physiques.

Il en résulte que la caution dirigeante peut se fonder sur l'article L. 341-2 du Code de la consommation pour obtenir la nullité de son engagement lorsque celui-ci ne comprend pas sa signature et les mentions manuscrites prescrites par le dispositif Dutreil¹¹³⁷. Selon la Cour de cassation, l'article L. 341-2 du Code de la consommation doit donc s'appliquer indistinctement à toutes les cautions personnes physiques.

305. – Une définition jurisprudentielle moralement contestée par la doctrine. La solution retenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 janvier 2012 a cependant nourri de nombreuses contestations doctrinales. Le Professeur Dominique Legeais estimait notamment qu'en appliquant le même régime juridique à toutes les cautions personnes physiques, cette solution conduisait à faire échapper une caution expérimentée et consciente de ses engagements à ses responsabilités¹¹³⁸. Le professeur Stéphane Piedelièvre jugeait, quant à lui, que « *juridiquement, il aurait été préférable de dissocier la situation de la caution intégrée de celle de la caution non intégrée pour ne protéger que cette dernière* »¹¹³⁹. Selon

1135 Cette solution fondée sur l'adage : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* a notamment été adoptée par la cour d'appel d'Orléans (Orléans, 12 janv. 2012, n° 10/02319).

1136 Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630 : *Bull. civ. IV*, n° 2 ; *D.* 2012, p. 276, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2012, p. 178, obs. D. Legeais ; *Rev. sociétés* 2012, p. 286, obs. I. Riassetto.

1137 Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2012, n° 09-12.246 : *Bull. civ. I*, n° 53 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 421, obs. I. Riassetto : « *la mention manuscrite prévue par ce texte doit être inscrite par toute personne physique qui s'engage en qualité de caution par acte sous seing privé envers un créancier professionnel* ».

1138 D. LEGEAIS, « Champ d'application des dispositions du Code de la consommation », *RTD com.* 2012, n° 1, p. 177.

1139 S. PIEDELIÈVRE, « La notion de créancier professionnel en matière de cautionnement », *D.* 2009, n° 32, p. 2198.

ces auteurs, il n'est ni moralement acceptable, ni juridiquement souhaitable de faire entrer les cautions dirigeantes dans la catégorie des contractants pouvant obtenir la nullité de leurs engagements en se prévalant du non-respect d'un formalisme prescrit par la loi. Une telle solution conduirait à protéger des cautions qui ne le méritent pas et qui peuvent désormais se retrancher derrière des textes de loi initialement adoptés pour protéger les cautions profanes qui ne comprennent pas la portée de leurs engagements.

Selon ces observateurs, les cautions dirigeantes sont conscientes de la portée de leur cautionnement, de sorte que la mention manuscrite prescrite par l'article L. 341-2 du Code de la consommation est inutile à leur égard et son absence ou son irrégularité ne devrait pas conduire à une nullité de la sûreté. La loi Dutreil visait précisément à protéger des cautions ignorantes. Or, en étendant ce texte aux cautions personnes physiques expérimentées et conscientes, l'esprit de la loi du 1^{er} août 2003 en serait dénaturé.

Cependant, la doctrine avouait unanimement que la Cour de cassation ne pouvait pas se livrer à une autre interprétation de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, condamnant dès lors directement le législateur pour cet amalgame : à partir du moment où la loi ne distingue pas entre les différentes cautions personnes physiques, *« il appartient à la Cour de cassation d'en tirer les conséquences et de ne pas procéder à une réécriture des dispositions législatives et donc d'adopter une conception réaliste, même si celle-ci risque parfois de conduire à des solutions surprenantes. Il est possible qu'une même personne soit considérée comme une caution à protéger ou comme un créancier professionnel suivant qu'elle s'engage à consentir cette sûreté ou suivant qu'elle en bénéficie »*¹¹⁴⁰.

306. – Une définition de la « caution personne physique » participant à la construction d'un droit commun du cautionnement. En partant du postulat que les dispositions du Code de la consommation s'appliquent aux personnes qui ne concluent pas un contrat dans un but professionnel ou qui contractent sans rapport direct avec leur profession¹¹⁴¹ et en constatant que les cautions dirigeantes sont protégées par les articles L. 341-2 et suivants du Code de la consommation, force serait de reconnaître que le dirigeant est une caution qui ne s'engage pas dans un but professionnel ou qui contracte sans

¹¹⁴⁰ *Loc. cit.*

¹¹⁴¹ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PÉRUZZETTO, « La notion de consommateur », in *Lamy Droit Économique*, 2014, 4908.

rapport direct avec sa profession.

Pourtant, « *il est clair qu'un dirigeant de société qui contracte un engagement de caution en garantie des dettes sociales n'agit pas en consommateur, à savoir à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* »¹¹⁴². Il contracte manifestement en rapport direct avec sa profession et en raison de sa qualité de dirigeant de la société cautionnée. Que faut-il en conclure ? Dans un arrêt du 7 juin 2011, la cour d'appel de Bordeaux avait tenté de justifier l'application de l'article de L. 341-2 du Code de la consommation aux cautions dirigeantes en affirmant que l'exigence de la mention légale n'est pas réservée aux personnes ayant agi en qualité de consommateur ou de non-professionnel¹¹⁴³.

Le raisonnement est finalement très simple : la loi Dutreil s'applique à toutes les cautions personnes physiques – le texte ne distinguant pas – et n'est pas réservée aux consommateurs ou aux non-professionnels. Dès lors, quel était l'intérêt d'insérer ce dispositif dans le Code de la consommation s'il n'était pas uniquement destiné à protéger les consommateurs ou les non-professionnels contre des contractants professionnels ? À partir du moment où l'on affirme que les dispositions du Code de la consommation sont applicables aux cautions dirigeantes, sans pour autant admettre que ces dernières sont des consommateurs ou des contractants non-professionnels, force est de constater que « *les dispositions figurant dans le Code de la consommation constituent désormais le droit commun du cautionnement. Il est impératif qu'elles soient réintégrées au plus vite dans le Code civil dont il convient de rappeler que ses dispositions ont bien vocation à s'appliquer aussi bien aux consommateurs qu'aux professionnels. Cette évidence est bien souvent ignorée du législateur contemporain* »¹¹⁴⁴.

307. – Une définition de la « caution personne physique » participant à une nouvelle appréhension de la caution dirigeante. Il est effectivement possible de considérer que le législateur contemporain est ignorant et qu'il se méprend sur l'objet du Code de la consommation. Puisque le législateur a souhaité étendre le formalisme protecteur initié par la loi Dutreil à toutes les cautions personnes physiques, sans en écarter les cautions dirigeantes, il

1142 I. RIASSETTO, « Soumission du cautionnement du dirigeant au formalisme du Code de la consommation », *Rev. sociétés* 2012, n° 5, p. 286.

1143 Bordeaux, 7 juin 2011, n° 10/02945.

1144 D. LEGEAIS, « Cautionnement. Créancier professionnel », *RTD com.* 2009, n° 4, p. 796.

aurait dû insérer ce texte dans le Code civil qui s'applique indistinctement à toutes les cautions (consommateurs, non-professionnels et professionnels) et n'aurait pas dû commettre l'erreur de l'insérer dans un Code réservé à une catégorie spécifique de cautions dont ne font manifestement pas partie les cautions dirigeantes.

Cela étant, depuis l'entrée en vigueur du dispositif Dutreil, la jurisprudence a été contrainte de faire considérablement évoluer sa conception de la caution dirigeante, de sorte que la localisation de cette loi dans le Code de la consommation a peut-être bien influencé son interprétation¹¹⁴⁵. Sous l'empire du seul article 1326 du Code civil, la Cour de cassation faisait en sorte de ne pas appliquer certaines règles de preuve aux cautions dirigeantes, jugeant qu'elles ne méritaient pas cette protection. Cependant, depuis l'adoption de la loi Dutreil, la Cour de cassation n'est plus en mesure de distinguer entre les cautions personnes physiques et de stigmatiser les cautions dirigeantes.

Ainsi, au lieu de se concentrer sur la bévue du législateur, il convient de s'intéresser davantage à l'esprit de la réforme et de constater que celui-ci a peut-être avant tout manifesté une forte intention de faire bouger les lignes jurisprudentielles et de participer à la redéfinition de la caution dirigeante. En contraignant les juridictions à affirmer que « *la qualité de la caution, principalement lorsque celle-ci est dirigeant de la société débitrice principale est sans incidence* »¹¹⁴⁶ et en imposant l'application de l'article L. 341-2 du Code de la consommation à « *toutes les personnes physiques s'étant portées caution sans distinguer selon qu'elles agissaient dans le cadre de leur profession ou à titre privé ni qu'elles étaient profanes ou averties en matière de cautionnement* »¹¹⁴⁷, le législateur a en réalité soutenu que toutes les cautions personnes physiques, quelque soit leur qualité, devaient bénéficier du même formalisme et qu'il n'y avait plus lieu de distinguer entre les cautions ayant agi dans le cadre de leur profession ou à titre privé, entre les cautions profanes ou les cautions averties.

Le droit du cautionnement doit, depuis lors, être appréhendé sous un jour nouveau : la seule distinction que la jurisprudence peut désormais opérer entre les cautions sans méconnaître les textes de loi concerne celle entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales. À ce titre, la

1145 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 127, p. 98.

1146 Fort-de-France, 3 déc. 2010, n° 09/00494.

1147 Nîmes, 13 janv. 2011, n° 09/02159.

caution dirigeante doit désormais être considérée comme un *quidam* du droit de la cautionnement et doit bénéficier du même formalisme que les autres personnes physiques.

Section 2. L'implication du « formalisme informatif »¹¹⁴⁸ sur le cautionnement consenti par un dirigeant

308. – Plan. Depuis que le législateur du 1^{er} août 2003 a inséré une forme de solennité en droit du cautionnement, la distinction entre les cautionnements civils et les cautionnements commerciaux a perdu tout intérêt et les cautions dirigeantes bénéficient désormais des mêmes règles de forme que toutes les autres cautions personnes physiques, la loi Dutreil n'opérant pas de distinction entre elles.. Désormais, il n'est plus seulement question d'apprécier la validité du consentement de la caution ou de prouver le consentement exprès de celle-ci, les créanciers doivent veiller au respect des nouvelles exigences formelles prescrites à peine de nullité du contrat.

Lorsqu'on évoque le formalisme entourant le consentement d'une caution dirigeante, il convient de se concentrer sur les exigences édictées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de consommation, l'article 1326 du Code civil ne constituant qu'une simple règle *ad probationem*. « *La généralité des termes retenus par le législateur [dans les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de consommation] témoigne d'une volonté d'assurer une protection étendue de la caution, réputée être la partie faible. La doctrine souligne la volonté des auteurs de la réforme de protéger la caution, personne physique, quelle que soit sa qualité de professionnel ou de non-professionnel, et plus particulièrement les dirigeants de sociétés, contre les aléas de la vie économique (...) La réforme visait à renforcer la protection des cautions professionnelles souscrivant un cautionnement par acte sous seing privé afin de financer la création d'entreprise ou assurer la pérennité*

¹¹⁴⁸ Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

de l'entreprise, contre les éventuels abus des établissements de crédit. »¹¹⁴⁹

Il serait cependant prématuré d'affirmer que les cautions dirigeantes ne sont plus stigmatisées et qu'elles bénéficient sans restriction des mêmes règles de forme que les autres cautions personnes physiques sans examiner si la jurisprudence leur applique indistinctement le dispositif Dutreil (§1) et si celui-ci dispose, en pratique, d'une réelle force contraignante (§2).

§ 1 : L'application pratique du formalisme Dutreil aux cautions dirigeantes

309. – Plan. *« De contrat consensuel, le cautionnement devient un contrat formaliste. En effet, même si la question n'était pas véritablement controversée, la Cour de cassation a indiqué "qu'est nul l'engagement de caution, pris par acte sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel, qui ne comporte pas la mention manuscrite exigée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation". (...) Les mentions manuscrites du Code de la consommation sont bien devenues des conditions de formation du contrat de cautionnement »¹¹⁵⁰.*

Qu'il soit ou non conclu par une caution dirigeante, deux éléments doivent obligatoirement être contenus dans un contrat de cautionnement au regard de l'article L. 341-2 : une formule écrite de la main de la caution (II) immédiatement suivie par la signature de celle-ci (I).

Par ailleurs, lorsque le créancier souhaite bénéficier d'un cautionnement solidaire, il doit en sus faire rédiger à la caution dirigeante une seconde mention manuscrite formulée dans les termes suivants : *« En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... »¹¹⁵¹.*

I – Le formalisme relatif à la signature de la caution dirigeante

310. – Plan. La présence de la signature de la caution sur le contrat de cautionnement permet de répondre aux exigences de l'article 2292 du Code

1149 R. LALOST, N. RÉGIS, « Le formalisme en matière de cautionnement », *Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*, septembre 2012.

1150 S. PIEDELIÈVRE, « La notion de créancier professionnel en matière de cautionnement », *D.* 2009, n° 32, p. 2198.

1151 C. consom., art. L. 341-3.

civil selon lequel le cautionnement ne se présume point et doit être exprès.

Dans le cadre d'un cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes souscrites par sa société, le sujet de la signature de la caution fit l'objet de nombreuses controverses, principalement lorsque le contrat principal et le cautionnement sont établis sur un même imprimé et que ce dernier ne comprend qu'une seule signature, pouvant aussi bien être imputée au consentement de la société – si elle n'est pas accompagnée d'un signe distinctif appartenant à l'entreprise – (B) qu'au consentement de la caution (A).

A) La signature du dirigeant apposée en sa qualité de caution

311. – Plan. Le fait qu'une seule et unique personne physique (le dirigeant) puisse engager deux personnes juridiques distinctes (sa société et lui-même en qualité de caution) dans un même formulaire pose naturellement certaines difficultés pratiques.

Lorsqu'un imprimé comprend à la fois le contrat principal et le contrat de cautionnement, la présence d'une seule signature du dirigeant (sans autre signe distinctif) peut être source de confusion : le dirigeant a-t-il seulement engagé sa société pour le contrat principal ou s'est-il engagé en qualité de caution ? Avant l'adoption de la loi Dutreil, la jurisprudence appréciait avec beaucoup de souplesse la présence de cette unique signature (1°). Cependant, depuis l'adoption de la loi du 1^{er} août 2003, la question de la signature de la caution est devenue plus litigieuse et est désormais soumise à un rigoureux formalisme qui peut poser certaines difficultés lorsque le formulaire est ambigu et que la qualité des signataires n'est pas clairement identifiée (2°).

1°) La validité de la signature du dirigeant avant la loi Dutreil

312. – Une signature, deux consentements. Dans un arrêt inédit rendu le 11 juillet 1995¹¹⁵², la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait refusé de donner la qualification de « cautionnement » à une reconnaissance de dette ne comportant qu'une seule signature du dirigeant et ne contenant pas la mention manuscrite prescrite par l'article 1326 du Code civil. Cette décision anecdotique ne fut cependant jamais publiée au Bulletin et, à

¹¹⁵² Cass. com., 11 juill. 1995, n° 93-17.516, inédit : *JCP E* 1997, 631, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

l'époque où elle n'avait qu'à se soucier des exigences de l'article 1326 du Code civil, la Cour de cassation considérait généralement qu'une signature apposée sur un imprimé – comprenant à la fois le contrat principal et l'acte de cautionnement – emportait consentement de la société pour le contrat principal et consentement de la caution au titre de la sûreté¹¹⁵³. Dans une décision du 18 mai 1999¹¹⁵⁴, la Cour de cassation approuva ainsi les juges du fond qui avaient condamné solidairement une société et son dirigeant au paiement d'un protocole transactionnel ne comportant qu'une seule signature. Elle affirmait alors que « l'acte générateur de l'obligation » engageait à la fois la société en tant que débitrice principale et le dirigeant ès-qualités de caution.

La Chambre commerciale réitéra cette solution dans un arrêt du 23 mai 2000¹¹⁵⁵, affirmant à nouveau que la signature apposée par le dirigeant sur un acte emportait à la fois consentement de la société et consentement de la caution. Dans les faits, un dirigeant avait paraphé toutes les pages d'un acte de cession de bail conclu par sa société (dont la page stipulant qu'il se portait caution à titre personnel du paiement des loyers) et avait signé l'acte sans préciser en quelle qualité (mandataire social ou caution). Le gérant affirmait avoir uniquement consenti en qualité de représentant légal de la société et que sa signature n'exprimait que l'accord de la personne morale sur les clauses du contrat de cession du droit au bail. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, avaient estimé que l'acte était un commencement de preuve par écrit car la signature avait été donnée à la fois en qualité de représentant de la société et ès-qualités de caution et que cet *instrumentum* était complété par l'élément extrinsèque résultant de la seule qualité de

1153 Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-12.493 : *Bull. civ. IV*, n° 107 ; *RD bancaire et fin.* 2000, comm. 192, obs. D. Legeais ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 138, obs. Leveneur ; *D.* 2001, p. 690, obs. L. Aynès. Dans les faits, un dirigeant avait paraphé toutes les pages d'un acte de cession de bail conclu par sa société dont la page stipulant qu'il se portait caution à titre personnel du paiement des loyers et avait apposé une seule signature sur l'acte sans préciser en quelle qualité il s'engageait (dirigeant social ou caution). Les juges du fond avaient estimé que l'acte était un commencement de preuve par écrit car la signature avait été donnée à la fois en qualité de représentant de la société et ès-qualités de caution et que cet *instrumentum* était complété par l'élément extrinsèque résultant de la qualité de gérant. Le demandeur au pourvoi (le dirigeant) affirmait avoir signé uniquement en sa qualité de représentant de la société et que cette signature n'exprimait que l'accord de la société sur les clauses du contrat de cession de droit au bail. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, estimant, comme les juges du fond, que la preuve de l'acte de cautionnement était parfaite.

1154 Cass. com., 18 mai 1999, n° 96-13796 : *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *D. aff.* 1999, p. 1214 ; *RTD com.* 1999, p. 686, obs. C. Champaud et D. Danet ; *JCP* 1999, I 156, obs. Ph. Simler.

1155 Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-12.493 : *Bull. civ. IV*, n° 107 ; *RD bancaire et fin.* 2000, comm. 192, obs. D. Legeais ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 138, obs. Leveneur ; *D.* 2001, p. 690, obs. L. Aynès.

gérant¹¹⁵⁶.

313. – Une solution contestable au regard de l'article 2292 du Code civil.

Pour arriver à une telle solution, la Chambre commerciale de la Cour de cassation fit preuve d'une certaine gymnastique intellectuelle : l'acte de cession de bail ne présentait qu'une seule signature, il fallait dès lors se demander si cette signature était celle de la société représentée par son dirigeant ou celle du dirigeant qui s'engageait personnellement en tant que caution ? Les magistrats ne pouvaient pas choisir l'une ou l'autre des solutions sans commettre d'impair. S'ils estimaient que la signature était celle de la société, ils anéantissaient le contrat de cautionnement. S'ils considéraient que la signature était celle du dirigeant à titre personnel, ils réduisaient à néant le contrat initial (et accessoirement le cautionnement). La Cour de cassation fit alors le choix de considérer qu'une seule signature pouvait engager deux personnes juridiques distinctes. Cette position, très contestable au regard du caractère exprès du consentement imposé par l'article 2292 du Code civil¹¹⁵⁷, eut le double effet de valider le contrat initial (et par voie de conséquence la raison d'être du cautionnement qui est un contrat accessoire) tout en utilisant l'élément extrinsèque résultant de la qualité de gérant qui permettait de corroborer le commencement de preuve par écrit.

En se positionnant de la sorte, la Cour de cassation affirmait en réalité que le seul fait d'être dirigeant permettait non seulement d'échapper aux règles de preuve posées par l'article 1326 du Code civil mais il permettait aussi de déroger à l'article 2292 du Code civil imposant un consentement exprès de la caution.

Le Professeur Laurent Aynès critiquait à juste titre sur cette prise de position : *« en quoi cet élément établit-il qu'il s'est personnellement engagé en qualité de caution ? Il est, tout au plus, neutre. Dans les arrêts*

1156 La conclusion d'un contrat de cautionnement n'était auparavant soumis à aucun formalisme particulier. Les exigences de l'article 1326 du Code civil n'étant destinées qu'à s'assurer que le créancier ne modifierait pas le contrat après sa conclusion : *« Naguère, pour les contrats unilatéraux portant sur une somme d'argent ou une "chose appréciable", l'article 1326 ancien exigeait que le débiteur eût de sa main écrit, ou tout l'acte sous signature privée, ou la mention "Bon pour" suivie de la somme ou de la quantité en toutes lettres. La règle avait pour but d'empêcher la fraude d'aigrefins : comme il n'existait qu'un seul original remis au créancier, on pouvait craindre que celui-ci modifie le chiffre portée sur l'instrumentum ; l'écriture du débiteur est plus difficile à contrefaire »* (L. AYNÈS, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 572, p. 284).

1157 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 119, p. 78.

précédents, cet élément est jugé pertinent, non pas en lui-même, mais parce qu'il établit que la caution, ayant pris part au processus de naissance de la dette principale en qualité d'organe de la société, a eu connaissance de la nature et de l'étendue de celle-ci : inutile qu'elle le répète par une mention manuscrite. Dans notre espèce, la caution ne plaide pas l'insuffisance probatoire de l'instrumentum produit ; mais, plus radicalement, l'absence d'engagement. Ou bien alors, l'arrêt signifie que dès lors qu'il émane du gérant de la société, caution intéressée, le cautionnement peut être prouvé par tous moyens. La qualité de gérant, en elle-même, n'est pas alors un élément de preuve ; elle écarte la nécessité de prouver par un écrit préconstitué ; elle libère la preuve »¹¹⁵⁸.

2°) La validité de la signature du dirigeant depuis la réforme Dutreil

314. – Une signature suivant obligatoirement la mention manuscrite. Il est légitime de penser que depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, la problématique de la double signature était dénuée d'intérêt, les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation imposant désormais que la signature de la caution dirigeante soit précédée d'une mention manuscrite ne laissant place à aucun doute sur le caractère personnel et exprès de l'engagement de la caution. Il ne serait ainsi plus possible de déduire d'une unique signature apposée n'importe où sur un formulaire le consentement personnel et solidaire du dirigeant, quand bien même ce dernier serait à l'origine de l'acte principal¹¹⁵⁹. En effet, ce n'est plus la connaissance de l'engagement de la caution qui fait défaut mais une condition de validité du cautionnement imposée par la loi. En édictant un tel formalisme, y compris à l'égard des cautions dirigeantes, le législateur rappela l'importance de la forme en matière de cautionnement et qu'il ne suffisait pas de présumer le consentement d'une personne physique si la loi exigeait un consentement exprès. La Cour de cassation apprécie d'ailleurs avec beaucoup de rigueur la présence et la localisation de la signature du dirigeant (ès-qualités de caution) requise par les articles L. 341-2 et L. 341-3

1158 L. AYNÈS, « Commencement de preuve par écrit la qualité de gérant est un complément de preuve », *D.* 2001, n° 8, p. 690.

1159 Pour la position retenue avant l'entrée en vigueur de la loi Dutreil : Cass. com., 27 mars 2001, n°98-12.222, inédit. La caution dirigeante avait elle-même négocié et signé le contrat d'ouverture de crédit en sa qualité de représentant de la société. L'absence de signature en qualité de caution était complétée par l'élément extrinsèque tiré de sa qualité de gérant de la société débitrice.

du Code de la consommation.

Par un arrêt du 27 mars 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation prononça notamment la nullité d'un cautionnement qui comportait uniquement la mention manuscrite de l'article L. 341-2 mais qui était dépourvu de la signature de la caution¹¹⁶⁰. Dans deux décisions inédites du 22 janvier 2013, la Chambre commerciale avait été plus loin encore, affirmant que la présence de la signature de la caution avant la mention manuscrite contrevenait à l'exigence posée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation, selon laquelle l'engagement manuscrit doit précéder la signature¹¹⁶¹. À peine de nullité de l'acte de cautionnement, l'engagement manuscrit émanant de la caution doit ainsi obligatoirement précéder sa signature et en aucun cas la suivre.

Dans plusieurs arrêts publiés récemment au Bulletin, la Cour de cassation confirma que la signature de la caution apposée immédiatement sous les clauses pré-imprimées de l'acte (sans être réitérée après la mention manuscrite) entraîne la nullité du cautionnement pour non-respect du formalisme exigé par l'article L. 341-2 du Code de la consommation¹¹⁶².

315. – Une signature suivant obligatoirement les mentions manuscrites.

En l'état actuel de la jurisprudence, force est de constater que le sujet de la signature de la caution est une question très sensible que les tribunaux s'attèlent à apprécier strictement. Actuellement, ce n'est plus seulement la présence d'une signature expressément apposée en qualité de caution qui est examinée mais sa localisation sur l'acte de cautionnement. La signature de la caution doit ainsi obligatoirement suivre la mention écrite de sa main et, si tel n'est pas le cas, le cautionnement est frappé de nullité. Cette sanction, qui peut apparaître sévère lorsqu'on se place du côté des créanciers, présente l'avantage non négligeable de ne plus avoir à s'interroger sur l'intention de la caution dirigeante. À partir du moment où sa signature suit la mention manuscrite prescrite par l'article L. 341-2 du Code de la consommation, celle-ci est présumée avoir valablement et expressément consenti au cautionnement. *A contrario*, si la signature de la caution figure sur une autre

1160 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-24.698, inédit : *Contrats, conc., consom.* 2012, comm. 159, comm. G. Raymond.

1161 Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-22.831 et 11-25.887, inédits.

1162 Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-19.094 : *Bull. civ. I*, en cours de publication ; *JCP E* 2013, 1573, obs. D. Legeais – Cass. com., 17 sept. 2013, 12-13.577 : *Bull. civ. IV*, en cours de publication : Un acte de cautionnement est nul si les mentions que la caution personne physique doit reproduire de sa main figurent sous sa signature (au lieu de la précéder).

page du formulaire ou précède la mention manuscrite, l'engagement de caution est nul.

Une nuance doit cependant être apportée à cette rigueur sans faille : une seule signature de la caution apposée après les deux mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation suffit à sauver le cautionnement solidaire puisque selon la Cour de cassation, *« ne contrevient pas aux dispositions d'ordre public de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, l'acte de cautionnement solidaire qui, à la suite de la mention prescrite par ce texte, comporte celle prévue par l'article L. 341-3 du même code, suivie de la signature de la caution »*¹¹⁶³. À partir du moment où ces deux mentions manuscrites figurent à la suite l'une de l'autre et que l'ensemble du texte manuscrit est immédiatement suivi de la signature de la caution, l'article L. 341-2 n'exige pas que la mention manuscrite précède immédiatement la signature de la caution¹¹⁶⁴.

Cependant, la problématique de la double signature du dirigeant n'a pas été complètement éradiquée par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 et certaines confusions demeurent lorsque le dirigeant n'a apposé qu'une seule signature (ès-qualités de caution) sur un formulaire comprenant également le contrat principal.

B) La signature du dirigeant apposée en sa qualité de représentant légal de la société cautionnée

316. – L'absence de signature du dirigeant en qualité de représentant de la société. Le fait que les exigences des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation soient satisfaites par la présence d'une signature apposée après la mention manuscrite ou immédiatement après la mention solidaire n'empêche pas de s'interroger sur la validité de l'engagement du dirigeant en sa qualité de représentant de la société. En effet, lorsqu'un unique imprimé – comprenant à la fois le contrat principal et le contrat de cautionnement – ne contient qu'une signature du dirigeant, il est tout autant

¹¹⁶³ Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23.623 : *Bull. civ. IV*, n° 184 – Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-24.460, inédit – Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-25.887, inédit : *« Ne contrevient pas aux dispositions d'ordre public de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, l'acte de cautionnement solidaire qui, à la suite de la mention prescrite par ce texte, comporte celle prévue par l'article L. 341-3 du même Code, suivie de la signature de la caution »*.

¹¹⁶⁴ Un acte de cautionnement solidaire comprenant dans l'ordre la mention prescrite par l'article L. 341-2, la mention prescrite par l'article L. 341-3 et la signature de la caution est ainsi valable au regard des exigences formelles instaurées par le dispositif Dutreil.

discutable de considérer que cette seule signature prouve le consentement de deux personnes juridiques distinctes, de sorte qu'il serait toujours possible de contester la validité du contrat principal et, *a fortiori*, la validité du contrat de cautionnement qui n'existe qu'à titre accessoire.

Que penser d'un acte sous seing privé qui respecterait la mention manuscrite imposée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation ainsi que la signature de la caution après cette mention sans contenir une seconde signature du dirigeant *ès-qualités* de représentant légal de la société ? Il est désormais acquis qu'une seule signature ne permet plus d'engager personnellement le dirigeant, l'actuelle problématique serait donc de savoir si la signature régulièrement apposée par la caution dirigeante peut traduire le consentement de la société au contrat principal¹¹⁶⁵?

La caution n'est certes pas en mesure d'opposer elle-même les exceptions purement personnelles au débiteur principal depuis un arrêt rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 8 juin 2007¹¹⁶⁶. Cependant, en présence d'une caution dirigeante, cette règle ne constitue pas un garde-fou dans la mesure où le dirigeant est à la fois le représentant légal du débiteur principal et la caution.

Contrairement au contrat de cautionnement qui doit respecter un certain formalisme *ad validitatem*, l'échange des consentements dans le contrat principal résulte en principe seulement des signatures des parties qui s'obligent. Sauf exceptions légales, aucune autre manifestation de volonté n'est exigée, la signature du dirigeant en qualité de représentant légal suffit à

¹¹⁶⁵ Pour répondre à cette interrogation, prenons l'exemple d'un contrat de fourniture de marchandises dans lequel un fournisseur accepte d'accorder des délais de paiement (lors de l'ouverture du compte) à une société cliente en contrepartie d'un cautionnement du dirigeant. Un même acte sous seing privé comprendrait à la fois le contrat de fourniture et le contrat de cautionnement. Le dirigeant s'engage régulièrement en sa qualité de caution en apposant sa signature après la mention manuscrite requise mais il ne signe pas une deuxième fois le document en sa qualité de représentant légal de la société. Le contrat principal est-il valablement formé par l'échange des consentements et, si l'on considère que le contrat n'est pas valablement formé parce que le consentement de la société fait défaut, quelles sont les conséquences de cette nullité sur le contrat de cautionnement ? Cette question n'est pas innocente car cette lacune permettrait de se prévaloir de la nullité du contrat principal en affirmant qu'il « *résulte de l'article 1322 du Code civil, qu'en dehors des exceptions prévues par la loi, l'acte sous seing privé n'est soumis à aucune autre condition de forme que la signature de ceux qui s'obligent* » (Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, n° 91-12.115 : *Bull. civ. I*, n° 39 ; *JCP* 1994, II 22195, note Ph. Pétel et B. Teyssié ; *JCP N* 1993, II 256, note L. Leveneur ; *Defrénois* 1993, p. 730, obs. J.-L. Aubert – Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 04-13.512 : *Bull. civ. I*, n° 93, p. 87 ; *RTD civ.* 2006, p. 768, obs. J. Mestre et B. Fages) afin de priver le cautionnement de ses effets sur le fondement de l'article 2289 du Code civil (disposant que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable).

¹¹⁶⁶ Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602 : *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *D.* 2007, p. 2201, note D. Houtcieff ; *JCP G* 2007, II 10138, note Ph. Simler ; *JCP E* 2007, 1861, note S. Piedelièvre ; *Dr. et patr.* 2007, n° 162, p. 85, obs. Ph. Stoffel-Munck.

manifester positivement l'acceptation de la société. *A contrario*, l'absence de signature de la personne qui s'oblige (la société) enlèverait donc toute force probante au contrat principal et ne prouverait pas l'engagement de la société¹¹⁶⁷. La nullité du contrat principal fondée sur l'absence de consentement de la société priverait alors corrélativement d'effet l'acte de cautionnement.

317. – Une absence de signature sauvée par l'acceptation tacite ou silencieuse de la société. Il faut immédiatement préciser que l'absence de signature du dirigeant ès-qualités de représentant légal de la société cautionnée ne permet peut-être pas de prouver l'acceptation expresse du débiteur principal mais elle n'empêche pour autant pas de prouver son consentement par d'autres moyens.

En effet, contrairement au consentement de la caution qui doit être exprès, le consentement du débiteur principal répond aux exigences de droit commun qui admettent une acceptation tacite, voire même un silence circonstancié, de la partie qui s'engage. Même en l'absence de signature du dirigeant en sa qualité de représentant de la société cautionnée, il est ainsi possible de prouver le consentement de celle-ci grâce à son attitude ou même à son silence.

Selon le Doyen Carbonnier, « *la volonté tacite se matérialise dans une attitude, tandis que le silence n'a aucune extériorité* »¹¹⁶⁸. L'acceptation tacite se manifesterait donc par l'accomplissement d'actes démontrant la volonté du débiteur principal de contracter¹¹⁶⁹. « *L'exécution du contrat en connaissance de cause* »¹¹⁷⁰, sous quelque forme que ce soit, impliquerait donc nécessairement l'acceptation de la partie qui s'exécute. La société n'aurait certes pas exprimé son consentement à travers la signature de son représentant mais, en exécutant le contrat dans les termes convenus, elle manifesterait son acceptation et pallierait l'absence de signature dans l'acte.

Lorsque la signature du dirigeant en tant que représentant de la société fait défaut et que le comportement de la société ne traduit pas une acceptation

1167 Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 1996, n° 94-14.943 : *Bull. civ. I*, n° 281 : « *À défaut de la signature de M. X..., l'acte sous seing privé ne faisait pas la preuve de son engagement* ».

1168 J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^e éd. Refondue, coll. Thémis droit privé, Paris, PUF, 2000, n° 32, p. 83.

1169 Pour reprendre l'exemple du contrat de fourniture de marchandises, cette volonté pourrait se traduire par la réception et/ou l'utilisation des marchandises (objet du contrat), par la signature des bons de livraison et même pourquoi pas par un paiement partiel.

1170 Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1991, n° 90-11.485 : *Bull. civ. I*, n° 205.

tacite¹¹⁷¹, est-il néanmoins possible de déduire le consentement du débiteur principal des seules circonstances de conclusion du contrat ? La jurisprudence n'écarte pas le silence comme preuve du consentement des parties pourvu qu'il soit « *éloquent* »¹¹⁷² et admet que le silence vaut acceptation « *lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* »¹¹⁷³. Concernant l'acte sous seing privé qui comprendrait à la fois le contrat principal qui n'a pas été régulièrement ratifié par le dirigeant au nom de sa société et le cautionnement légalement conclu par ce même dirigeant en son nom personnel, il serait aberrant d'affirmer que les circonstances ne permettent pas de donner au silence la signification d'une acceptation de la société. En effet, quel est l'intérêt pour une société de demander à son dirigeant de se porter caution pour un contrat qu'elle ne souhaite pas conclure ? Inversement, quel est l'intérêt pour un dirigeant de cautionner sa société pour un contrat qui n'engagerait pas cette dernière ou qu'il refuserait de signer pour sa société ? Manifestement, le cautionnement n'a vocation à exister que parce que la société – et, à travers elle, le dirigeant – souhaite que le contrat principal produise ses effets, sans quoi la cause de l'engagement ferait défaut et n'aurait même aucun sens.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi « Dutreil », le raisonnement se serait donc inversé : il suffirait auparavant de dire que le signataire du contrat principal était le dirigeant d'une société valablement engagée pour parfaire la preuve du consentement de la caution, il suffira désormais de dire que le dirigeant a valablement cautionné les dettes de la société pour parfaire la preuve du consentement du débiteur principal.

II – Le formalisme relatif aux mentions écrites de la main de la caution dirigeante

318. – L'objet des mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. « *Ce souci de forme a surtout pour objet de s'assurer que la caution a eu une conscience claire et avisée de*

1171 Hypothèse dans laquelle la société débitrice n'aurait par exemple pas réceptionné les marchandises (objet du contrat) ou bien ne respecterait pas les modalités du contrat, n'exécutant donc pas le « *contrat en connaissance de cause* ».

1172 Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1988, n° 86-12.849 : *Bull. civ. I*, n° 8, *RTD civ.* 1988, p. 520, obs. J. Mestre.

1173 Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188 : *Bull. civ. I*, n° 223 ; *D.* 2006, p. 1025, note A. Bensamoun ; *JCP G* 2005, I 1994, obs. C. Pérès-Dourdou ; *RTD civ.* 2005, p. 588, obs. J. Mestre et B. Fages.

l'engagement qu'elle souscrivait, ce qui oblige, dans la pratique, à la rédaction d'un écrit dans des termes clairs ne contenant aucune ambiguïté sur la nature et l'étendue de l'engagement souscrit, car la caution ne peut être engagée faute de preuve de l'existence de son consentement »¹¹⁷⁴. Afin d'éclairer le consentement des cautions, y compris des cautions dirigeantes, l'acte de cautionnement doit contenir l'identité de la personne cautionnée, le montant du principal et des accessoires garantis ainsi que la durée de l'engagement de la caution.

La rédaction de la mention prescrite par l'article L. 341-2 du Code de la consommation a également pour mission de rappeler à la caution le caractère accessoire et personnel de son engagement : cette dernière s'engage à rembourser les sommes dues au prêteur sur ses biens et ses revenus personnels si sa société n'y satisfait pas elle-même¹¹⁷⁵. Si le dirigeant s'engage solidairement, le cautionnement doit en sus contenir – dans une seconde mention manuscrite – la renonciation expresse de la caution au bénéfice de discussion en vertu de l'article L. 341-3 de ce même Code. La caution dirigeante doit donc expressément renoncer au droit de payer le créancier à titre subsidiaire après que le débiteur principal ait été préalablement poursuivi en paiement. Le cautionnement n'est ainsi solidaire que si la caution renonce par écrit au bénéfice de discussion au profit de sa société¹¹⁷⁶.

Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, si ces mentions manuscrites ne sont pas intégralement recopiées de la main de la caution¹¹⁷⁷

1174 J. COLBEAUX, « Forme du cautionnement », in *Lamy Droit du Dirigeant d'Entreprise*, 2013, 330-31.

1175 En vertu de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, une caution dirigeante qui s'engage envers un créancier professionnel doit, à peine nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « *En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* ». Le créancier doit ainsi veiller à ce que toutes les mentions imposées par ce texte soient effectivement écrites de la main de la caution. Cette dernière doit, à cet effet, décliner l'identité de sa société (« *En me portant caution de la société X...* »), le montant maximum du principal, des intérêts, des pénalités ou intérêts de retard cautionnés (« *dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard* »), la durée de son engagement ès-qualités de caution (« *pour la durée de ...* ») et doit également spécifier qu'il remboursera sur ses revenus et biens personnels les dettes de sa société si celle-ci se retrouve dans l'impossibilité de les payer elle-même.

1176 Conformément à l'article L. 341-3 du Code de la consommation, le créancier professionnel qui exige un cautionnement solidaire du dirigeant doit, à peine de nullité de l'engagement, faire rédiger à ce dernier une seconde mention manuscrite dans les termes suivants : « *En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X...* ».

1177 Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-27.814, inédit : Lorsque les mentions manuscrites

et ne sont pas exactement conformes aux prescriptions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, l'acte de cautionnement est entaché de nullité¹¹⁷⁸ ou ne revêt pas un caractère solidaire. Cependant, contrairement à l'article L. 341-2 du Code de la consommation, l'article L. 341-3 de ce même Code (relatif à la solidarité) ne précise que pas que la mention écrite par la caution doive obligatoirement être celle édictée par le texte, laissant ainsi peut-être place à davantage de souplesse rédactionnelle.

319. – Les modifications admises par la jurisprudence. « *Un tel formalisme tatillon pourrait avoir les conséquences les plus ubuesques si la Cour de cassation n'essayait pas d'y remédier en s'affranchissant, quand elle le peut, des entraves posées par les textes* »¹¹⁷⁹. À cet égard, la Cour de cassation tente de nuancer le nouveau formalisme imposé par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation en considérant que de légères modifications apportées au(x) texte(x) devant être reproduit(s) par la caution n'affectent pas automatiquement la validité du cautionnement. La Cour de cassation considère notamment que la substitution du terme « banque » à celui de « prêteur » ou « créancier » ne doit pas affecter la validité du cautionnement¹¹⁸⁰. Il en va de même s'agissant de l'omission de la conjonction de coordination « et » entre la formule définissant le montant et la teneur de l'engagement et la formule relative à la durée de celui-ci ou encore la substitution de la formule « *En me portant caution de...* » par l'expression « *Je soussigné M... déclare me porter caution de...* »¹¹⁸¹. De même, la Cour de cassation considère que ni l'omission d'un point, ni la substitution d'une virgule à un point entre la formule caractérisant l'engagement de caution et celle relative à la solidarité, ni l'apposition d'une minuscule au lieu d'une majuscule au début de la seconde de ces formules, n'affectent la portée des mentions manuscrites¹¹⁸². L'inadéquation de la formule légale avec la mention effectivement écrite par la caution n'affecte

prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation sont rédigées par la secrétaire de la caution, le cautionnement doit être annulé même si la signature de la caution n'est pas contestée.

1178 Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358 : *Bull. civ. IV*, n° 55 ; *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 89, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2011, 770 ; *Gaz. Pal.* 24-25 juin 2011, n° 176, p. 26, note P. Pailler ; *Gaz. Pal.* 4-5 mai 2011, n° 125, p. 13, note A. Denizot ; *Deffrénois* 2012, p. 235, obs. S. Cabrillac ; *D.* 2011, p. 1132, obs. V. Avena-Robardet.

1179 P. CROCQ, « Droit des sûretés avril 2011- avril 2012 », *D.* 2012, n° 24, p. 1573.

1180 Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 12-18.544 : *Bull. civ. I*, n° 74 ; *JCP E* 2013, 1268, obs. D. Legeais.

1181 Paris, 3 juin 2010, n° 08/06161 : *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 16, obs. D. Legeais.

1182 Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-19.094 : *Bull. civ. I*, publication en cours ; *JCP E* 2013, 1573, obs. D. Legeais.

donc pas obligatoirement la validité de l'engagement. De légères modifications peuvent ainsi être apportées, sans qu'il n'y ait aucune conséquence pour la validité de l'engagement.

La rédaction de l'article L. 341-3 du Code de la consommation étant emprunte de moins de rigueur, la jurisprudence est en mesure d'admettre davantage de modifications à cette formule légale : l'ajout de mots (comme celui de « personnel » à celui de « solidaire »¹¹⁸³) ou encore le remplacement de mots par d'autres¹¹⁸⁴ sont généralement sans incidence sur la validité du contrat.

Si les mentions manuscrites prescrites par le dispositif Dutreil doivent obligatoirement figurer dans les cautionnements consentis par des personnes physiques, la jurisprudence tente, chaque fois qu'elle le peut, d'apprécier avec souplesse les modifications qui sont apportées à ces mentions lors de la rédaction manuscrite. Cependant, à vouloir « *se démarquer d'une lecture trop stricte des articles du Code de la consommation* »¹¹⁸⁵, la Cour de cassation ne risque-t-elle pas de devenir trop permissive et d'admettre des modifications substantielles sur la portée et la nature de l'engagement souscrit ?

§ 2 : Les limites au « formalisme informatif »¹¹⁸⁶ instauré par la loi Dutreil

320. – Plan. Suite à l'adoption de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, « *Laurent Aynès et Philippe Dupichot formulaient le souhait que la Cour de cassation prévienne par une approche téléologique, un nouveau déferlement de contentieux élevé par les cautions de mauvaise foi : le triste épisode des années 1980 ne saurait se répéter cycliquement sans attenter gravement un crédit déjà fragilisé par la crise. La Cour de cassation a entendu le*

1183 Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 12-18.544 : *Bull. civ. I*, n° 74 ; *JCP E* 2013, 1268, obs. D. Legeais.

1184 D. LEGEAIS, « Validité d'une mention manuscrite d'un cautionnement solidaire substituant le terme "banque" à ceux de "prêteur" et de "créancier" », *JCP E* 2013, 1268.

1185 J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Précisions à propos des mentions manuscrites requises en matière de cautionnement », *JCP G* 2013, 1074.

1186 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

message, passant d'une interprétation littérale à une interprétation téléologique des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation »¹¹⁸⁷. La jurisprudence ne peut évidemment pas lutter contre l'insertion d'un certain formalisme dans le contrat de cautionnement. Le juge n'étant que la bouche de la loi, il est tenu d'appliquer les règles formelles telles qu'elle sont instituées par la loi du 1^{er} août 2003 et d'appliquer ces exigences formelles à toutes les cautions personnes physiques (y compris aux cautions dirigeantes).

En revanche, l'interprétation à laquelle se livre la Cour de cassation démontre clairement sa volonté d'assouplir les nouvelles règles de forme inhérentes au contrat de cautionnement. Au risque d'être accusée de se livrer à une interprétation *contra legem*, la Cour de cassation n'hésite pas à détricoter les exigences formelles du contrat de cautionnement dans le seul but de sécuriser les relations contractuelles¹¹⁸⁸ et d'éviter une vague de contentieux émanant de cautions de mauvaise foi. Agissant avec les seuls outils dont elle dispose, à savoir le pouvoir d'apprécier l'importance des modifications apportées aux exigences légales (I) et de définir la nature et l'étendue des sanctions en cas de non-respect du dispositif Dutreil (II), la Cour de cassation porte sérieusement atteinte au principe selon lequel le cautionnement serait devenu un contrat formel.

Cependant, ces limites jurisprudentielles apparaissent bien insignifiantes à côté du désaveu opéré par le législateur lui-même lorsqu'il autorisa certains contractants – principalement les cautions dirigeantes – à conclure un contrat de cautionnement par voie électronique, au mépris des règles formelles prévues par les articles L. 341-2 et 341-3 du Code de la consommation (III).

I – Un formalisme limité par une interprétation téléologique des textes

321. – De l'erreur purement matérielle à l'erreur affectant le sens et la portée de l'engagement. « Un tel formalisme tatillon pourrait avoir les

1187 D. LEGAIS, « Validité d'une mention manuscrite d'un cautionnement solidaire substituant le terme "banque" à ceux de "prêteur" et de "créancier" », *JCP E* 2013, 1268.

1188 Le législateur du 1^{er} août 2003 inséra un « *formalisme informatif* » afin de sécuriser le contrat de cautionnement. Il souhaitait à la fois responsabiliser la caution et protéger les intérêts du créancier (M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université, Paris, Sirey, 2014, n° 391-18, p. 127). Pour réaliser cet objectif et maintenir une certaine sécurité juridique en droit du cautionnement, la Cour de cassation n'hésite pas, en pratique, à moduler les exigences du dispositif Dutreil.

conséquences les plus ubuesques si la Cour de cassation n'essayait pas d'y remédier en s'affranchissant, quand elle le peut, des entraves posées par les textes (...) Encore faut-il, toutefois, pour cela, que l'erreur soit vraiment infime ou "purement matérielle" car, à défaut, l'emploi d'une autre formule manuscrite que celle prévue par le législateur, fût-elle très proche de cette dernière, expose le cautionnement à la nullité »¹¹⁸⁹.

À l'origine, la Cour de cassation annulait les contrats de cautionnement qui ne respectaient pas strictement les exigences formelles du dispositif Dutreil et n'admettait leur maintien que si les modifications apportées aux mentions manuscrites s'apparentaient à des erreurs purement matérielles¹¹⁹⁰. Depuis quelques années, la Cour de cassation semble cependant s'affranchir de cette exigence d'erreur purement matérielle, préférant désormais observer si la modification de la mention manuscrite n'affecte pas le sens ou la portée du contrat de cautionnement¹¹⁹¹ et n'a pas rendu plus difficile la compréhension de la caution¹¹⁹². Ainsi, le cautionnement ne serait plus annulé parce que les mentions manuscrites ne sont pas conformes aux prescriptions légales mais parce que la compréhension de la caution a été altérée par ces modifications¹¹⁹³.

« Sans le dire, la Cour de cassation passe progressivement de l'interprétation littérale du texte à une interprétation téléologique. Il semble loin l'arrêt qui énonçait que seule une erreur purement matérielle pouvait permettre d'échapper à la sanction de la nullité prévue par le texte. Au cas par cas, la Cour de cassation va dire quelle a été l'incidence de l'omission ou de l'ajout de la formule. La modification par rapport à la figure imposée par le législateur altère-t-elle le sens et la portée de la mention ? Or, dans cette démarche, force est d'admettre que la plupart des omissions et ajouts seront sans conséquences. La Cour arrive cependant à une interprétation contra legem des articles L. 341-2 et L. 341-3 qui ouvre la voie à un contentieux infini. D'une part, les rédacteurs de contrat ne sont plus astreints à la même vigilance dans la mesure où la sanction n'est plus automatique. D'autre part, alors même que le contrat ne respecte pas les

¹¹⁸⁹ P. CROCQ, « Droit des sûretés avril 2011- avril 2012 », *D.* 2012, n° 24, p. 1573.

¹¹⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, n° 02-17.028 : *Bull. civ. I*, n° 254, p. 212 ; *JCP E* 2005, n° 180.

¹¹⁹¹ Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358 : *Bull. civ. IV*, n° 55 ; *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 89, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2011, 770 ; *Gaz. Pal.* 24-25 juin 2011, n° 176, p. 26, note P. Pailler ; *Gaz. Pal.* 4-5 mai 2011, n° 125, p. 13, note A. Denizot ; *Deffrénois* 2012, p. 235, obs. S. Cabrillac ; *D.* 2011, p. 1132, obs. V. Avena-Robardet.

¹¹⁹² Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23.623 : *Bull. civ. IV*, n° 184 ; *JCP E* 2012, 1704.

¹¹⁹³ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 12-18.544 : *Bull. civ. I*, n° 74 ; *JCP E* 2013, 1268, obs. D. Legeais.

exigences légales, il est permis de plaider pour sauver le cautionnement (...). Par un mouvement inverse de celui constaté dans les années 1980, nous allons ainsi assister au même résultat. Dans les années 1980, par un interprétation contra legem, la Cour de cassation avait ajouté des exigences transformant des règles de preuve en règles de validité, avant de revenir au point de départ en soumettant le cautionnement au droit commun de la preuve pour mettre fin à un contentieux sans fin. Aujourd'hui, le législateur ayant imposé un formalisme à titre de validité, la Cour détricote progressivement le texte, en admettant de plus en plus de tempéraments de nature à sauver le cautionnement. Il est dommage qu'une telle incertitude soit distillée dans le droit du cautionnement. Il n'incombe pas à la Cour de cassation de reformuler un texte même s'il est contestable, ce qui est le cas. »¹¹⁹⁴

322. – De l'erreur affectant le sens ou la portée de l'engagement à l'erreur causant un grief à la caution. *« Si la jurisprudence de la Cour s'inscrit dans un mouvement d'exclusion de la nullité de l'acte pour cause d'erreur matérielle lorsque celle-ci n'affecte ni le sens ni la portée de la mention manuscrite, se pose cependant la question de la limite entre ce qui affecte ou non le sens et la portée de la mention. Quelle serait l'étendue du contrôle de la Cour de cassation ? Cela ne conduirait-il pas en définitive à revenir à la recherche d'un grief ? »¹¹⁹⁵*

Le formalisme prescrit par l'article L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation est en principe une condition de validité du contrat de cautionnement dont le non-respect est sanctionné *per se* par la nullité du contrat, sans que la caution n'ait à démontrer l'existence d'un préjudice subi du fait de l'irrégularité formelle de l'acte de cautionnement¹¹⁹⁶.

Cependant, en acceptant de sauver un cautionnement contenant une mention

1194 D. LEGAIS, « Validité d'une mention manuscrite d'un cautionnement solidaire substituant le terme "banque" à ceux de "prêteur" et de "créancier" », *JCP E* 2013, 1268.

1195 R. LALOST, N. RÉGIS, « Le formalisme en matière de cautionnement », *Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*, septembre 2012.

1196 Exactement de la même façon que pour les formalités édictées par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989, prescrites à peine de nullité du cautionnement d'un bail d'habitation (Cass. 3^e civ., 8 mars 2006, n° 05-11.042 : *Bull. civ.* III, n° 59), l'omission ou l'irrégularité des mentions manuscrites devrait entraîner la nullité du cautionnement sans qu'il ne soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief du fait de cette irrégularité formelle. Dans un arrêt publié en date du 5 avril 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation (après avis de la première Chambre civile) affirmait que la nullité d'un engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel est encourue du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation (Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358 : *Bull. civ.* IV, n° 55).

manuscrite différente des prescriptions légales à partir du moment où la modification n'affecte pas le sens ou la portée de l'engagement¹¹⁹⁷, la jurisprudence reconnaît implicitement que seules les modifications portant préjudice aux cautions sont susceptibles d'entraîner la nullité du contrat. En effet, si la Cour de cassation accepte d'anéantir le cautionnement uniquement lorsque la modification de la mention manuscrite a affecté le sens ou la portée de l'engagement, autrement dit, lorsque la modification a altéré la compréhension de la caution en ce qui concerne l'étendue du cautionnement, cela revient à dire que la caution doit démontrer que l'irrégularité formelle lui a causé un grief.

La nullité du contrat serait alors seulement encourue lorsque la caution a perdu la chance de connaître la portée réelle de son engagement à cause d'une mention manuscrite qui ne correspondait pas aux exigences légales. La Cour de cassation se réserve ainsi le droit d'apprécier au cas par cas l'importance de la modification apportées aux mentions manuscrites et d'en déduire les conséquences sur le consentement de la caution. En témoigne une décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 1^{er} octobre 2013¹¹⁹⁸. En jugeant que l'omission des termes « *mes biens* » en sus des termes « *mes revenus* » n'entraînait pas la nullité d'un cautionnement – en ce qu'il ne causait pas un grief à la caution – mais réduisait simplement le droit de gage du créancier aux seuls revenus de la caution, la Cour de cassation viola manifestement le texte de loi : « *l'esprit du texte est respecté, mais pas sa lettre* »¹¹⁹⁹. Par ailleurs, si de telles modifications restent

1197 Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-19.094 : *Bull. civ. I*, en cours de publication ; *JCP E* 2013, 1573, obs. D. Legeais.

1198 Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278 : *Bull. civ. IV*, en cours de publication ; *D.* 2013, p. 2332, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP E* 2013, 1624, note D. Legeais ; *RTD com.* 2013, p. 791, note D. Legeais ; *JCP G* 2013, 1074, obs. J. Lasserre-Capdeville ; *Gaz. Pal.* 4-5 déc. 2013, n° 339, p. 13, obs. M.-P. Dumont-Lefrand. « *En l'espèce, la mention réalisée par la caution garantissant un prêt indiquait "sur mes revenus" et non "sur mes biens et revenus" (on notera au passage l'imperfection de la formule légale puisque les revenus sont naturellement des biens...). Les juges du fond, ayant considéré que "la divergence constatée n'affectait pas la portée et la nature de l'engagement souscrit", ont rejeté la demande en nullité de ladite caution, qui avait argué de la non-conformité de sa mention aux dispositions de l'article L. 341-2 ; celle-ci se pourvut en cassation. Et la Chambre commerciale de déclarer que "l'arrêt retient que la mention manuscrite apposée sur l'engagement reflète la parfaite information dont avait bénéficié la caution quant à la nature et la portée de son engagement ; que par ces seuls motifs dont il résultait que l'omission des termes 'mes biens' n'avait pour conséquence que de limiter le gage de la banque aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision". La solution ainsi adoptée nous semble doublement critiquable : d'une part, elle s'affranchit de la lettre de l'article L. 341-2 du Code de la consommation et, d'autre part, elle s'affranchit de la nature du cautionnement. » (J.-D. PELLIER, « Cautionnement et droit de gage général », *JCP G* 2014, 207)*

1199 M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La saga des mentions manuscrites des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », *Gaz. Pal.* 4-5 déc. 2013, n° 339, p. 13.

conformes à l'esprit du texte et respectent le formalisme imposé par le législateur à l'égard des cautions personnes physiques, il ne faut pas éluder leurs conséquences pratiques, notamment en ce qui concerne l'appréciation de la disproportion du cautionnement¹²⁰⁰.

II – Un formalisme limité par la nature et l'étendue des sanctions légales

323. – La nature de la sanction prévue par l'article L. 341-3 du Code de la consommation. L'interprétation des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation – jugée *contra legem* par la doctrine, notamment par le Professeur Dominique Legeais – s'explique sans aucun doute par la sévérité de la sanction prévue par ces textes en cas de non-respect ou d'inexactitude des formules manuscrites imposées par le législateur. En effet, les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation sanctionnent, par la nullité, le contrat cautionnement qui ne respecterait pas les prescriptions de ces textes. On comprend ainsi aisément que la jurisprudence ait dès lors entendu limiter les cas de nullité aux seuls contrats de cautionnement qui comportent des mentions manuscrites modifiées dans leur forme mais également sur le fond.

En cas de non-respect de la mention prescrite par l'article L. 341-3, la législateur a opté pour une nullité de l'engagement : « *lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante...* ». Le texte est sans équivoque. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas souhaité interpréter ce texte de façon littérale, estimant que le cautionnement solidaire qui ne comportait pas exactement la formule imposée par l'article L. 341-3 du Code de la consommation n'est pas nul et constitue un cautionnement simple si l'engagement de caution a été souscrit dans le respect des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de la consommation¹²⁰¹. « *La Chambre commerciale, approuvée par la doctrine, s'est prononcée dans ce sens, le*

1200 L'appréciation de la disproportion devra-t-elle s'effectuer au regard « *des biens et revenus* » de la caution, comme l'exige l'article L. 341-4 du Code de la consommation ou faudra-t-il apprécier uniquement les revenus de la caution lorsque le droit de gage du créancier ne portera pas sur l'ensemble des biens de celle-ci ? Notons que la situation inverse serait *a priori* moins problématique puisque les revenus de la caution peuvent être qualifiés de « biens ».

1201 Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699 : *Bull. civ.* IV, n° 31 ; *RTD civ.* 2011, p. 375, obs. P. Crocq ; *D.* 2011, p. 1193, note Y. Picod ; *JCP E* 2011, 1270, note D. Legeais.

cautionnement constituant le fondement de l'engagement, et la solidarité, une modalité. En cas d'inobservation de la mention manuscrite de solidarité prévue à l'article L. 341-3 du Code de la consommation, non sanctionnée par la nullité du cautionnement, le créancier se verra dans l'impossibilité de se prévaloir de cette solidarité. »¹²⁰² La nullité ne sanctionne ainsi véritablement que l'inobservation de la mention manuscrite imposée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation¹²⁰³.

324. – La nature de la sanction prévue par l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Autrefois isolée des autres cautions personnes physiques au regard règles de preuve prescrites par l'article 1326 du Code civil¹²⁰⁴, la caution dirigeante peut désormais se prévaloir de la nullité de son engagement lorsque les mentions requises par l'article L. 341-2 du Code de la consommation font défaut ou sont défectueuses¹²⁰⁵. Cela étant, le législateur n'a pas précisé de quelle nullité il s'agissait et la jurisprudence a estimé – exactement de la même façon qu'elle l'avait fait à propos de l'article L. 313-7 du Code de la consommation, rédigé en des termes identiques¹²⁰⁶ – que cette sanction est une nullité relative que seule la caution peut invoquer s'agissant d'un ordre public (économique) de protection : *« la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant »*¹²⁰⁷.

1202 R. LALOST, N. RÉGIS, « Le formalisme en matière de cautionnement », *Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*, septembre 2012.

1203 De ce point de vue encore, la Cour de cassation méconnaît la lettre de la loi, estimant que l'irrégularité de la mention manuscrite relative à la solidarité n'affecte pas la validité du cautionnement. Elle en fait un cautionnement simple alors que l'article L. 341-3 du Code de la consommation prévoit expressément la nullité de l'engagement.

1204 À l'égard des cautions dirigeantes, la jurisprudence appréciait avec bien plus de souplesse les règles probatoires posées par l'article 1326 du Code civil : *« les exigences de l'article 1326 du Code civil sont des règles de preuve qui ont pour finalité la protection de la caution ; que l'arrêt retient que M. X... a signé, en qualité de gérant de la société débitrice, les actes de prêt et qu'il était, en raison de cette signature, informé des engagements de la société à l'égard de la banque, ce dont il résulte que l'omission de la formalité prévue par le texte susvisé n'avait pas porté atteinte à la protection des droits de la caution »* (Cass. com., 19 juin 1990, n° 88-14.950 : *Bull. civ. IV*, n° 180 ; *JCP E* 1990, I 20098).

1205 Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720 : *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *D.* 2013, p. 1113, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2013, p. 1706, obs. P. Crocq ; *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. 124, obs. G. Raymond ; *JCP G* 2013, 440, note Ph. Simler ; *Rev. sociétés* 2013, p. 479, note D. Legeais ; *RDC* 2013, p. 1450, obs. A.-S. Barthez.

1206 Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 1995, n° 93-16.055, inédit : *Contrats, conc. consom.* 1996, comm. 34, note G. Raymond.

1207 Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720 : *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *D.* 2013, p. 1113, obs. V.

En admettant que la nullité édictée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation soit une nullité relative dont seule la caution peut se prévaloir, la Cour de cassation autorise ainsi que le contrat de cautionnement puisse être sauvé par une exécution volontaire de celle-ci en parfaite connaissance de la violation des règles formelles. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a déjà estimé qu'une caution dirigeante qui s'était volontairement acquittée des dettes de sa société (suite à la liquidation judiciaire de celle-ci) sans avoir été préalablement mise en demeure et sans tenir compte des conseils avisés de son avocat et de son comptable à propos de l'absence de mention manuscrite conforme aux prescriptions légales « *avait agi en toute connaissance de cause et avait entendu réparer le vice affectant son engagement, de sorte que cette confirmation au sens de l'article 1338 du Code civil, l'empêcher d'en invoquer la nullité* »¹²⁰⁸. Une telle solution découle évidemment de la nature de la nullité choisie pour cette sanction : en optant pour une nullité relative, la Cour de cassation a souhaité que le contrat de cautionnement puisse être sauvé lorsque la caution confirme volontairement l'acte et entend, par cette exécution intentionnelle, purger la nullité qui l'affecte¹²⁰⁹.

En interprétant l'article L. 341-2 du Code de la consommation et la sanction qui s'y rapporte de la sorte, la Cour de cassation se retranche finalement derrière le même raisonnement qu'elle tenait à propos de l'article 1326 du Code civil selon lequel le manquement à cette disposition ne porte pas atteinte aux droits de la caution lorsqu'un élément extrinsèque à l'acte permet de démontrer que la caution a eu connaissance de la portée des engagements malgré la défectuosité de la mention manuscrite¹²¹⁰. En raisonnant de la sorte, la jurisprudence insinue que les règles édictées par l'article L. 341-2 du Code de la consommation ne sont pas tout à fait des règles formelles mais qu'elles constituent simplement des dispositions ayant pour finalité la

Avena-Robardet ; *D.* 2013, p. 1706, obs. P. Crocq ; *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. 124, obs. G. Raymond ; *JCP G* 2013, 440, note Ph. Simler ; *Rev. sociétés* 2013, p. 479, note D. Legeais ; *RDC* 2013, p. 1450, obs. A.-S. Barthez.

¹²⁰⁸ *Loc. cit.*

¹²⁰⁹ Un tel raisonnement ne peut évidemment se tenir qu'en présence d'une nullité relative qui a pour unique finalité la protection des intérêts de la caution. Si la sanction avait été qualifiée de nullité absolue, l'acte défectueux ne serait susceptible d'aucune confirmation.

¹²¹⁰ L'omission des formalités prévues par l'article 1326 du Code civil ne porte pas atteinte aux droits de la caution (Cass. com., 19 juin 1990, n° 88-14.950 : *Bull. civ.* IV, n° 180 ; *JCP E* 1990, I 20098) lorsqu'un élément extrinsèque à l'acte de cautionnement démontre que celle-ci avait été informée des engagements de sa société vis-à-vis du créancier (Cass. com., 26 nov. 1990, n° 89-12.277 : *Bull. civ.* IV, n° 301 ; *JCP E* 1991, II 150, note D. Legeais – Cass. com., 15 janv. 1991, n° 88-12.798 : *Bull. civ.* IV, n° 24 – Cass. com., 12 mai 1992, n° 90-13.077 : *Bull. civ.* IV, n° 177 ; *Dr. Sociétés* 1992, comm. 196, obs. Th. Bonneau).

protection des intérêts des cautions dont celles-ci ne peuvent pas se prévaloir lorsqu'elles ont eu connaissance du vice de forme et qu'elles ont entendu le réparer (même implicitement). L'exécution d'un cautionnement irrégulier en connaissance de cause vaut ainsi confirmation de l'acte et interdit à la caution de se prévaloir d'un formalisme qui a pour finalité la protection de ses intérêts.

III – Un formalisme limité par la faculté de conclure un cautionnement par voie électronique

325. – Un « principe d'équivalence »¹²¹¹ susceptible de priver les cautions dirigeantes du formalisme Dutreil. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, l'alinéa 1^{er} de l'article 1108-1 du Code civil dispose que *« lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317. Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même »*.

Nul besoin de s'interroger longuement sur le sort du contrat de cautionnement dans le cadre de cette réforme puisque la lecture de l'article suivant – l'article 1108-2 du Code civil – énumère les exceptions à la faculté de conclure une convention par voie électronique. Ce texte prévoit deux exceptions : les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ainsi que les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale. L'exclusion des actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles, plus particulièrement à des contrats de cautionnement, semble particulièrement logique dans la mesure où les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation se concilient difficilement avec ce texte en ce qu'ils imposent la rédaction manuscrite de certaines mentions lorsque le contrat de cautionnement est conclu sous seing privé entre une personne physique et un

¹²¹¹ A. COURET, J. DEVÈZE, I. PARACHKÉVOVA, T. POULAIN-REHM, M. TELLER, « Problème du cautionnement par acte authentique », in *Lamy Droit du Financement*, 2014, 4058.

créancier professionnel.

Le sujet de la conclusion d'un tel cautionnement par voie électronique pourrait être définitivement clos si le législateur du 21 juin 2004 n'avait pas nié l'esprit de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, affirmant que les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, ne peuvent pas être conclus par voie électronique « *sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession* ». Balayant d'un revers de manche ses efforts du passé tendant à appliquer le même régime juridique à toutes les cautions personnes physiques, y compris aux cautions dirigeantes, le législateur du 21 juin 2004 donna un grain inespéré à moudre à ceux qui souhaitaient traiter plus sévèrement les cautions dirigeantes.

La doctrine s'empessa de conclure au fait que les cautions dirigeantes sont des personnes contractant pour les besoins de leur profession et qu'à ce titre, elles sont éligibles à la conclusion de sûretés par voie électronique et privées du bénéfice des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. Le Professeur Dominique Legeais estima que l'interdiction de conclure un cautionnement par voie électronique était le principe mais qu'un tempérament était admis s'agissant des cautions dirigeantes. En effet, il observait que le législateur n'avait pas utilisé le terme de « *professionnel* » – pourtant retenu dans la loi du 1^{er} août 2003 –, préférant parler de « *personne contractant pour les besoins de sa profession* ». Il aboutissait ainsi à la conclusion selon laquelle « *le cautionnement ne peut donc être conclu par voie électronique que s'il est conclu par acte authentique ou par une caution dirigeante pour les besoins de sa profession* »¹²¹². Le Professeur Yves Picod estima également que « *le cautionnement ne peut être conclu par voie électronique que s'il est souscrit par acte authentique ou bien par un commerçant ou un mandataire social pour des besoins professionnels* »¹²¹³.

326. – Un conflit de lois susceptible de menacer la cohérence du droit du cautionnement. Les cautions dirigeantes devraient donc être considérées comme les seules cautions personnes physiques susceptibles de conclure un cautionnement sous seing privé par voie électronique. Le Professeur Dominique Legeais condamnait cependant cette intention, expliquant que

1212 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 157, p. 121.

1213 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 75, p. 115.

« l'application de la loi pour l'économie numérique au cautionnement va conduire à un nouveau désordre. Il faut tenir compte de cette nouvelle disposition dont le domaine d'application ne recouvre pas celui posé par la loi du 1er août 2003. Les dirigeants d'entreprises peuvent ainsi souscrire des cautionnements par voie électronique alors qu'ils bénéficient du dispositif de protection mis en place par la loi Dutreil. Décidément, le droit commun du cautionnement devient de plus en plus évanescent à supposer qu'il existe encore ! (...) Pour les cautionnements donnés par les dirigeants, il convient donc d'attendre l'énoncé de ces conditions »¹²¹⁴.

Une décennie s'est écoulée depuis l'entrée en vigueur de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004. Pourtant, force est de constater que le sujet de la conclusion d'un contrat de cautionnement par voie électronique brille étonnamment par son absence et que *l'énoncé de ces conditions* pour les cautionnements donnés par les dirigeants ne s'est jamais produit. Les rares articles de doctrine écrits à propos de cette loi sont concomitants à sa promulgation et depuis lors, aucune décision de justice (tous degrés de juridiction confondus) n'en fait état. Le cautionnement par voie électronique est donc resté lettre morte, probablement par souci de sécurité juridique et par inquiétude des créanciers quant à l'interprétation de ce texte à la lumière de la loi du 1^{er} août 2003.

Cependant, même si aucune juridiction n'eut à se prononcer sur ce sujet, l'esprit de la loi du 21 juin 2004 est incontestablement inscrit en droit positif. Dès lors, doit-on craindre qu'un vaillant créancier mette un jour un coup de pied dans la fourmilière et remette en cause l'application des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation aux cautions dirigeantes ? De quelle façon la jurisprudence pourra-t-elle se prononcer sans commettre d'impair en présence d'un tel conflit de lois ? Pour tenter de répondre à cette problématique – qui n'est pour l'heure qu'hypothèse – il est intéressant de se rapprocher des précédentes démonstrations.

Le fait que la loi Dutreil ait été insérée dans le Code de la consommation pouvait laisser penser que seuls les consommateurs ou les non-professionnels étaient concernés par ce dispositif. La Cour de cassation aurait pu estimer que les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ne s'appliquaient qu'aux « *personnes qui ne passent pas un contrat dans un but professionnel ou qui contractent "sans rapport direct"*

1214 D. LEGEAIS, « Conséquences pour le droit des garanties de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 230.

avec leur profession »¹²¹⁵. La question de l'application des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation au bénéfice des cautions dirigeantes s'était ainsi rapidement posée : doit-on considérer qu'une caution dirigeante s'engage dans un but professionnel ou, au contraire, qu'elle contracte sans rapport direct avec sa profession ? *A priori*, on pouvait estimer qu'un dirigeant qui cautionne les dettes de sa société contracte en raison de sa profession et en rapport direct avec celle-ci ; ce qui aurait alors conduit à l'écarter du dispositif Dutreil¹²¹⁶. Mais il n'en était rien et la Cour de cassation avait estimé que toutes les cautions personnes physiques, y compris les cautions dirigeantes, devaient indistinctement bénéficier des dispositions instaurées par la loi du 1^{er} août 2003, sous-entendant ainsi que les cautions dirigeantes ne sont pas des personnes qui *passent un contrat dans un but professionnel*¹²¹⁷.

Les réformes législatives intervenues depuis la loi du 21 juin 2004, notamment celle de modernisation de l'économie du 4 août 2008, militent en ce sens et appuient la théorie selon laquelle les cautions dirigeantes ne doivent pas être considérées comme des contractants qui agissent dans un but professionnel mais qu'elles doivent être traitées comme de simples particuliers. Il serait, en effet, particulièrement incohérent que les cautions dirigeantes bénéficient de l'ensemble des dispositifs profitant aux autres cautions personnes physiques (informations légales, principe de proportionnalité, procédures de surendettement, etc.) et soient seulement exclues des dispositions relatives au « *formalisme informatif* »¹²¹⁸. Ainsi, en approuvant l'exclusion des cautions dirigeantes du bénéfice des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, la jurisprudence mettrait sérieusement en péril la cohérence du droit du cautionnement.

Si la question du cautionnement du dirigeant par voie électronique se posait un jour en pratique, la jurisprudence serait certainement contrainte

1215 R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PÉRUZZETTO, « La notion de consommateur », in *Lamy Droit Économique*, 2014, 4908.

1216 Certaines juridictions du fond s'étaient d'ailleurs livrées à une telle interprétation (V. Montpellier, 7 sept. 2010, n° 10/00081).

1217 R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PÉRUZZETTO, *op. cit.*

1218 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

d'examiner l'esprit de ces lois pour se prononcer. Cependant, contrairement aux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, les articles 1108-1 et 1108-2 du Code civil n'émanent pas d'une volonté de réformer le droit du cautionnement et de l'appréhender sous un nouveau jour mais d'une simple nécessité de transposer une directive européenne. La loi du 21 juin 2004 n'a pas d'esprit, du moins pas en droit interne. L'exception prévue à l'article 1108-2 du Code civil concernant « *les personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale* » est une formule résultant *in extenso* de l'article 9 de la directive européenne n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique se serait ainsi contenté de transposer des exigences européennes en droit interne. Les articles 1108-1 et 1108-2 du Code civil ayant simplement été intégrés en droit interne par nécessité, ils ne remettraient en cause ni l'esprit des lois ayant précédé ou suivi celle du 21 juin 2004, ni la conception de la caution dirigeante en droit interne. Cette directive laisse cependant présager de sérieuses difficultés lorsqu'il s'agira de concilier la conception interne de la caution dirigeante avec celle du droit communautaire.

327. – Conclusion chapitre 1. *« Avant le vote de la loi Dutreil, la jurisprudence s'était accordée pour soumettre le contrat de cautionnement au droit commun de la preuve, c'est-à-dire les cautions dirigeantes ne bénéficiaient pas de la liberté de la preuve puisqu'une caution, même intéressée, n'est pas commerçante. L'exigence de la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil devait donc s'appliquer. Mais son contenu était presque indifférent puisque la qualité de dirigeant constituait l'élément extrinsèque permettant à un créancier de rapporter la preuve complémentaire lorsque l'acte de cautionnement, incomplet, ne valait que commencement de preuve par écrit. Le sort réservé à la caution "intéressée" était ainsi aggravé par rapport à celui de la caution ordinaire, ce qui permettait de valider notamment les cautionnements omnibus. Mais depuis que le législateur, dans son article L. 341-2 du Code de la consommation, a soumis l'ensemble des cautionnements souscrits par acte sous seing privé par des personnes physiques à un formalisme exigé à titre de validité, ce système de validation a vocation à disparaître. »*¹²¹⁹

La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 mit ainsi fin à la présomption de consentement des cautions dirigeantes, uniquement fondée sur leur qualité de dirigeant et rendue possible grâce au seul caractère probatoire reconnu à l'article 1326 du Code civil, en insérant un nouvel article L. 341-2 dans le Code de la consommation¹²²⁰. Selon cette disposition, tous les cautionnements conclus par des personnes physiques au bénéfice de créanciers professionnels doivent désormais contenir *ad validitatem* certaines mentions obligatoires¹²²¹ : *« en tant que telle, la qualité du dirigeant n'a plus d'incidence. Logique, la solution n'en tranche pas moins avec la jurisprudence développée avant la loi Dutreil sur le fondement de*

1219 M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n°172, p. 72.

1220 C. consom., art. L. 341-2 : *« Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même". »*

1221 Cette disposition n'a cependant vocation à s'appliquer qu'aux cautionnements conclus après l'entrée en vigueur de cette loi. Les dirigeants ayant cautionné les dettes de leur société avant cette date ne peuvent pas espérer obtenir la nullité du contrat et restent ainsi soumis à l'interprétation que faisait la jurisprudence des règles prescrites par l'article 1326 du Code civil.

l'article 1326 du Code civil »¹²²². Les juridictions seraient depuis lors contraintes d'appliquer à la lettre le rigoureux formalisme imposé par la loi Dutreil à toutes les cautions personnes physiques, y compris aux cautions dirigeantes, quelque soit leur qualité.

Cependant, « "Rigueur" ne rimant pas avec "rigorisme", la Cour de cassation s'est affranchie de l'interprétation littérale du dispositif légal sur le cautionnement afin de le rendre cohérent et applicable dans l'objectif de protection de la caution. Plutôt que de s'en tenir à la lettre, la Cour se conforme à l'esprit de la loi. Comme le souligne le Professeur Simler : "les excès d'un formalisme prétendument protecteur, conjugués avec une rédaction calamiteuse des textes, contraignent les tribunaux, soit à une application littérale génératrice de solutions qui confient à l'absurde, soit à des contorsions pour ne pas défier le bon sens". La jurisprudence de la Cour permet ainsi de remédier aux excès d'un formalisme légal afin d'éviter qu'il ne devienne un instrument de protection des débiteurs de mauvaise foi. Dans le même sens, Yves Picod souligne que "la Chambre commerciale semble s'affranchir d'un texte relativement clair à notre sens, mais qui conduisait à une solution inadaptée et juridiquement inacceptable. Elle passe ainsi d'un fonction classique d'interprétation à un véritable pouvoir d'adaptation lui permettant de mettre fin à une incohérence, sans attendre une loi de simplification et de clarification ou encore l'éventuelle grande réforme législative du cautionnement" »¹²²³.

Depuis sa promulgation, la loi Dutreil a ainsi fait couler énormément d'encre. Pourtant, force est de constater que le législateur du 1^{er} août 2003 n'a pas réussi à faire du cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel un contrat pleinement formel et que la Cour de cassation entend bien interpréter les dispositions issues de cette loi avec la même méthode téléologique qu'elle le faisait auparavant sous l'empire du seul article 1326 du Code civil. À la seule différence près, et non des moindres, que la Cour de cassation n'est plus en mesure d'exclure les cautions dirigeantes de ce nouveau dispositif. En effet, si la Cour souhaite considérer que le formalisme imparfait d'un contrat de cautionnement peut être sauvé par une exécution volontaire et consciente de la caution, elle est désormais contrainte de procéder à l'identique pour toutes les cautions

1222 I. RIASSETTO, « Soumission du cautionnement du dirigeant au formalisme du Code de la consommation », *Rev. sociétés* 2012, n° 5, p. 286.

1223 R. LALOST, N. RÉGIS, « Le formalisme en matière de cautionnement », *Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*, septembre 2012.

personnes physiques et ne peut plus utiliser la seule qualité de dirigeant pour affirmer que la caution a agi en parfaite connaissance de cause. *L'élément extrinsèque*¹²²⁴ pouvant sauver un contrat de cautionnement ne se conformant pas aux exigences des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ne peut désormais reposer que sur une action positive consciente, intentionnelle et volontaire de la caution dirigeante, conformément à l'article 1338 du Code civil. Même si la Cour de cassation porte sérieusement atteinte à la théorie selon laquelle le cautionnement consenti par une personne physique serait devenu un contrat formel, elle est désormais contrainte d'appliquer le même système de validation à toutes les cautions personnes physiques, faisant, par voie de conséquence, de la caution dirigeante un *quidam* du droit du cautionnement.

1224 En référence à la jurisprudence fondée sur l'article 1326 du Code civil.

CHAPITRE 2. LES EXIGENCES SOCIALES RELATIVES AU CONTENU¹²²⁵ DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

328. – Plan. La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 étendit les exigences sociales relatives à la forme du contrat de cautionnement à toutes les cautions personnes physiques. Les dispositions du Code de la consommation qui en sont issues exigent désormais que le cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes contractées par sa société comporte la signature de celui-ci ainsi que les mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation.

Au nom de la « *justice contractuelle* »¹²²⁶, le législateur du 1^{er} août 2003 instaura également des exigences sociales relatives au contenu du contrat de cautionnement conclu par une caution personne physique. La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 pourvut à cet effet le contrat de cautionnement d'un mécanisme objectif de protection des intérêts de la caution dirigeante par la restriction de l'objet de son obligation. Avant l'entrée en vigueur de ce dispositif, l'étendue d'un cautionnement souscrit par une personne physique dépendait de la qualité de la caution. Fidèle à sa ligne jurisprudentielle, la Cour de cassation manifestait davantage de rigueur à l'égard des cautions dirigeantes, estimant que celles-ci étaient redevables de toutes les sommes dues par le débiteur principal, même celles non expressément garanties, dans la mesure où elles en avaient nécessairement eu connaissance. En revanche, elle faisait preuve d'une grande clémence à l'égard des cautions non dirigeantes qui n'avaient pas expressément accepté de cautionner certaines sommes, estimant que celles-ci ne pouvaient être tenues de payer les sommes non expressément cautionnées que s'il existait des éléments de preuve venant pallier l'absence d'engagement exprès. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, tous les cautionnements consentis par acte sous seing privé par des cautions personnes physiques répondent aux mêmes exigences sociales et doivent désormais comporter une « *obligation de*

1225 J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^e éd. Refondue, coll. Thémis droit privé, Paris, PUF, 2000, n° 68, p. 144.

1226 *Ibid.*, n° 78, p. 156-157.

couverture »¹²²⁷ pourvue d'un terme et déterminée quant à son montant (section 1).

Si la détermination de l'obligation de couverture dans le contrat de cautionnement permet à toutes les cautions personnes physiques de prendre conscience de l'étendue de leur engagement et de ne pas être tenues au-delà des limites expressément fixées dans le contrat, elle ne permet cependant pas d'assurer une pleine « *justice contractuelle* »¹²²⁸ en droit du cautionnement dans la mesure où l'objet de l'obligation de la caution, bien qu'expressément défini et pourvu d'un terme, peut être sujet à un défaut d'équivalence. La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 pourvut ainsi également le contrat de cautionnement d'un mécanisme subjectif de protection des intérêts de la caution dirigeante, imposant que l'objet de son obligation soit en adéquation avec ses capacités de remboursement. Le dispositif Dutreil offrit dès lors, à toutes les cautions personnes physiques, la possibilité de se dégager d'un contrat injuste en invoquant la disproportion entre l'étendue de leur engagement et « *le capital et les revenus possédés par celles-ci au jour de leur engagement* »¹²²⁹ (section 2).

Ainsi, en vertu du dispositif Dutreil, un contrat de cautionnement doit désormais obligatoirement comprendre une limite impersonnelle relative à l'engagement des cautions personnes physiques et une limite personnelle relative aux capacités financières des cautions dirigeantes.

Section 1. La restriction de l'objet de l'obligation, un mécanisme objectif de protection des intérêts de la caution dirigeante

329. – Plan. Le « *formalisme informatif* »¹²³⁰ désormais applicable au contrat

1227 Ch. MOULY, « Les causes d'extinction du contrat de cautionnement », Volume 10 de Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Bibliothèque de droit de l'entreprise, *Librairies techniques*, 1979, Préf. M. Cabrillac, spéc. n^{os}324 à 364.

1228 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n^o 78, p. 156-157.

1229 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n^o 118, p. 117.

1230 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n^o I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n^o 509, p. 370, note de bas de page n^o 50).

cautionnement consenti par une caution dirigeante envers un créancier professionnel permet d'apprécier l'existence et la validité de son consentement. Le respect des règles formelles édictées par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 permet de s'assurer que le consentement de la caution a été expressément donné au créancier. Cependant, la caution n'a réellement conscience de la portée de son engagement que si l'acte de cautionnement mentionne avec clarté la nature et l'étendue de ses obligations ; dit autrement, s'il définit avec précision l'objet du cautionnement. Synonyme de « *prestation promise au créancier* »¹²³¹, l'objet de l'obligation de la caution permet d'identifier la nature et l'étendue des obligations souscrites. Si l'objet de l'obligation n'est pas clairement défini dans le contrat de cautionnement, la validité du consentement de la caution et son caractère exprès en sont nécessairement affectés.

L'objet de l'obligation unique dépend des modalités d'engagement de la caution. Selon la forme de cautionnement choisie par les parties au contrat, l'objet de l'obligation de la caution sera plus ou moins intense. L'engagement d'une caution peut revêtir deux formes distinctes : il peut être défini ou indéfini¹²³². En présence d'un cautionnement indéfini, l'objet de l'obligation unique n'est pas déterminé dans l'acte. Cette détermination se fait grâce à la principale caractéristique du contrat de cautionnement, l'article 2290 du Code civil disposant que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses¹²³³.

Cependant, cette seule disposition ne permet pas de définir avec précision l'objet de l'obligation d'une caution. Il ne suffit pas de dire que la caution n'est pas tenue des sommes dépassant l'engagement du débiteur principal

1231 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 85, p. 64.

1232 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n°s 341 à 345, p. 97 à 99. Le cautionnement défini est la convention par laquelle une caution limite expressément son engagement à une somme fixe et généralement inférieure au montant de la dette principale. La caution détermine, dans l'acte, la somme maximale pour laquelle elle accepte de garantir les dettes du débiteur principal. Les sommes accessoires sont soit expressément exclues, soit expressément cautionnées. De tels engagements sont, à l'évidence, peu favorables aux créanciers qui préfèrent se prévaloir de cautionnements à l'obligation de couverture plus étendue appelés cautionnements indéfinis. Le cautionnement indéfini se subdivise lui-même en deux types d'engagement : le cautionnement indéfini d'une dette déterminée au jour de la conclusion du contrat et le cautionnement indéfini d'une dette indéterminée au jour de la conclusion du contrat aussi appelés cautionnement *omnibus*. Face à un cautionnement indéfini, il est nécessairement plus difficile de déterminer l'étendue des engagements de la caution et de savoir si le cautionnement n'a pas été étendu au-delà des limites dans lesquels il a été contracté puisque, par définition, ces limites ne sont pas expressément énoncées dans le contrat de cautionnement.

1233 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 119, p. 108.

pour connaître précisément l'objet de l'obligation unique. Premièrement, parce que l'engagement de la caution dirigeante peut être en-deçà des dettes présentes contractées par le débiteur principal, notamment en ce qui concerne les sommes accessoires (§1). Ensuite, parce que la caution dirigeante avait autrefois la faculté de cautionner par acte sous seing privé les dettes futures du débiteur principal pour une durée indéterminée (§2).

§ 1 : Le cautionnement indéfini d'une dette déterminée consenti par une caution dirigeante

330. – Plan. L'objet de l'obligation d'une caution dirigeante doit être déterminé pour que celle-ci connaisse l'étendue de ses engagements et sache si le cautionnement n'a pas été étendu au-delà des limites dans lesquels il a été contracté¹²³⁴. Cependant, dans le cadre d'un cautionnement indéfini, ces limites ne sont pas entièrement énoncées dans le contrat de cautionnement et celui-ci ne permet pas de connaître avec précision l'étendue de l'engagement de la caution en ce qui concerne les sommes accessoires à l'obligation principale.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, cette imprécision était admise par la doctrine et validée par la jurisprudence qui estimait que l'objet de l'obligation de la caution ne devait pas obligatoirement être déterminé au jour de la conclusion du contrat de cautionnement et que l'imprécision relative aux sommes accessoires n'excluaient pas leur garantie à l'égard des cautions dirigeantes¹²³⁵ (I). Cependant, depuis l'adoption de la loi Dutreil et l'avènement d'un certain formalisme, le contrat de cautionnement conclu sous seing privé entre une caution dirigeante et un créancier professionnel doit impérativement contenir, dès la conclusion du cautionnement, le montant de l'engagement de la caution (II).

1234 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 104, p. 83 : « Pour protéger celui qui s'engage, les juristes français exigent que l'objet de son engagement soit déterminé ou, à tout le moins, qu'il soit possible de le déterminer d'après les éléments contenus au contrat. »

1235 Conformément à l'article 1129 du Code civil, le contrat n'est valable que si la chose qui en est l'objet est déterminée. Cependant, en vertu du second alinéa de cet article, la quantité des choses dues peut être indéterminée, pourvu qu'elle soit déterminable (L. AYNÈS, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013, n° 599, p. 295).

I – La validation du cautionnement indéfini d'une dette déterminée au regard des règles probatoires de l'article 1326 du Code civil

331. – Le cautionnement indéfini d'une dette déterminée validé par l'article 2293 du Code civil. Le cautionnement indéfini d'une dette déterminée porte sur les dettes contractées par le débiteur principal au jour de la conclusion de l'engagement de la caution (aussi appelé cautionnement de dettes présentes). Cependant, le fait que la dette contractée par le débiteur principal soit déterminée au jour de la conclusion du contrat de cautionnement ne signifie pas que l'engagement de la caution soit défini. D'une part, l'article 2290 du Code civil a beau disposer que le cautionnement de dettes présentes ne peut pas excéder ce qui est dû par le débiteur (sous peine d'être réduite à la mesure de l'obligation principale), cette disposition ne permet pas de connaître le « *quantum* »¹²³⁶ de l'obligation de la caution. D'autre part, si l'article 2292 du Code civil précise que l'on ne peut pas étendre le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, ces limites ne sont pas forcément énoncées dans un cautionnement indéfini de dettes déterminées. Au regard de ces deux dispositions, il n'est donc pas possible de déterminer l'objet de l'obligation d'une caution si la convention ne précise pas avec clarté le détails des sommes pour lesquelles celle-ci s'est engagée envers le créancier.

Pour définir avec plus de précision l'objet de l'obligation de la caution, il convient de se référer à d'autres dispositions, notamment à l'article 2293 du Code civil, selon lequel le cautionnement d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. Selon ce texte, une caution qui ne limiterait pas expressément son engagement à la dette principale dans un cautionnement défini est ainsi redevable de tous les accessoires de la dette (autrement dit, des frais, des pénalités, des intérêts, etc.).

¹²³⁶ Selon M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, le « *quantum* » de l'obligation de la caution concerne son montant et ses modalités ainsi que sa durée : « *L'étendue du cautionnement dans son montant est, normalement, soumise à la liberté contractuelle. Cette dernière est toutefois assujettie au respect du caractère accessoire du cautionnement. Ainsi, l'étendue du cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal. En revanche, elle peut, et parfois doit, être moindre que ce qui est dû par le débiteur principal.* » (op. cit., n° 338, p. 95).

332. – Le cautionnement indéfini d'une dette déterminée limité par l'article 1326 du Code civil. Il convient de tempérer immédiatement cette affirmation en opposant, à cette disposition, un autre article applicable à tous les actes unilatéraux : l'article 1326 du Code civil. Selon les termes de cette disposition, l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent doit être constaté dans un titre qui comporte la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres.

Les dispositions de l'article 2293 du Code civil – selon lesquelles un engagement indéfini de dettes déterminées s'étend à tous les accessoires de la dette – semblent ainsi fortement limitées par la règle probatoire posée par l'article 1326 du Code civil. Cependant, s'agissant d'une simple règle de preuve et non d'une règle formelle¹²³⁷, la jurisprudence refuse de limiter l'objet de l'obligation unique à ce qui est expressément recopié de la main de la caution dans l'acte, faisant ainsi perdre son efficacité à l'article 1326 du Code civil. L'engagement d'une caution ne prévoyant pas de limitation de garantie (cautionnement indéfini) est ainsi réputé avoir été donné pour les montants fixés au contrat principal, peu importe l'absence de mention manuscrite relative aux accessoires¹²³⁸. La Cour de cassation considère que l'article 1326 du Code civil limite l'exigence de la mention manuscrite à la somme ou à la quantité due, sans l'étendre à la nature de la dette, à ses accessoires ou à ses composantes et qu'il importe peu que la mention manuscrite ne fasse pas état des intérêts et des accessoires¹²³⁹.

Dans les années 1990¹²⁴⁰, « *un premier assouplissement avait toutefois été relevé : la mention manuscrite, qui ne faisait pas état des intérêts, n'en valaient pas moins comme commencement de preuve par écrit susceptible*

1237 Cass. com., 19 juin 1990, n° 88-14.950 : *Bull. civ.* IV, n° 180 ; *JCP E* 1990, I 20098.

1238 Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-12.653 : *Bull. civ.* IV, n° 59 ; *JCP G* 1999, II 10184, note J. Casey ; *Banque et Droit* juill.-août 1999, p. 35, obs. F. Jacob ; *JCP E* 1999, 1055, note D. Legeais – Cass. com., 3 avr. 2002, n° 98-21.373 : *Bull. civ.* IV, n° 64 ; *D.* 2002, p. 1547.

1239 Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-12.653 : *Bull. civ.* IV, n° 59 ; *JCP G* 1999, II 10184, note J. Casey ; *Banque et Droit* juill.-août 1999, p. 35, obs. F. Jacob ; *JCP E* 1999, 1055, note D. Legeais. La Chambre commerciale affirma, dans un arrêt du 3 avril 2002, que l'engagement d'une caution ne prévoyant pas de limitation de garantie (cautionnement indéfini) était réputé avoir été donné pour les montants fixés au contrat principal, peu importe l'absence de mention manuscrite relative aux accessoires (Cass. com., 3 avr. 2002, n° 98-21.373 : *Bull. civ.* IV, n° 64 ; *D.* 2002, p. 1547). De son côté, la première Chambre civile de la Cour de cassation estimait que la mention manuscrite prescrite par l'article 1326 du Code civil déterminait l'étendue de l'obligation de la caution, aussi bien en ce qui concerne le principal, qu'en ce qui concerne les accessoires (Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2001, n° 98-21.575 : *Bull. civ.* I, n° 208 ; *D.* 2001, p. 2408).

1240 Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 1995, n° 92-18.988 : *Bull. civ.* I, n° 90 ; *D.* 1996, p. 266, obs. L. Aynès ; *JCP N* 1996, II 1433, note S. Piedelièvre ; *JCP G* 1995, I 3889, obs. Ph. Simler ; *Contrats, conc, consom.* 1995, comm. 127, note L. Leveneur.

d'être complété par des éléments extrinsèques pouvant engager la caution pour l'ensemble des sommes principales et accessoires »¹²⁴¹. Même si la mention écrite de main de la caution ne précise pas le taux d'intérêt ou les autres accessoires de la dette, celle-ci est tenue de payer ces sommes si les circonstances de conclusion du contrat de cautionnement établissent qu'elle a eu connaissance de celles-ci¹²⁴².

333. – Le cautionnement indéfini automatiquement validé par la qualité du dirigeant. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le cautionnement d'une obligation principale s'étend systématiquement aux accessoires de la dette. La première Chambre civile estime, quant à elle, qu'une caution qui s'est engagée à cautionner de façon indéfinie une dette déterminée est redevable de toutes les sommes accessoires à l'obligation principale, même si la mention manuscrite ne fait pas état de ces intérêts et accessoires¹²⁴³, dès lors qu'un élément de preuve extrinsèque à l'acte démontre que la caution a eu connaissance de ces sommes et a entendu les garantir. Cependant, à l'égard des cautions dirigeantes, la jurisprudence appréciait très soupagement l'élément de preuve venant corroborer le commencement de preuve par écrit que constituait un cautionnement irrégulier au regard de l'article 1326 du Code civil. Selon la Cour de cassation, l'insuffisance de la mention manuscrite n'affectait pas la validité de l'acte, mais seulement sa valeur probante et la qualité de dirigeant social de la caution constituait un élément extrinsèque à l'acte de cautionnement démontrant que cette dernière était informée des engagements accessoires de la société vis-à-vis du créancier¹²⁴⁴ et avait entendu les garantir.

Il était ainsi permis de déduire de la qualité de dirigeant de la société cautionnée, la connaissance des clauses et des conditions contenues dans le contrat principal et de considérer que la caution dirigeante était en mesure d'apprécier la nature et l'étendue de son engagement même si cette volonté n'était pas expressément stipulée dans la mention manuscrite prescrite par

1241 V. AVENA-ROBARDET, « Mention manuscrite et bénéfice de subrogation : sévérité de la première Chambre civile à l'égard des cautions », *D.* 2002, n° 30, p. 2403.

1242 *A contrario*, lorsque l'acte de cautionnement comporte un engagement manuscrit uniquement pour le principal de la dette et que les circonstances ne permettent pas de prouver que la caution ait eu connaissance des conditions d'intérêts et de pénalités de retard négociées entre les parties au contrat principal, la caution ne pouvait être tenue de payer ces sommes (Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 99-17.245 : *Bull. civ.* I, n° 139 et n° 00-18.822 : *Bull. civ.* I, n° 139).

1243 Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-19.959 : *Bull. civ.* IV, n° 13 ; *RD bancaire et fin.* 2003, n° 136.

1244 Cass. com., 26 nov. 1990, n° 89-12.277 : *Bull. civ.* IV, n° 301 ; *JCP E* 1991, II 150, note D. Legeais.

l'article 1326 du Code civil¹²⁴⁵. Même si la caution dirigeante ne mentionnait pas expressément sa volonté de garantir les sommes accessoires et qu'aucun autre élément extrinsèque à l'acte ne permettait de corroborer le commencement de preuve par écrit, la caution dirigeante était donc redevable de ces sommes accessoires au regard des articles 2293 et 1326 du Code civil, sa qualité de dirigeant faisant à elle seule présumer sa connaissance de ces sommes et son intention de les cautionner.

Avant l'entrée en vigueur de la loi Dutreil, la caution dirigeante devait ainsi expressément exclure le paiement des sommes accessoires dans un contrat de cautionnement défini pour échapper à leur paiement et être ainsi seulement tenue du principal de la dette.

II – L'invalidation du cautionnement indéfini d'une dette déterminée par le dispositif Dutreil

334. – L'invalidation du cautionnement indéfini d'une dette déterminée par la loi Dutreil. L'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 n'eut aucune incidence sur l'interprétation ou l'application de l'article 1326 du Code civil, celui-ci est en effet toujours considéré comme une simple règle de preuve ayant pour finalité la protection de la caution¹²⁴⁶. En revanche, cette loi intégra de nouvelles dispositions dans le Code de la consommation, notamment l'article L. 341-2 ayant vocation à imposer un certain formalisme dans les contrats de cautionnement conclus par acte sous seing privé entre un créancier professionnel et une caution personne physique (dont font partie les cautions dirigeantes¹²⁴⁷).

L'article L. 341-2 du Code de la consommation proscriit désormais tous les cautionnements conclus sans limite de montant par des cautions personnes physiques : « *En me portant caution (...) dans la limite de la somme de ...*

1245 Cass. com., 12 mai 1992, n° 90-13.077 : *Bull. civ.* IV, n° 177, p. 125 ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 196, obs. Th. Bonneau.

1246 Cass. com., 19 juin 1990, n° 88-14.950 : *Bull. civ.* IV, n° 180 ; *JCP E* 1990, I 20098.

1247 Les cautionnements donnés par acte authentique sont exclus de ce dispositif et relèvent de l'article 1317-1 du Code civil (disposition insérée dans le Code civil par la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées n° 2011-331 du 28 mars 2011) disposant que « *l'acte reçu en la forme authentique par un notaire est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi* ». Sont également exclus de ce dispositif, les cautionnements conclus par acte sous seing privé contresignés par avocat (article L. 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : « *l'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi* »).

couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard ». Les modalités d'engagement d'une caution dirigeante doivent donc désormais contenir une limite relative au montant du principal, intérêts, frais, pénalités et autres accessoires de la dette cautionnée. Concernant, le cautionnement solidaire du dirigeant social, les textes issus de la loi Dutreil sont encore plus explicites puisque l'article L. 341-3 combiné à l'article L. 341-5 du Code de la consommation exigent que le contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel soit limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires, sans quoi les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion sont réputées non écrites¹²⁴⁸.

335. – Les adaptations pratiques visant à maintenir les cautionnements indéfinis de dettes déterminées. Depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, les créanciers professionnels ne peuvent plus solliciter des cautionnements indéfinis de dettes déterminées. Désormais, *« le législateur impose que le montant maximum de l'engagement de la caution soit fixé dans le contrat de cautionnement, reprenant ainsi les dispositions qui s'appliquaient aux cautionnements souscrits pour sûreté du remboursement d'un prêt mobilier ou immobilier soumis au Code de la consommation. En pratique, le montant du cautionnement couvrant à hauteur de la somme indiquée, le principal, les intérêts et, le cas échéant, les pénalités ou intérêts de retard, les banques, s'agissant d'un cautionnement tous engagements, ajouteront au montant principal une somme forfaitaire d'intérêts et d'accessoires. De même, s'agissant d'un prêt, au montant du principal et des intérêts conventionnels, les banques ajouteront une somme forfaitaire au titre des pénalités et intérêts de retard éventuels »*¹²⁴⁹.

La loi du 1^{er} août 2003 mit ainsi fin à la faculté de cautionner des dettes déterminées de manière indéfinie. La caution dirigeante ne peut plus se voir opposer sa qualité de dirigeant pour être tenue de payer les sommes

1248 Ces dispositions ne réservaient pas cette exigence formelle aux actes sous seing privé, toutes les formes de cautionnement, y compris ceux reçus par acte notarié pouvaient potentiellement être concernés. Cependant, la jurisprudence a estimé que l'article L. 341-3 du Code de la consommation ne s'applique pas aux cautionnements consentis par acte authentique (Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760 : *Bull. civ. IV*, n° 118 ; *RTD civ.* 2010, p. 593, obs. P. Crocq ; *RDC* 2011, p. 135, obs. D. Fenouillet ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2010, p. 44, obs. N. Rontchevsky ; *Gaz. Pal.* 8-9 sept. 2010, n° 252, p. 17, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP E* 2010, 1764, obs. D. Legeais).

1249 P. BOUTEILLER, « Loi pour l'initiative économique : le renforcement de la protection des cautions », *RLDA* 2003/64, p. 5.

accessoires qu'elle n'a pas expressément entendu cautionner. La présomption de connaissance et d'acceptation pesant autrefois sur les cautions dirigeantes à propos du cautionnement des sommes accessoires n'a plus aucune incidence sur l'étendue de l'engagement de la caution. Depuis la promulgation de cette loi, le cautionnement d'un dirigeant social doit donc obligatoirement comprendre le montant total des sommes garanties. Ainsi, si le créancier souhaite mettre les sommes accessoires à la charge des cautions personnes physiques, il lui appartient de les calculer de façon anticipée au jour de la conclusion du cautionnement et de fixer une somme forfaitaire d'intérêts et d'accessoires. Toutes les sommes dépassant ce forfait n'incomberont pas à la caution et resteront à la charge du créancier en cas d'insolvabilité définitive du débiteur principal. Les créanciers professionnels ont donc intérêt à prévoir, au jour de la conclusion du contrat de cautionnement, une somme forfaitaire très proche de la réalité des sommes accessoires qui seront dues lors de l'exécution de l'obligation de règlement de la caution.

§ 2 : Le cautionnement omnibus consenti par une caution dirigeante

336. – Plan. Le cautionnement indéfini de dettes indéterminées, aussi appelé cautionnement *omnibus*, consiste à garantir un montant illimité de dettes futures¹²⁵⁰. Un tel cautionnement couvre l'ensemble des dettes qu'un débiteur principal contracte ou contractera envers le créancier bénéficiaire de la sûreté. Ce type d'engagement présente un avantage incontestable pour les créanciers mais il représente évidemment un danger pour les cautions qui s'engagent sans mesurer l'étendue et les conséquences de leur signature. Un acte de cautionnement prévoyant que la caution s'engage à payer toutes les dettes que sa société doit ou devra à un créancier déterminé ne permet pas à une caution de mesurer la portée de son engagement et répond difficilement aux exigences de l'article 2292 du Code civil selon lequel le cautionnement doit être exprès et ne peut pas être étendu au-delà des limites dans lesquelles

1250 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 69, p. 108 : « Les cautionnements omnibus garantissant les dettes futures d'un débiteur ne sont en revanche pas frappés de nullité, à condition que leur objet soit déterminable par une identification suffisante des parties, de la nature des dettes garanties et qu'ils soient revêtus d'une mention manuscrite exprimant clairement la conscience par la caution de l'étendue de son engagement ».

il a été contracté.

Afin de préserver cette modalité d'engagement de la caution, la doctrine développa une théorie¹²⁵¹ – validée par la jurisprudence – permettant d'affirmer que ce type de cautionnement n'est pas synonyme de cautionnement indéterminable (I). Cependant, malgré la pertinence de cette thèse doctrinale et sa résistance aux causes d'extinction propres au cautionnement consenti par un dirigeant, l'intervention législative de l'été 2003 a considérablement réduit la possibilité de recourir aux cautionnements *omnibus* (II).

I – La validation du cautionnement *omnibus* par la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement

337. – Le cautionnement *omnibus* est-il contraire à l'article 2292 du Code civil ? Conformément à l'article 2292 du Code civil, le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Pour connaître l'étendue et les limites du cautionnement, encore faut-il que l'objet de l'obligation de la caution soit déterminé. En effet, il est impossible de dire qu'un contrat de cautionnement a été étendu au-delà de l'engagement consenti par la caution si la teneur et l'étendue de ses obligations ne sont pas préalablement définies dans le contrat ; autrement dit, si l'objet de l'obligation unique est indéterminé.

En visant cet article spécifique au droit du cautionnement, la Cour de cassation a parfois prôné une prohibition des conventions ayant pour objet le cautionnement de toutes les dettes futures contractées entre le débiteur principal et le créancier. Selon la première Chambre civile de la Cour de cassation, un cautionnement ne satisfait pas aux exigences de l'article 2292 du Code civil lorsque la caution s'engage à rembourser « *toutes les sommes que [le débiteur] peut ou pourra devoir [au créancier] pour quelque cause que ce soit* »¹²⁵². La Cour de cassation invalidait ainsi parfois les cautionnements *omnibus*, estimant que l'engagement à durée indéterminée de dettes futures ne permettait pas de définir les limites de l'engagement d'une

1251 Il s'agit de la thèse avancée par le Professeur Christian Mouly à propos de la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement de la caution (Ch. MOULY, « Les causes d'extinction du contrat de cautionnement », Volume 10 de Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Bibliothèque de droit de l'entreprise, *Librairies techniques*, 1979, Préf. M. Cabrillac, spéc. n^{os} 324 à 364).

1252 Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1992, n^o 90-17735 : *Bull. civ.* I, n^o 129 ; *RTD civ.* 1992, p. 602, obs. M. Bandrac.

caution et contrevenait, en ce sens, aux prescriptions de l'article 2292 du Code civil.

338. – La validité du cautionnement *omnibus* au regard du caractère déterminable de l'objet de l'obligation. *« Cette solution a toutefois été critiquée par certains auteurs, défavorables à l'interdiction systématique de tout cautionnement omnibus. Le droit commun des obligations a été alors appelé à la rescousse du créancier. Or, si l'objet d'une obligation doit être certain, c'est-à-dire déterminé ou déterminable, cette détermination s'impose non pas lors de la naissance de l'obligation mais au moment de son paiement. C'est cet argument qui a pu assurer la validité du cautionnement de dettes futures, la caution s'engageant à garantir toutes les dettes que le débiteur a ou aura envers le créancier. La seule exigence réside dans le contenu du contrat originaire, composé d'éléments qui doivent permettre d'assurer une détermination des futures obligations cautionnées. »*¹²⁵³

En considérant que les cautionnements *omnibus* étaient des cautionnements à objet indéterminé qui ne permettaient pas de connaître les limites de l'obligation de la caution, la jurisprudence était susceptible de se positionner en faveur d'une interdiction générale de ce type d'engagement. Afin d'éviter une prohibition générale des cautionnements *omnibus*, la doctrine développa un argumentaire irréfutable selon lequel l'article 2292 du Code civil n'impose pas que l'objet de l'obligation de la caution soit connu au jour de la conclusion du contrat, il suffit de pouvoir vérifier que le cautionnement n'a pas été étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté au jour où la caution est appelée. Cette thèse doctrinale s'appuyait notamment sur l'article 1129 du Code civil selon lequel l'objet de l'obligation unique ne doit pas nécessairement être déterminé, il peut être seulement déterminable au jour de la conclusion du contrat et déterminé lorsque la caution sera appelée en paiement¹²⁵⁴.

¹²⁵³ Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 90, p. 66.

¹²⁵⁴ J.-L. AUBERT, J. FLOUR, É. SAVAUX, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 15^e éd., coll. Sirey Université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2012, n° 236, p. 227 : « Cette détermination peut être reportée à plus tard sans que la validation du contrat soit remise en cause pourvu que la convention comporte l'indication précise des éléments qui permettront, le moment venu, de fixer l'objet de l'obligation sans que soit nécessaire un nouvel accord de volonté ou une manifestation unilatérale de la volonté de l'un des contractants. »

339. – L'obligation de couverture, l'obligation de règlement et la validité du cautionnement *omnibus*. Afin de convaincre la jurisprudence de la pertinence de ce raisonnement, le Professeur Christian Mouly développa une théorie selon laquelle le contrat de cautionnement comprend deux obligations distinctes ayant chacune un objet différent : l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. « *Les deux obligations s'emboîtent l'une dans l'autre, à la façon d'obligations gigognes. Elles sont étroitement unies au sein du contrat, l'obligation de règlement dépendant de l'obligation de couverture à maints égards* »¹²⁵⁵.

Lorsqu'un dirigeant s'engage dans un contrat de cautionnement, il souscrit deux obligations distinctes : l'obligation de garantir certaines dettes de sa société pendant un temps déterminé ou indéterminé (obligation de couverture¹²⁵⁶) et l'obligation de payer les dettes contractées par celui-ci durant le laps de temps couvert (obligation de règlement). « *L'obligation de règlement naît dès la conclusion du contrat et s'impose tant que dure le contrat. Elle suppose que la caution garantisse les créances éventuelles au fur et à mesure qu'elles vont naître. (...) Il va ensuite exister autant d'obligations de règlement que de dettes qui vont s'inscrire dans le cadre de l'obligation de couverture.* »¹²⁵⁷

En raisonnant de la sorte, il était possible d'affirmer que l'objet de l'obligation de la caution était déterminable dans les cautionnements *omnibus*, même si l'étendue de l'engagement n'était pas connue au jour de la conclusion de ce contrat. En effet, même si la « couverture » était à durée indéterminée et indéfinie dans son montant, l'objet de l'obligation de règlement de la caution était néanmoins déterminé au jour de sa mise à exécution. En divisant l'objet de l'obligation de la caution en deux obligations ayant chacune un objet (couverture, règlement), la doctrine offrait une conception permettant de valider le cautionnement *omnibus*, de répondre aux exigences de l'article 1129 du Code civil et d'affirmer que la caution ne pouvait pas être tenue au-delà de l'objet de son engagement conformément à l'article 2292 du Code civil. En scindant l'objet de

1255 Ch. MOULY, « Les causes d'extinction du contrat de cautionnement », Volume 10 de Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Bibliothèque de droit de l'entreprise, *Librairies techniques*, 1979, Préf. M. Cabrillac, n° 261.

1256 « *L'obligation de couverture de la caution dans les cautionnements de dettes futures comporte un double objet : d'une part déterminer l'étendue de l'intérêt cautionné, en poser les bornes puisque les créances garanties ne sont pas encore nées, d'autre part préserver cet intérêt contre les atteintes dont il peut être l'objet, en un mot couvrir le risque, l'aléa du non paiement.* » (*Ibid.*, n° 260).

1257 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 176 p. 122.

l'obligation de la caution en deux obligations distinctes, le Professeur Christian Mouly offrit ainsi à la jurisprudence¹²⁵⁸ une solution permettant de valider le principe du cautionnement *omnibus*¹²⁵⁹.

Cependant, la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement présente un moindre intérêt depuis que la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 a prohibé les cautionnements *omnibus* conclus par acte sous seing privé entre une caution personne physique et un créancier professionnel.

II – L'invalidation du cautionnement *omnibus* par le dispositif Dutreil

340. – La prohibition du cautionnement *omnibus* par la loi Dutreil.

L'article L. 341-2, inséré dans le Code de la consommation par la loi du 1^{er} août 2003, impose à toutes les cautions personnes physiques de recopier de leur main une mention précisant la durée de leur engagement (« *pour la durée de ...* »). L'entrée en vigueur de cette disposition pouvait faire naître deux interprétations fondamentalement opposées : soit la jurisprudence allait considérer que seuls les cautionnements conclus pour une durée déterminée seraient concernés par les exigences formelles de ce dispositif¹²⁶⁰, soit que le formalisme Dutreil prohibait purement et simplement les cautionnements indéfinis conclus sous seing privé par une caution personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel.

La jurisprudence trancha en faveur de cette seconde interprétation, affirmant que les limites imposées par ce texte avaient pour effet d'interdire la conclusion de cautionnements sans limitation de durée lorsque ceux-ci émanaient de cautions personnes physiques¹²⁶¹ : « *tous les actes de cautionnement souscrits par des personnes physiques, agissant à titre professionnel ou non, stipuleront par conséquent une durée déterminée.*

1258 Cass. 1^{re} civ., 2 juin 2004, n° 02-12.626 : *Bull. civ. I*, n° 157 ; *JCP G* 2005, I 135, obs. Ph. Simler consacrant expressément cette distinction : « *Attendu qu'en statuant ainsi alors, que le cautionnement litigieux prévoyait, en des stipulations claires, que la résiliation de l'engagement laissait subsister l'obligation pour la caution de régler les sommes dues pour les dettes dont l'origine était antérieure à la date de sa prise d'effet, la cour d'appel, qui a méconnu la distinction entre obligations de règlement et de couverture, a violé le texte susvisé* ».

1259 Le "mythe" développé par le Professeur Christian Mouly n'emporta cependant pas l'approbation de l'ensemble de la doctrine (pour les explications alternatives et les critiques : V. notamment A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN, *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 419 et s., p. 305 et s.)

1260 *A contrario*, tous les cautionnements conclus de manière indéfinie pour une durée indéterminée devaient être exclus du champ d'application de cette disposition et pouvaient être librement conclus entre les parties.

1261 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 69, p. 108.

Mais, la question se pose alors de savoir si cette durée s'applique à l'obligation de couverture, qui détermine la période au cours de laquelle les créances qui naissent sont garanties, ou à l'obligation de règlement, qui laisse subsister à la charge de la caution l'obligation de payer les créances nées avant l'échéance du cautionnement. En l'absence de jurisprudence en la matière, il est difficile d'être catégorique et par prudence, le créancier bénéficiaire du cautionnement devra considérer que la durée fixée dans l'acte de cautionnement, s'applique à l'obligation de règlement »¹²⁶².

Avant l'adoption de la loi Dutreil, l'engagement d'une caution dirigeante était très fréquemment qualifié de cautionnement *omnibus*, c'est-à-dire d'un engagement garantissant l'ensemble des dettes présentes et à venir de sa société sans limitation de durée. Cependant, depuis que le nouvel article L. 341-2 a fait son apparition dans le Code de la consommation, les créanciers professionnels ne peuvent plus obtenir de tels cautionnements à durée indéterminée de la part des cautions dirigeantes et sont désormais contraints de fixer un montant et un terme à l'engagement de celles-ci (à moins qu'ils fassent le choix de conclure cette convention sous la forme d'un acte authentique)¹²⁶³. La Cour de cassation estime même désormais que toutes les modifications du contrat principal postérieurement à la souscription du cautionnement doivent être expressément acceptées par la caution et que la connaissance que celle-ci pouvait en avoir en sa qualité de dirigeant de la société débitrice ne suffit pas à caractériser une telle acceptation¹²⁶⁴.

341. – Les adaptations pratiques pour maintenir le cautionnement *omnibus* du dirigeant. Le formalisme instauré par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 semble avoir réduit à néant la possibilité de faire signer sous seing privé es cautionnements *omnibus* aux cautions dirigeantes. Cette forme de cautionnement était pourtant le cautionnement de prédilection des créanciers à l'égard des cautions dirigeantes, celui leur assurant une protection optimale contre le risque d'impayé. Il était dès lors prévisible que les créanciers professionnels allaient s'organiser pour contourner l'interdiction des

1262 P. BOUTEILLER, « Loi pour l'initiative économique : le renforcement de la protection des cautions », *RLDA* 2003/64, p. 5.

1263 Par ailleurs, rappelons que l'article L. 341-5 du Code de la consommation, également issu de la loi du 1^{er} août 2003, interdit les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel (même par acte authentique) 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.

1264 Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-21.074 : *Bull. civ.* IV, publication en cours.

cautionnements *omnibus* et pour développer des solutions leur permettant de conserver l'étendue que procure un tel cautionnement, tout en se conformant aux dispositions insérées par la loi Dutreil.

*« Dans ces conditions, deux pratiques peuvent, selon la nature de l'obligation garantie, être adoptées : dans le cadre d'un cautionnement souscrit pour sûreté du remboursement d'un prêt amortissable par échéances, le créancier stipulera une durée excédant de deux ans par exemple la durée du prêt, ce délai supplémentaire lui permettant de prendre toute disposition pour exercer d'éventuels recours contre la caution ; dans le cadre d'un cautionnement destiné à garantir le remboursement d'un découvert ou d'un cautionnement de tous engagements, deux solutions peuvent être adoptées : stipuler et prévoir dans la mention manuscrite une durée déterminée (3 ans, 5 ans, 10 ans par exemple), sachant qu'avant le terme prévu, le créancier devra soit veiller à obtenir une nouvelle garantie, soit dénoncer le crédit pour, le cas échéant, en demander, paiement à la caution si le débiteur principal ne peut répondre de sa dette, stipuler et prévoir dans la mention manuscrite, une durée maximum (par exemple 10 ans) et offrir à la caution, par une clause du contrat de cautionnement, la faculté de dénoncer, au cours de cette période, son engagement moyennant le respect d'un délai de préavis ».*¹²⁶⁵

L'engagement consenti par une caution dirigeante, comme celui souscrit par n'importe quelle autre caution personne physique envers un créancier professionnel, doit ainsi obligatoirement comprendre un terme et un montant¹²⁶⁶. Même si les créanciers s'attèlent à trouver des parades au dispositif Dutreil, ils agissent désormais de la même manière à l'égard de toutes les cautions, quelle que soit leur qualité, lorsqu'ils tentent d'obtenir l'engagement personnel le plus conséquent possible.

La caution dirigeante n'est donc plus une caution *omnibus* à l'égard de laquelle on peut exiger un paiement pour toutes les sommes issues du contrat principal qui ne sont pas expressément visées dans le cautionnement, elle est devenue une caution personne physique ordinaire qui s'engage, par acte sous seing privé, pour un montant défini et pour une durée déterminée et par acte notarié ou par acte sous seing privé contresigné par avocat, pour un montant

¹²⁶⁵ P. BOUTEILLER, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁶⁶ Le montant concerne le principal, les intérêts, les pénalités et intérêts de retard conformément à l'article L. 341-2 du Code de la consommation (Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, n° 125, p. 116).

limité en cas de cautionnement solidaire. Le législateur a ainsi définitivement banni la distinction prétorienne fondée sur la qualité de la caution s'agissant de l'objet de son obligation.

Section 2. La proportionnalité de l'objet de l'obligation, un mécanisme subjectif de protection des intérêts de la caution dirigeante

342. – Plan. Le « principe de proportionnalité » est une « *expression quelque peu approximative car il s'agit moins de proportion que de suffisance. Il est vrai que si le langage courant définit la disproportion comme "la différence excessive entre deux ou plusieurs choses", le juriste semble lui donner une signification différente, le Vocabulaire Capitaneux mentionnant comme second sens de la proportionnalité la "juste mesure, principe d'adéquation"* »¹²⁶⁷.

Le principe de proportionnalité est donc un outil de régulation, il permet de trouver une « *juste mesure* » dans les relations contractuelles et de sanctionner la conclusion d'une obligation déséquilibrée, même valablement consentie. Jusqu'à la fin des années 1980, la seule forme de proportionnalité visible en droit du cautionnement se trouvait à l'article 2295 du Code civil. Selon ce texte, « *le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter et qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation* ». Cependant, cette disposition ne pouvait pas être considérée comme un mécanisme protégeant les intérêts des cautions, la quête de la « *juste mesure* » visant uniquement à protéger les intérêts des créanciers¹²⁶⁸.

¹²⁶⁷ M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 332, p. 237.

¹²⁶⁸ En effet, si l'article 2295 du Code civil impose une adéquation entre les capacités financières de la caution et l'obligation souscrite par le débiteur principal, sa formulation et l'absence de sanction en cas de disproportion démontrent clairement une intention de protéger les intérêts du créancier et de lui assurer la constitution d'un garant solvable. La jurisprudence refuse d'ailleurs que les cautions puissent se fonder sur l'article 2295 du Code civil pour se soustraire à leurs engagements, affirmant régulièrement que cette disposition protège les seuls intérêts du créancier (Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1988, n° 86-18.264 : *Bull. civ.* I, n° 173 ; *D.* 1988, p. 177). La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait même affirmé, dans une décision en date du 3 mars 1987 (Cass. com., 3 mars 1987, n° 85-15.157 : *Bull. civ.* IV, n° 58 ; *D.* 1987, p. 449, obs. L. Aynès ; *Gaz. Pal.* 1987, n° 2, p. 443, obs. S. Piedelièvre), que les juges du fond n'avaient pas à rechercher l'existence d'une éventuelle faute du créancier ayant accepté un cautionnement disproportionné puisque ce dernier avait toujours la possibilité d'accepter une caution ne

Le premier principe de proportionnalité protégeant les intérêts de la caution fut introduit par la loi Neiertz du 31 décembre 1889, désormais codifié à l'article L. 313-10 du Code de la consommation. Selon ce texte, « *un établissement de crédit, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres I^{er} ou II du présent titre, 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* ». Certes, cet article avait le mérite d'instituer un premier principe de proportionnalité en droit du cautionnement mais son champ d'application était si restreint que la jurisprudence et le législateur furent contraints d'intervenir pour instaurer un principe général de proportionnalité en droit du cautionnement (§1).

À ce jour, il existe donc concurremment un principe spécial de proportionnalité fondé sur l'article L. 313-10 du Code de la consommation ainsi que deux principes généraux de proportionnalité : l'un d'origine jurisprudentielle excluant les cautions dirigeantes de son domaine d'application et l'un d'origine légale fondé sur le nouvel article L. 341-4 du Code de la consommation, bénéficiant à toutes les cautions personnes physiques, y compris aux cautions dirigeantes (§2).

§ 1 : La détermination des principes de proportionnalité en droit du cautionnement

343. – Plan. « *La mise en oeuvre d'un cautionnement peut être source de ruine d'une caution. Si l'engagement de la caution est illimité ou s'il dépasse ses facultés de remboursement, il peut même endetter une caution à vie. Jusqu'à une date récente, cette conséquence paraissait acceptable dans la mesure où le cautionnement était exclusivement conçu dans l'intérêt du créancier.*

Aujourd'hui, l'équilibre dans les relations contractuelles est de plus en plus recherché. S'agissant du cautionnement, il apparaît que la protection du créancier ne doit pas conduire à des excès. Un principe de proportionnalité

remplissant pas les conditions posées par l'article 2295 du Code civil (S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, coll. Cours magistral, Paris, 2008, Ellipses, n° 192, p. 119).

tend ainsi à s'imposer dans notre droit. Il s'en déduit que le créancier ne doit pas commettre d'abus lorsqu'il sollicite un cautionnement. »¹²⁶⁹ Afin de protéger l'équilibre des relations contractuelles et de limiter la souscription de cautionnements ayant un caractère excessif, le législateur procéda à l'insertion d'une première disposition dans le Code de la consommation par une loi du 31 décembre 1989 dite « loi Neiertz »¹²⁷⁰.

Considéré comme un moyen de défense à destination des cautions soucieuses de ne pas respecter leurs engagements¹²⁷¹, ce premier principe de proportionnalité bénéficiait néanmoins d'un champ d'application restreint aux seuls contrats ayant pour objet le cautionnement d'opérations de crédit à la consommation ou de crédit immobilier et ne s'appliquait pas aux cautionnements de prêts destinés à financer des opérations professionnelles. Refusant de se contenter d'un principe de proportionnalité réservé au droit spécial de la consommation, la jurisprudence introduisit alors un principe général de proportionnalité en droit du cautionnement (I) que le législateur étendit par la suite à toutes les cautions personnes physiques, y compris aux cautions dirigeantes (II).

I – L'instauration d'un principe prétorien de proportionnalité en droit commun du cautionnement

344. – La consécration jurisprudentielle d'un principe général de proportionnalité. « *Le droit commun du cautionnement n'est pas resté insensible à cette quête d'équilibre du droit de la consommation* »¹²⁷². L'article L. 313-10 du Code de la consommation ne permettant pas à la jurisprudence d'appliquer le principe de proportionnalité à tous les contrats de cautionnement, elle en fit « *l'annonciateur de solutions jurisprudentielles*

¹²⁶⁹ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 170, p. 130-131.

¹²⁷⁰ L'article L. 313-10 du Code de la consommation prévoit ainsi qu'un établissement de crédit, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier ne peut se prévaloir du cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres I^{er} ou II du présent titre, 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. Depuis lors, un tel créancier peut se prévaloir du cautionnement d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier consenti par une personne physique uniquement si l'objet de l'obligation unique est proportionné à ses biens et revenus.

¹²⁷¹ S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, n° 192, p. 120.

¹²⁷² Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 62, p. 96.

*consacrant cette exigence de proportionnalité »*¹²⁷³.

Insatisfaite par le principe spécial de proportionnalité inséré par le législateur du 31 décembre 1989, la Chambre commerciale de la Cour de cassation se positionna en faveur d'un principe de proportionnalité applicable à tous les contrats de cautionnement – y compris à ceux consentis par des cautions dirigeantes – à l'occasion du célèbre arrêt *Macron* du 17 juin 1997¹²⁷⁴. Par cet arrêt de principe, la Chambre commerciale utilisa le droit de responsabilité et le fondement de la bonne foi contractuelle pour étendre cette exigence de proportionnalité à tous les contrats de cautionnement et, en l'occurrence aux cautionnements consentis par les dirigeants en garantie des dettes de leur société. « *Selon les termes de l'arrêt Macron, rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 17 juin 1997, la banque créancière est considérée de mauvaise foi lorsqu'elle conclut un contrat de cautionnement manifestement disproportionné par rapport aux revenus et au patrimoine de la caution. En l'espèce, un créancier avait obtenu, en garantie de la dette de la société débitrice principale, l'aval du dirigeant à concurrence de la somme de 20 000 000 francs, montant indéniablement excessif. Il appartenait au banquier de questionner la caution sur sa fortune et ses ressources, tout en veillant à conserver une preuve de cette démarche (un document signé par la caution indiquant ses ressources et son patrimoine, par exemple). Cette décision ne faisait que transposer, au nom d'un impératif de bonne foi découvrant un large principe de proportionnalité, des exigences déjà présentes en droit de la consommation à l'article L. 313-10 du Code de la consommation.* »¹²⁷⁵

La Chambre commerciale affirma alors que la garantie souscrite par Monsieur Macron pour un montant de 20.000.000 francs était « *manifestement disproportionnée* » à ses revenus, d'un montant mensuel de 37.550 francs, et à son patrimoine, d'un montant inférieur à 4.000.000 francs. Elle estima qu'il ressortait des circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, que cette dernière avait commis une faute en demandant une telle garantie sans commune mesure avec le patrimoine et les revenus de Monsieur Macron. En conséquence, la Cour de cassation

1273 D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 172, p. 132.

1274 Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105 : *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *JCP E* 1997, II 1007, note D. Legeais ; *Defrénois* 1997, p. 1424, note L. Aynès ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac ; *JCP G* 1998, I 103, obs. Ph. Simler ; *D.* 1998, p. 208, note J. Casey ; *RTD civ.* 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; *Bull. Joly* 1997, p. 866, obs. P. Le Cannu.

1275 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 96, p. 68.

estima que la validité du contrat n'était pas affectée mais que le créancier devait réparer le préjudice causé par sa mauvaise foi lors de la conclusion du contrat¹²⁷⁶.

345. – L'arrêt *Macron* : « le temps des incertitudes »¹²⁷⁷. Si l'engagement consenti par Monsieur Macron apparaissait manifestement disproportionné par rapport à ses ressources – le principal cautionné correspondant à un cinquième de son patrimoine et les intérêts contractuels étant cinq fois supérieurs à ses revenus bruts mensuels – la solution consacrée à cette occasion ne fit cependant pas l'unanimité en doctrine. La période *post-Macron* fut qualifiée de « *temps des incertitudes* » par certains auteurs qui refusaient d'admettre que cette décision ait une portée aussi absolue qu'elle le laissait entendre et qui n'hésitaient pas à souligner que le régime juridique du principe de proportionnalité consacré par la jurisprudence était incertain et ne ressemblait en rien au régime juridique du principe de proportionnalité fondé sur l'article L. 313-10 du Code de la consommation.

Même si le contexte de signature et les modalités d'engagement de Monsieur Macron laissaient incontestablement apparaître la mauvaise foi du créancier, la doctrine s'inquiétait de l'absence de précision jurisprudentielle quant à la faute du créancier. Cette obligation de bonne foi s'assimilait-elle à un devoir de mise en garde voire à une obligation de conseil à la charge des créanciers¹²⁷⁸ ? Une telle confusion, parfois faite par la Cour de cassation elle-même¹²⁷⁹, devait cependant être écartée car le créancier n'avait pas à attirer l'attention de la caution sur les risques d'un engagement disproportionné et/ou n'avait pas à la dissuader de contracter, il devait simplement s'assurer, dans son seul intérêt, que le patrimoine et les revenus de la caution lui permettraient d'assumer ses engagements le moment venu : « *le créancier n'alerte nullement la caution. Il doit veiller à ce qu'il existe un rapport entre le patrimoine de la caution, ses revenus et le montant de son engagement. Il est donc préférable d'y voir une nouvelle application du principe de contracter bonne foi. C'est une application de la responsabilité contractuelle de la banque envers la caution* »¹²⁸⁰.

1276 En pratique, les dommages-intérêts alloués à la caution se compensaient avec les sommes réclamées en exécution de ses engagements de caution.

1277 B. ROMAN, *Droit du cautionnement*, coll. Mise au point, Paris, Ellipses, 2005, n° 85, p. 44.

1278 *Ibid.*, n° 85, p. 44.

1279 Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19315 : *Bull. civ.* IV, n° 103 ; *JCP E* 2006, 1890, obs. D. Legeais.

1280 D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 172, p. 133.

En sus de cette problématique liée au régime juridique, la solution de l'arrêt *Macron* avait été vivement critiquée en ce qu'elle conduisait à libérer indistinctement toutes les cautions, notamment les cautions dirigeantes, alors que celles-ci étaient considérées comme des cautions ayant contracté en connaissance de cause et, pis encore, s'engageaient parfois dans une telle garantie en sachant pertinemment que leur patrimoine ne leur permettrait jamais de faire face à leurs engagements. En dépit des résistances et des critiques, « *cette décision qui s'inspirait d'une règle spécifique au seul droit de la consommation semblait avoir fait des émules parmi certains juges du fond. Ainsi la cour d'appel de Paris accorda, le 27 novembre 1998¹²⁸¹, à une coiffeuse, gagnant 1.900 F par mois et qui avait souscrit un cautionnement de 120.000 F, des dommages-intérêts équivalents au montant de l'engagement souscrit, ce qui conduisit à une neutralisation totale de l'engagement. De la même façon, la cour d'appel de Lyon jugea qu'un cautionnement de 700.000 F était disproportionné aux revenus mensuels d'une caution s'élevant à 5.700 F et prononça par voie de compensation une réduction de moitié de ce dernier¹²⁸² »¹²⁸³.*

Constatant que les juges du fond suivaient volontiers les cautions sur le terrain de la jurisprudence *Macron*, certains auteurs s'inquiétèrent de ses conséquences et alertèrent sur le risque d'engagement systématique de la responsabilité des créanciers et de la décadence corrélative de l'institution du cautionnement.

346. – Les arrêts du 11 mai 1999 : le temps des illusions. La propagation de la solution *Macron* et son application systématique aux cautions de mauvaise foi étaient tant redoutées qu'une partie de la doctrine avait espéré voir un sérieux tempérament à la possibilité d'engager la responsabilité des créanciers (sur le fondement du principe de proportionnalité) dans trois arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation (réunie en formation plénière) le 11 mai 1999. Dans ces décisions, la Chambre commerciale avait affirmé « *qu'en se déterminant par de tels motifs sans relever que la banque savait que la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise, et sans rechercher, dans le cas où elle*

1281 Paris, 27 nov. 1998, 15^e ch., n° 1997/22306 : *JCP G* 1999, II 10092, note J. Casey ; *JCP G* 1999, I 116, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

1282 Lyon, 3^e ch., 16 janv. 1998, n° 95/01989 : *JCP G* 1999, I 116, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

1283 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 109, p. 108.

*l'aurait été, si, par suite de circonstances exceptionnelles, M. X... l'ignorait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »*¹²⁸⁴.

Une partie de la doctrine, dont le Professeur Philippe Dupichot, écrivait que ces décisions avaient « *manifestement souhaité endiguer le flot de contentieux qui pourrait être engagé par des cautions averties et de mauvaise foi : la Cour entend refuser par principe, et "sauf circonstances exceptionnelles", aux cautions dirigeantes le droit d'invoquer la responsabilité de la banque à raison, notamment, de la disproportion du cautionnement* »¹²⁸⁵. Ces arrêts étaient donc censés réduire incontestablement et considérablement la portée de l'arrêt *Macron* à l'égard des cautions dirigeantes. Ces dernières ne semblaient plus être en mesure d'engager la responsabilité du créancier en raison d'un cautionnement disproportionné, sauf si elles démontraient l'existence de circonstances exceptionnelles¹²⁸⁶.

Cependant, les arrêts du 11 mai 1999 étaient loin d'être aussi éloquents et ne visaient, en réalité, ni les cautions dirigeantes, ni mêmes les cautions. Pour faire la lumière sur la portée de ces arrêts, il est opportun de citer les observations du Professeur Michel Cabrillac : cette solution « *constitue simplement un rappel à l'ordre classique. La Chambre commerciale a reproché à la décision qui lui était soumise un défaut de base légale parce qu'elle avait énoncé que la situation de l'entreprise en cause "était très obérée". Or, on sait que pour admettre la responsabilité du dispensateur de crédit, il faut que l'entreprise soit en "situation irrémédiablement compromise" et que le banquier l'ait su ou n'aurait pas dû l'ignorer* »¹²⁸⁷. Pour se convaincre du sens à donner à ces trois décisions, il est également intéressant de se référer aux conclusions de l'avocat général¹²⁸⁸ dans ces trois affaires, ne laissant aucun doute sur la nature exacte de la problématique : il était uniquement question du bénéficiaire d'un crédit d'un montant excessif eu égard à ses capacités de remboursement ; autrement dit, d'un débiteur principal et en aucun cas d'une caution (dirigeante).

347. – L'arrêt *Nahoum* : « le temps de la clarification »¹²⁸⁹. La Cour de

1284 Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088 : *Bull. civ. IV*, n° 95 ; *JCP E* 1999, p. 1730, note D. Legeais ; *RTD com.* 1999, p. 733, obs. M. Cabrillac.

1285 Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 109, p. 109.

1286 Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088 : *Bull. civ. IV*, n° 95 ; *JCP E* 1999, p. 1730, note D. Legeais ; *RTD com.* 1999, p. 733, obs. M. Cabrillac.

1287 M. CABRILLAC, « La responsabilité d'une banque pour soutien abusif est tempérée par le principe de non-ingérence », *RTD com.* 1999, n° 3, p. 733.

1288 M.-Ch. PINIOT, note sous Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088 : *Bull. civ. IV*, n° 95, n° 96-13.441 et n° 95-22.042, inédits : *RJDA*, 6/1999, p. 495.

1289 B. ROMAN, *op. cit.*, n° 87, p. 46.

cassation limita réellement le recours au principe de proportionnalité par les cautions dirigeantes à l'occasion d'un autre célèbre arrêt : l'arrêt *Nahoum* du 8 octobre 2002. Seule cette décision permet d'établir un revirement de la jurisprudence *Macron* et d'affirmer que la Cour a effectivement souhaité se montrer plus rigoureuse à l'égard des cautions dirigeantes.

Dans les faits, un père et son fils avaient constitué une société anonyme afin que cette dernière se porte acquéreur de plusieurs immeubles parisiens dans le cadre de leur activité de promotion immobilière. Ils s'étaient portés cautions solidaires des emprunts contractés par leur société auprès de la banque à concurrence de 23.500.000 francs. Lorsque la banque réclama l'exécution de leurs engagements, les cautions invoquèrent la responsabilité du créancier pour leur avoir fait conclure un engagement disproportionné par rapport à leurs ressources financières personnelles. La cour d'appel avait débouté les cautions, jugeant que leurs revenus mensuels n'étaient pas disproportionnés au regard des profits dont ils auraient pu bénéficier en cas de succès des projets immobiliers.

À l'appui de leur pourvoi, les cautions soutenaient que le profit escompté ou virtuellement retiré n'ôtait pas son caractère fautif à la prise d'un engagement de caution disproportionné au regard de leurs capacités financières. La Cour de cassation rejeta cependant le pourvoi des cautions, respectivement président du conseil d'administration et directeur général de la société, considérant qu'elles étaient mal fondées à engager la responsabilité du créancier, dès lors qu'elles n'avaient « *jamais prétendu ni démontré que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées* »¹²⁹⁰.

348. – De la proportionnalité *Macron* à l'information *Nahoum*. Dans l'arrêt *Macron*, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considérait qu'un créancier contractait de mauvaise foi lorsqu'il faisait conclure un cautionnement « *manifestement disproportionné* » par rapport aux revenus et au patrimoine de la caution. L'engagement de la responsabilité du créancier

1290 Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18619 : *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *JCP E* 2002, 1730, note D. Legeais ; *JCP E* 2003, 852, obs. Ph. Simler ; *JCP G* 2002, II 10017, note Y. Picod ; *D.* 2003, p. 414, note C. Koering ; *Bull. Joly* février 2003, note J. Devèze ; *RTD civ.* 2003, p. 124, obs. P. Crocq ; *Defrénois* 2003, p. 456, obs. Ph. Théry ; *Les Petites Affiches* 18 juillet 2003, n° 143, p. 12, note C. Brenner.

s'appréciait donc de façon objective, au regard de la disproportion entre l'étendue du cautionnement et les capacités financières de la caution. La qualité de la caution était indifférente dès lors que le cautionnement apparaissait manifestement disproportionné. *« Dans l'arrêt Macron du 17 juin 1997, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité d'un établissement de crédit, pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi, alors que celui-ci avait fait souscrire à une caution dirigeante, pourtant rompue aux affaires, un engagement sans rapport avec son patrimoine et ses revenus. »*¹²⁹¹

Dans l'arrêt *Nahoum*, la Chambre commerciale modifia sa manière de concevoir le principe de proportionnalité, estimant qu'il n'était pas suffisant d'observer la disproportion apparente et que la caution dirigeante devait, avant cela, démontrer que le créancier était le seul à détenir des informations sur la disproportion du cautionnement. *« En clair, pour apprécier la disproportion entre l'engagement de la caution et le montant de ses revenus, au jour de la conclusion du contrat, il est nécessaire qu'au préalable, il soit avéré que la banque détenait des informations que la caution elle-même ignorait, ce qui laisse entendre qu'elle soit profane. Cette décision tend à limiter les facultés d'actions des cautions pour rechercher la responsabilité des banquiers. L'objectif se révèle en effet multiple : les tempéraments retenus permettent tout d'abord de déplacer les fondements juridiques de la solution, du terrain de la proportionnalité et de la responsabilité civile vers celui de l'information détenue ou non par la banque : cette dernière n'est responsable que si possédant des informations négatives sur la situation financière de la caution, elle conclut quand même un contrat de cautionnement (...) Enfin les tempéraments consacrés par l'arrêt Nahoum illustrent la volonté jurisprudentielle de réduire l'influence du consumérisme : la nouvelle jurisprudence en la matière impose que soit circonscrite la protection des cautions aux seules "cautions profanes", les dirigeants ne pouvant bénéficier de ce régime protecteur. »*¹²⁹²

349. – Une appréciation « absurde » de la disproportion. La solution de l'arrêt *Nahoum* est si différente de la formulation utilisée dans l'arrêt *Macron*

1291 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 411, p. 132.

1292 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 98, p. 69.

– en ce qu'elle relègue le montant de la dette cautionnée au second plan et qu'elle se réfère en premier lieu à l'information détenue par le créancier et ignorée de la caution – qu'il était possible de penser que la Chambre commerciale avait finalement renoncé à instaurer un principe général de proportionnalité en droit du cautionnement. *« Il n'en était rien. Des arrêts subséquents allaient au contraire démontrer que la Cour de cassation avait simplement voulu cantonner l'application du principe, excluant de son bénéfice les cautions dirigeantes »*¹²⁹³. »¹²⁹⁴

L'arrêt *Nahoum* ne poursuivait donc qu'un seul objectif : réduire la portée de l'arrêt *Macron* et limiter le recours au principe jurisprudentiel de proportionnalité aux seules cautions profanes. L'engagement de la responsabilité du créancier ne tient plus seulement à une appréciation objective de la disproportion, elle est désormais conditionnée à la détention d'informations par le créancier (sur la capacité financière de la caution dirigeante et sur la rentabilité de l'opération garantie) et à l'ignorance de la caution (sur ces mêmes informations)¹²⁹⁵. *« La motivation "de pur droit" retenue par cette décision frôlait l'absurdité : jamais en pratique un créancier ne détiendra des informations sur la consistance du patrimoine ou les revenus existants ou escomptés de la caution que cette dernière ignorera ! Sans doute est-ce la raison pour laquelle les décisions ultérieures de la Cour de cassation témoignent d'une plus grande bienveillance à l'égard de la consécration d'une exigence de proportionnalité, et ce au moins lorsque la caution n'est pas dirigeante. »*¹²⁹⁶

En instaurant une méthode d'appréciation de la disproportion prioritairement fondée sur la détention d'informations par la caution, la Cour de cassation poursuivait un objectif simple : écarter, sauf circonstances exceptionnelles, les cautions dirigeantes du principe de proportionnalité et réserver le bénéfice de l'arrêt *Macron* aux autres cautions personnes physiques¹²⁹⁷.

1293 Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-11.238 et 01-01.204, inédits : *Bull. Joly* 2004, p. 220, note J.-F. Barbiéri.

1294 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 172, p. 133-134.

1295 S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, coll. Cours magistral, Paris, 2008, Ellipses, n° 197, p. 122-123.

1296 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 109, p. 110.

1297 Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série Droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 180, p. 166.

II – L'instauration d'un principe légal de proportionnalité en droit commun du cautionnement

350. – Plan. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, il existait deux sortes de principes de proportionnalité en droit du cautionnement, chacun disposant d'un fondement et d'un champ d'application distincts. Le principe légal de proportionnalité reposait uniquement sur l'article L. 313-10 du Code de la consommation et ne s'appliquait qu'aux contrats de cautionnement conclus par une personne physique en vue de garantir un crédit immobilier ou un crédit à la consommation. Cette disposition excluait expressément le cautionnement de dettes professionnelles et par voie de conséquence, la sûreté consentie par une caution dirigeante. Le principe jurisprudentiel de proportionnalité repose, quant à lui, sur le fondement de la bonne foi contractuelle et exclut, depuis l'arrêt *Nahoum* du 8 octobre 2002, les cautions dirigeantes du bénéfice de ce principe, sauf circonstances exceptionnelles justifiant que ces dernières aient ignoré des informations sur leurs situations financières ou la rentabilité de l'opération connues du créancier.

La formulation de l'arrêt *Nahoum* était si différente de celle de l'arrêt *Macron* – en ce qu'elle ne traitait plus à proprement parlé de la disproportion du cautionnement mais davantage de l'information détenue par la caution – qu'il était possible de penser que la Cour de cassation ne souhaitait plus appliquer de principe de proportionnalité en dehors du champ d'application de l'article L. 313-10 du Code de la consommation. Même si les décisions postérieures à l'arrêt *Nahoum* laissent peu de doutes sur la volonté prétorienne de maintenir un principe général de proportionnalité en droit du cautionnement, le législateur s'était empressé d'intervenir afin de conserver ce principe et de l'étendre à toutes les cautions personnes physiques¹²⁹⁸ (A). C'est dans ce contexte que la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 inséra un principe légal et général de proportionnalité en droit du cautionnement imposant aux créanciers professionnels de conclure des cautionnements proportionnés aux capacités financières des cautions personnes physiques s'ils souhaitent se prévaloir de leurs engagements (B).

¹²⁹⁸ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 173, p. 135.

A) Le champ d'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation

351. – Une disposition applicable aux cautions dirigeantes. S'inspirant très fortement de la rédaction de l'article L. 313-10 du Code de la consommation, l'article 11 de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique instaura une nouvelle disposition dans le Code de la consommation dans les termes suivants : « *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* ». Contrairement au texte issu de la loi Neiertz, cet article possède un domaine d'application très étendu, ayant incontestablement vocation à généraliser le principe de proportionnalité en droit du cautionnement : « *il s'applique à tous les cautionnements souscrits par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels. C'est-à-dire de créanciers dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale. (...) Le principe tel qu'il est consacré va profiter à l'ensemble des personnes physiques cautions, les dirigeants notamment* »¹²⁹⁹.

Tandis que la commission présidée par le Professeur Michel Grimaldi militait en faveur d'une exclusion des cautions dirigeantes pour l'application de ce principe légal¹³⁰⁰, la Cour de cassation refusa de distinguer entre les cautions personnes physiques puisque la loi n'opérait elle-même aucune distinction. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La volonté du législateur était suffisamment claire pour que la Cour de cassation soit contrainte d'apprécier le texte de façon littérale et d'appliquer ce principe de proportionnalité uniformément à toutes les cautions personnes physiques, y compris aux cautions dirigeantes¹³⁰¹. Le dispositif Dutreil bénéficie donc au dirigeant qui s'est porté caution des dettes de sa société, celui-ci étant une

¹²⁹⁹ *Ibid.*, n° 174, p. 135-136.

¹³⁰⁰ Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 104, p. 72.

¹³⁰¹ Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-66.309, inédit : *RLDC* 2010/72, n° 3848, p. 30, obs. J.-J. Ansault ; *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 138, obs. D. Legeais.

personne physique¹³⁰². La qualité de la caution personne physique étant indifférente pour l'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, les juges du fond doivent seulement rechercher si l'engagement de celle-ci n'était pas objectivement disproportionné à ses capacités financières au jour de son engagement¹³⁰³.

352. – L'opportunité de l'extension du principe de proportionnalité aux cautions dirigeantes. *« L'extension ainsi opérée par le législateur est-elle opportune ? Certains ne le pensent pas qui considèrent, comme la jurisprudence traditionnelle, que le dirigeant responsable est le mieux placé pour connaître l'état des affaires entrepreneuriales et la portée des engagements souscrits au titre du cautionnement. Il n'y aurait donc pas de raison de pénaliser le bénéficiaire de la caution au risque de peser sur la politique générale de distribution du crédit en protégeant abusivement des entrepreneurs malheureux qui cherchent simplement à s'affranchir d'obligations librement contractées. Nous avons déjà eu l'occasion de soutenir une position inverse en opposant à l'argumentation ainsi développée le constat que le dirigeant, s'il est (ou devrait être) un professionnel averti au sens de sa connaissance de l'entreprise, ne l'est pas nécessairement au regard des engagements souscrits vis-à-vis du fournisseur du crédit. (...) L'assimilation systématique du dirigeant caution à un professionnel averti relève donc dans certains cas d'une forme de sophisme judiciaire et la jurisprudence n'est pas avare de situations dans lesquelles, tout en étant des entrepreneurs normalement avertis, les dirigeants cautions sont loin d'avoir pris la mesure d'engagements dont la portée est inversement proportionnelle à l'information reçue et aux formalités entourant leur mise en place. Le choix du législateur a le mérite de la clarté et devrait sur ce point limiter le contentieux. »*¹³⁰⁴

L'intervention législative du 1^{er} août 2003 divise manifestement la doctrine. Elle est tantôt critiquée pour avoir mis fin à l'équilibre jurisprudentiel précédemment établi pour l'application du principe de proportionnalité ;

1302 Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814 : *Bull. civ.* IV, n°112 ; *D.* 2010, p. 1620, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2010, p. 1985, note D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2010, p. 593, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2010, p. 552, obs. C. Champaud et D. Danet ; *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 172, obs. D. Legeais ; *JCP E* 2010, 1678, obs. D. Legeais ; *Banque et droit* 2010, n° 133, p. 59, obs. F. Jacob ; *RLDC* 2010/74, n° 3933, p. 36, obs. G. Marraud des Grottes.

1303 Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-16.355, inédit.

1304 C. CHAMPAUD, D. DANET, « Dirigeants sociaux. Cautionnement. Disproportion de l'engagement. Impossibilité pour la banque de se prévaloir de l'engagement. Article L. 341-4 du Code de la consommation », *RTD com.* 2010, n° 3, p. 552.

tantôt saluée pour sa pertinence et son réalisme. Les cautions dirigeantes sont certes les contractants les plus avertis sur les données relatives à leur entreprise mais elles peuvent également être profanes en ce qui concerne la conclusion d'un contrat de cautionnement. *Dura lex, sed lex*. Si le législateur a souhaité insérer un principe de proportionnalité applicable à toutes les cautions personnes physiques, la jurisprudence doit s'y conformer et ne peut plus priver les cautions dirigeantes de ce bénéfice si deux conditions cumulatives sont réunies : le cautionnement était manifestement disproportionné par rapport aux revenus et aux biens de la caution au moment de la conclusion du contrat et reste manifestement disproportionné au jour où cette dernière est appelée.

353. – L'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation dans le temps. L'application de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 souleva plusieurs questionnements. Au-delà de la qualité des cautions concernées par ce texte, une autre problématique se posa rapidement à propos de l'application de cette disposition dans le temps.

Certaines juridictions du fond estimaient que cet article, d'application immédiate¹³⁰⁵, concernait tous les contrats de cautionnement, y compris ceux conclus avant l'entrée en vigueur de la loi¹³⁰⁶. Cependant, d'autres juridictions estimaient qu'en « *l'absence de dispositions transitoires donnant au texte un caractère rétroactif, la loi nouvelle ne pouvait s'appliquer aux contrats conclus avant son entrée en vigueur. Certes, on aurait pu soutenir que l'exigence de proportionnalité constituait une disposition interprétative de la jurisprudence antérieure ayant consacré un tel principe. Cependant, tant le champ d'application du principe prétorien que sa sanction diffère du texte légal* »¹³⁰⁷. Refusant de reconnaître un quelconque caractère impératif à cette disposition, la Chambre mixte de la Cour de cassation affirma que l'application de l'article L. 341-4 du Code de consommation devait être circonscrite aux seuls cautionnements conclus après l'entrée en vigueur de la loi Dutreil : « *l'article L. 341-4 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003 n'est pas applicable aux cautionnements souscrits*

1305 L'article 12 de la loi Dutreil prévoyait que les articles L. 341-2, L. 341-3, L. 341-5 et L. 341-6 du Code de la consommation entreraient en vigueur six mois après la publication de la loi. Dans le silence de cet article 12, l'article L. 341-4 du Code de la consommation était ainsi d'application immédiate.

1306 Rennes, 19 déc. 2003 : *JurisData* n° 2003-233411 ; *JCP G* 2004, I 141, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

1307 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 79, p. 124.

antérieurement à son entrée en vigueur »¹³⁰⁸.

Le régime juridique des cautionnements conclus avant le 7 août 2003 relève ainsi exclusivement du principe légal de proportionnalité issu de l'article L. 313-10 du Code de la consommation et du principe jurisprudentiel de proportionnalité fondé sur la bonne foi (et apprécié en fonction de l'information détenue par la caution dirigeante). Les dirigeants ayant consenti des cautionnements avant cette date ne peuvent donc pas invoquer une disproportion de leur engagement par rapport à leurs revenus ou leur patrimoine pour être libérés de leurs engagements¹³⁰⁹. Seules les cautions non-dirigeantes peuvent se prévaloir du principe jurisprudentiel de proportionnalité pour engager la responsabilité du créancier dans les situations où l'article L. 341-4 du Code de la consommation n'est pas applicable¹³¹⁰.

B) Le contenu des obligations des parties au contrat de cautionnement

354. – L'obligation de communiquer de la caution et l'obligation de se renseigner du créancier. Il appartient à la caution qui entend se prévaloir de l'article L. 341-4 du Code de la consommation de prouver le caractère disproportionné de son engagement par rapport à ses biens et revenus¹³¹¹. Cependant, selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, cette preuve ne peut être établie que si la caution a effectivement communiqué sa situation patrimoniale au créancier au jour de la conclusion du contrat. En effet, dans un arrêt inédit du 9 avril 2013¹³¹², la Chambre commerciale approuva les juges du fond qui avaient estimé qu'une caution qui se contentait de produire une déclaration de non-imposition pour une année, sans communiquer, à cette même date, ses ressources réelles, charges fixes et épargne ne justifiait pas de sa situation patrimoniale. La Cour de cassation estima alors que le moyen manquait en fait et qu'en l'absence de communication d'informations relatives à son patrimoine au jour de la

1308 Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517: *Bull. mixte*, n° 7 ; *JCP* 2006, I 195, obs. Ph. Simler ; *JCP* 2006, II 10180, note D. Houtcieff ; *Banque et droit* nov.-déc. 2006, p. 50, obs. F. Jacob ; *RD bancaire et fin.* 2006, comm. 196, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2006, p. 799, obs. P. Crocq ; *Deffrénois* 2007, p. 546, obs. Ph. Théry ; *RLDA* 2006/10, n° 567, p. 49, obs. L. Aynès.

1309 J.-J. ANSAULT, « Le cautionnement disproportionné du dirigeant », *RLDC* 2010/72, n° 3848, p. 30.

1310 Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-11.657, inédit.

1311 Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-25.377, inédit.

1312 Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-14.696, inédit : *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 53, obs. D. Legeais.

conclusion du cautionnement, la caution n'était pas en mesure de prouver que le créancier lui avait fait signer un engagement disproportionné. Il ressort de cette décision inédite que la caution ne peut se prévaloir du principe de proportionnalité et n'être libérée de ses engagements que si elle a effectivement communiqué une complète information sur sa situation patrimoniale. Il ne s'agit pas véritablement d'une obligation à la charge de la caution mais d'une formalité à laquelle elle doit obligatoirement procéder si elle entend se prévaloir un jour de la disproportion de son engagement¹³¹³.

De son côté, le créancier n'est pas tenu de se renseigner sur le patrimoine de la caution – puisqu'il incombe à la caution de fournir ses informations si elle souhaite se prévaloir de la disproportion de son engagement¹³¹⁴ – ou de vérifier les informations communiquées par la caution sur son patrimoine et ses revenus, il peut s'en tenir aux déclarations faites par celle-ci en l'absence d'anomalies apparentes¹³¹⁵. Il ressort de cette absence d'obligation, que le créancier stratège peut être tenté d'omettre de demander à la caution de communiquer les informations relatives à sa situation patrimoniale, celle-ci ne pouvant invoquer et prouver la disproportion que si elle a communiqué une information complète sur son patrimoine et ses revenus au jour de la conclusion du contrat. Cette stratégie est cependant dangereuse car en agissant de la sorte, le créancier n'est pas en mesure de savoir s'il se constitue un débiteur de secours effectivement solvable et prend le risque de se retrouver avec une caution aussi impécunieuse que le débiteur principal¹³¹⁶. Le créancier a donc tout intérêt à se renseigner sur les informations relatives aux ressources, au patrimoine et à l'endettement de la caution et à réduire, si nécessaire, la portée du cautionnement dans des mesures proportionnées à ses capacités financières. Ainsi, même si le créancier agit dans son propre intérêt, afin d'échapper aux sévères sanctions légales, les intérêts de la

1313 La jurisprudence considère également que la caution ne peut pas se prévaloir du principe de proportionnalité lorsqu'elle a fourni ou approuvé par sa signature des renseignements erronés sur son patrimoine et ses charges (Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69.807 : *Bull. civ. IV*, n° 198 ; *D.* 2011, p. 156, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2011, 770, obs. Ph. Simler ; *JCP E* 2011, 1117, note D. Legeais ; *RLDC* 2011/79, n° 4129, p. 33, obs. J.-J. Ansault).

1314 Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-14.696, inédit : *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 53, obs. D. Legeais.

1315 Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69.807 : *Bull. civ. IV*, n° 198 ; *D.* 2011, p. 156, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2011, 770, obs. Ph. Simler ; *JCP E* 2011, 1117, note D. Legeais ; *RLDC* 2011/79, n° 4129, p. 33, obs. J.-J. Ansault.

1316 En pratique, les créanciers font généralement remplir à la caution une fiche de renseignements détaillant l'ensemble des informations relatives à ses ressources, biens et charges. Les créanciers professionnels (principalement les établissements de crédit) font parfois procéder à des enquêtes patrimoniales privées et payantes avant de faire signer un cautionnement dans le seul but de vérifier l'exactitude des informations fournies par la caution et de s'assurer de la solvabilité de leur garant.

caution dirigeante sont protégés comme si le créancier avait l'obligation de se renseigner sur les capacités financières de la caution.

355. – La sanction applicable au créancier : « le principe du tout ou rien »¹³¹⁷. La nature de la sanction prévue par l'article L. 341-4 du Code de la consommation traduit une intention spéciale du législateur, une volonté de lutter contre l'usage abusif du cautionnement plus que de protéger les intérêts de la caution.

Le créancier n'est pas véritablement redevable d'une obligation envers la caution, il agit avant tout dans son propre intérêt. Même si ce dispositif a effectivement pour conséquence de protéger les intérêts des cautions personnes physiques, il ressort de la nature de la sanction prévue par la législateur que l'accomplissement du contrôle de proportionnalité est avant tout respecté par le créancier parce qu'il en va de son propre intérêt. En refusant d'appliquer les principes de la responsabilité contractuelle¹³¹⁸, le législateur a estimé qu'un créancier ayant accepté un cautionnement disproportionné ne commet pas un manquement à une quelconque obligation, comme cela est le cas dans le cadre du principe jurisprudentiel de proportionnalité¹³¹⁹. De même, le législateur n'a pas souhaité sanctionner le manquement au principe de proportionnalité par la nullité du contrat, affirmant ainsi que la proportionnalité n'est pas une condition de formation du cautionnement (même si cette exigence intervient dès sa conclusion)¹³²⁰.

Quelque soit son exacte qualification, la doctrine reconnaît unanimement

1317 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 110, p. 75.

1318 D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 175, p. 137.

1319 La Cour de cassation estime, en effet, que le créancier qui ne s'assure pas de la proportionnalité de l'engagement d'une caution commet une faute engageant sa responsabilité (Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-28.331 : *Bull. civ. IV*, n° 174).

1320 Il ressort de la formule « ne peut se prévaloir » que « si cette sanction n'a pas officiellement le caractère rétroactif de la nullité, elle n'en est pas moins radicale : le créancier est intégralement privé de sa garantie » (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 335, p. 239). Ne s'agissant, ni d'une faute du créancier (ouvrant droit à des dommages-intérêts, ni d'une violation des conditions de formation du contrat (sanctionnée par la nullité), certains auteurs ont estimé que la sanction prévue par l'article L. 341-4 du Code de la consommation était une inopposabilité. Cependant, en raison de sa singularité, d'autres auteurs ont affirmé qu'il s'agissait d'une sanction *sui generis* : « l'impossibilité de se prévaloir d'un engagement qui devrait engendrer une créance ne correspondant pas à une qualification déterminée. La nullité ou l'inopposabilité ont bien ce résultat que le bénéficiaire d'une créance ne peut s'en prévaloir ; mais les décrire ainsi serait une "façon de parler" et elle paraîtrait manquer gravement de rigueur. La nullité, l'inopposabilité ont un régime à la fois plus ample et déterminé. (...) C'est de pathologie dont il est question. Le bénéficiaire est privé d'une possibilité dont il aurait dû profiter » (Ch. ATIAS, « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation », *D.* 2003, n° 38, p. 2620).

que cette sanction suit le même régime et produit les mêmes effets qu'une déchéance¹³²¹, plus précisément d'une « *déchéance conditionnelle du cautionnement* »¹³²², qui s'applique à un contrat valablement formé mais qui le prive d'effet pour l'avenir en raison de l'insuffisance financière de la caution au jour de la conclusion du contrat et de l'absence de « *retour à meilleure fortune* »¹³²³ au jour de l'exécution de son obligation de règlement. « *Plus que jamais, l'article L. 341-4 du Code de la consommation tend ainsi à devenir le moyen de défense privilégié des cautions et donc par là même le talon d'Achille du cautionnement. Sans doute, conviendrait-il d'abandonner la règle du "tout ou rien" et de reconnaître à nouveau comme le faisait la jurisprudence, un pouvoir d'appréciation au juge. Il suffirait de réformer l'article L. 341-4 du Code de la consommation pour autoriser le juge à réduire le cautionnement excessif. Le pouvoir du juge sera alors similaire à celui conféré par l'article. 650-1 du Code de commerce. La majorité de la doctrine s'accorde aujourd'hui sur une telle proposition déjà formulée par la commission Grimaldi.* »¹³²⁴

Même si l'article L. 341-4 du Code de la consommation constituera, à l'avenir, la seule règle applicable au contrat de cautionnement en matière de proportionnalité – l'article L. 313-10 disposant, en effet, d'un champ d'application si réduit qu'il fait doublon avec l'article L. 341-4 et le principe jurisprudentiel de proportionnalité ne s'appliquant qu'aux cautionnements souscrits par des cautions profanes avant le 7 août 2003¹³²⁵ –, il est actuellement possible de déplorer le manque d'uniformité dans l'application du principe de proportionnalité en droit du cautionnement. En dépit de l'intervention du législateur pour rendre expressément applicable le principe de proportionnalité à toutes les cautions personnes physiques, la Cour de cassation n'hésite pas, dès qu'elle en a l'occasion, à écarter les cautions dirigeantes de son bénéfice. En décidant que seules les conventions conclues postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Dutreil seraient concernées par

1321 S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, coll. Cours magistral, Paris, 2008, Ellipses, n° 194, p. 121.

1322 Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 110, p. 75.

1323 V. AVENA-ROBARDET, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, n° 30, p. 2083.

1324 D. LEGEAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés*, 2013, n° 12, p. 680.

1325 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 1193, p. 833 : « *La justification décisive de cette solution se trouve en réalité moins dans les méandres de la théorie des conflits de loi dans le temps que dans la volonté de ne pas prendre en défaut les prévisions légitimes des créanciers* ».

ce dispositif, la Cour de cassation a certes milité pour une certaine sécurité juridique mais elle s'est aussi offerte le luxe de continuer à appliquer tel quel son principe de proportionnalité à l'égard des cautions dirigeantes pour les conventions signées avant à cette date. Position contestable en ce qu'elle s'inscrit en totale contradiction avec la volonté du législateur qui ne souhaite manifestement plus que l'on distingue entre les cautions personnes physiques.

Cette résistance prétorienne laisse présager de sérieuses difficultés lorsqu'il s'agira de mettre en oeuvre le principe et d'apprécier la disproportion de l'engagement à l'égard des cautions dirigeantes.

§ 2 : L'application du principe légal de proportionnalité aux cautions dirigeantes

356. – Plan. En vertu de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, 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. La rédaction de cet article L. 341-4 permet d'affirmer que la disproportion du cautionnement doit être appréciée au jour de la conclusion de celui-ci. En revanche, elle ne permet pas de savoir si la disproportion du cautionnement doit également être évaluée au jour de l'assignation de la caution ou s'il s'agit seulement d'évaluer sa solvabilité à cet instant précis. Par ailleurs, le texte n'indique pas avec clarté si l'insolvabilité de la caution au jour où elle est appelée est une condition préalable à l'examen de la disproportion manifeste du cautionnement. La seule certitude émanant de cette disposition est que la situation de la caution doit être examinée à deux moments distincts : au jour de la conclusion du contrat de cautionnement et au jour où le dirigeant est assigné en paiement par le créancier.

Soumise à de telles interrogations, la Cour de cassation a récemment été contrainte d'affirmer que la différence excessive entre les biens et revenus de la caution et l'étendue de ses engagements ne s'apprécie qu'au jour de la signature du contrat et uniquement après avoir constaté que son patrimoine ne lui permettait pas de faire face à son obligation au moment de son assignation (I). Ainsi, ce n'est qu'après avoir constaté l'insolvabilité de la

caution au moment où celle-ci est appelée, que la différence excessive entre ses biens et revenus et l'étendue de ses engagements sera réellement appréciée (II). Il conviendra ainsi d'attendre la poursuite de la caution par le créancier¹³²⁶ et le constat de son insolvabilité pour déterminer si celle-ci peut être éventuellement déchargée de ses engagements au titre du principe légal de proportionnalité.

I – L'appréciation liminaire de la solvabilité ponctuelle de la caution

357. – Une appréciation mathématique de la solvabilité de la caution.

Avant que la Chambre commerciale de la Cour de cassation ne se prononce le 27 mai 2014¹³²⁷, la question de la solvabilité de la caution au jour où celle-ci était appelée en paiement semblait relever d'un cas classique d'école. L'application du principe légal de proportionnalité soulevait déjà tant d'interrogations pratiques que la situation dans laquelle le patrimoine d'une caution lui permettrait finalement de faire face à une obligation initialement disproportionnée avait été éludée.

Pourtant cette décision du 27 mai 2014 illustre bien que dans quelques rares situations, une caution assignée en paiement peut faire face à ses engagements, même si ceux-ci étaient manifestement disproportionnés à ses biens et revenus lorsqu'elle s'était engagée. La mise en oeuvre du principe de proportionnalité dans pareille hypothèse méritait donc d'être clarifiée. Les hauts magistrats devaient ainsi répondre à deux interrogations. D'une part, il s'agissait de savoir si la solvabilité de la caution au jour de son assignation éludait la disproportion du cautionnement au jour de sa conclusion. D'autre part, il fallait s'interroger sur la nécessité d'apprécier la disproportion du cautionnement au jour de l'assignation lorsque la solvabilité ponctuelle de la caution était relevée.

Avant que la Cour de cassation ne se prononce, certains auteurs estimaient que la disproportion initiale était sans incidence si le patrimoine de la caution lui permettait finalement de respecter ses engagements : « *la solvabilité de la caution ne constitue pas une véritable condition de validité dans la mesure où le cautionnement ne sera pas privé d'efficacité si, à*

1326 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 175, p. 137-138.

1327 Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-15.038, inédit : *JCP G* 2014, 899, note Ch. Albiges.

l'échéance, la caution peut faire face à ses engagements »¹³²⁸. D'autres auteurs considéraient, au contraire, que le caractère disproportionné du cautionnement devait également être apprécié lorsque la caution était appelée, la simple faculté de pouvoir faire face ponctuellement à son engagement ne faisant pas disparaître la disproportion¹³²⁹.

Dans les faits de cet arrêt du 27 mai 2014, une personne avait accepté de cautionner solidairement les concours bancaires d'une société. Après l'ouverture d'une liquidation judiciaire au bénéfice de la société garantie, la caution fut assignée en paiement pour un montant de 50.142 euros. La caution concluait à la disproportion de son engagement au moment où le contrat avait été conclu et au moment où elle avait été appelée. Pour démontrer la disproportion manifeste du cautionnement au jour où elle avait été appelée, elle justifiait être bénéficiaire de l'aide au retour à l'emploi allouée par Pôle Emploi (lui procurant un revenu mensuel temporaire), s'acquitter d'un loyer mensuel de 750 euros et d'une pension alimentaire pour ses enfants de 350 euros par mois et s'être engagée dans d'autres contrats de cautionnements. Cependant, il ressortait également de la situation de la caution (au jour où elle avait été appelée), que celle-ci avait conservé un reliquat du prix de vente d'un bien immobilier (intervenue le 26 juillet 2008) pour un montant de 84.541 euros. La cour d'appel de Grenoble en déduisit que la caution était en mesure de faire face à son engagement au moment où elle était appelée. La Chambre commerciale de la Cour de cassation approuva les conseillers grenoblois d'avoir mathématiquement jugé que la caution était en mesure de faire face à son engagement au moment où elle était appelée puisque la somme réclamée par la banque s'élevait à 50.142 euros et que la caution détenait des liquidités pour un montant de 84.541 euros.

358. – Une solvabilité ponctuelle éludant la disproportion manifeste du cautionnement. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la disproportion initiale du contrat de cautionnement ainsi que son éventuelle disproportion au moment où la caution est appelée sont donc sans incidence sur la validité de ce contrat lorsque la faculté de faire ponctuellement face à l'engagement est constatée.

1328 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 61, p. 95.

1329 Ph. SIMLER, « Cautionnement. – Extinction par voie principale » in *J.-Cl. Civil Code* (art. 2288 à 2320), LexisNexis, 2013, Fasc. 70, n° 84.

En statuant de la sorte, la Cour de cassation affirma de façon claire et non équivoque « *qu'il n'est pas nécessaire que soit à nouveau relevé le caractère manifestement disproportionné lorsque la caution est assignée par le créancier. Alors même que le patrimoine ne s'est pas accru et que seules de nouvelles liquidités peuvent être saisies*¹³³⁰, *le constat de la solvabilité de la caution suffit pour considérer que le cautionnement peut être exécuté. (...) Même si le cautionnement est excessif quand la caution est appelée, il suffit que le créancier démontre que les ressources du garant s'avèrent finalement suffisantes pour que la sûreté devienne efficace et que l'obligation de règlement soit exécutée* »¹³³¹.

L'article L. 341-4 du Code de la consommation et la formule « *faire face à son obligation* » ont été interprétés de façon si littérale par la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹³³² qu'il est désormais possible d'affirmer que la solvabilité de la caution au jour de son assignation ôte rétroactivement toute disproportion au contrat de cautionnement et ne nécessite pas de s'interroger sur une éventuelle disproportion du cautionnement au jour de l'assignation de la caution. Même si cette décision n'a pas fait l'objet d'une publication au Bulletin, il semble d'ores et déjà possible d'affirmer que la différence excessive entre l'étendue du cautionnement et les biens et revenus de la caution ne peut être appréciée qu'après un léger contrôle de la solvabilité de la caution au jour où celle-ci est appelée.

En pratique, chaque fois que la caution disposera de suffisamment de liquidités pour faire face à ses engagements, la proportionnalité du cautionnement ne sera pas examinée, même si son patrimoine ne s'est pas accru depuis la signature du cautionnement et si son endettement global ne lui permet manifestement pas de faire face à ses engagements. Il convient toutefois de préciser que la première Chambre civile de la Cour de cassation a récemment affirmé qu'il incombe au créancier professionnel d'établir que le patrimoine de la caution lui permet de faire face à son obligation au moment où il l'appelle¹³³³. La charge de la preuve de « *l'exception à la libération* »¹³³⁴

1330 La solution de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est d'autant plus catégorique que la disproportion initiale avait été constatée en l'espèce et que la somme de 84.541 euros concernait le reliquat du prix de vente d'un bien immobilier (d'une valeur de 192.000 euros) qui composait déjà le patrimoine de la caution lorsqu'elle s'était engagée.

1331 Ch. ALBIGES, « Modalité d'appréciation de la disproportion de l'engagement de caution », *JCP G* 2014, 899.

1332 Loc. cit.

1333 Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, n° 12-28.977 : *Bull. civ. I*, en cours de publication ; *Dalloz Actualité*, 19 sept. 2014, obs. V. Avena-Robardet.

1334 V. AVENA-ROBARDET, « Cautionnement disproportionné : champ d'application et

de la caution pèse ainsi sur le créancier.

La situation relatée dans cette décision du 27 mai 2014 reste cependant marginale – ceci expliquant peut-être l'absence de publication au Bulletin – et dans la grande majorité des engagements souscrits, les cautions ne disposent pas de suffisamment de liquidités pour faire face à leurs engagements ; ce qui les autorise à soumettre à l'appréciation des juges du fond la différence excessive entre leurs biens et revenus et l'étendue du cautionnement.

II – L'appréciation subséquente de la disproportion du cautionnement

359. – Plan. La rédaction de l'article L. 341-4 du Code de la consommation insiste sur le fait que la disproportion doit être manifeste, « *flagrante, en ce qu'elle doit "sauter aux yeux" du créancier normalement diligent* »¹³³⁵. En théorie, cela signifie qu'il doit exister une différence excessive entre les biens et revenus de la caution et l'étendue de ses engagements. Cependant, en pratique, le législateur n'a pas fixé de critères permettant d'apprécier la disproportion manifeste d'un cautionnement ou de déterminer quels biens et revenus composent le patrimoine de la caution.

Dans le silence de la loi, la jurisprudence a ainsi été contrainte de mettre en oeuvre des méthodes d'évaluation de cette disproportion. Cependant, les solutions divergent selon les juridictions¹³³⁶ et la Cour de cassation peine à trouver une méthode d'appréciation à la fois conforme à la lettre de l'article L. 341-4 du Code de la consommation et fidèle à la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du dispositif Dutreil. Dans son travail d'interprétation et de conciliation, la Cour de cassation a tantôt appliqué des méthodes d'évaluation ayant une vision trop restrictive du patrimoine de la caution (A), tantôt retenu une vision universelle du patrimoine de la caution (B).

A) Les méthodes d'évaluation de la disproportion jugées *contra legem*

360. – La méthode fondée sur un « rapport » quantitatif des biens.

Parmi les différentes méthodes élaborées par la jurisprudence pour évaluer la

preuve », *Dalloz Actualité*, 19 sept. 2014.

1335 I. RIASSETTO, « Caution avertie et disproportion : méthodes d'appréciation des conditions », *Rev. sociétés* 2012, n° 1, p. 44.

1336 *Loc. cit.*

proportionnalité d'un cautionnement, les juges du fond – sous le contrôle de la Cour de cassation – se sont parfois livrés à une appréciation restrictive des capacités financières de la caution en prenant en considération une partie seulement de son patrimoine, au mépris de la lettre de l'article L. 341-4 du Code de la consommation imposant d'apprécier l'ensemble du patrimoine de la caution.

Une décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 1^{er} février 2011¹³³⁷ illustre cette problématique puisque la Cour de cassation avait approuvé une méthode d'appréciation uniquement fondée sur une comparaison entre le nombre de biens immobiliers possédés par la caution et le nombre de biens immobiliers cautionnés. Elle s'était alors contentée « *de l'affirmation selon laquelle les cautions étaient "propriétaires de deux immeubles" et que "les prêts cautionnés étaient destinés à financer l'acquisition d'un immeuble par la SCI", pour décider que "la cour d'appel a ainsi fait ressortir que les engagements de caution n'étaient pas manifestement disproportionnés au regard de leur patrimoine". Si le rapport de deux immeubles contre un en faveur des cautions exprime à l'évidence l'absence de disproportion de leur engagement par rapport à leur patrimoine, la référence à ce que "par ces seuls motifs" la cour d'appel a légalement justifié sa décision suggère qu'il n'y a pas lieu de procéder à davantage d'investigations. Ce laconisme ne convainc guère en l'absence de précision sur la valeur de ces deux immeubles, sur l'existence d'hypothèques voire de clauses d'inaliénabilité les grevant, et surtout les charges pesant sur les époux* »¹³³⁸.

La Cour de cassation avait constaté que les cautions étaient propriétaires de deux immeubles et que le cautionnement avait pour objet le financement d'un seul immeuble. En conséquence, elle estima qu'il ne pouvait pas exister de disproportion manifeste. Au-delà de sa concision, cette solution doit être critiquée pour son manque de rigueur en ce que la Cour de cassation s'est contentée de la prise en compte abstraite d'un seul élément du patrimoine des cautions (l'actif immobilier) sans en évaluer la valeur ainsi que le passif qui s'y rattachait et surtout sans prendre en considération le reste du patrimoine de la caution. En se contentant du rapport quantitatif « *deux contre un* » effectué par les juges du fond, la Cour de cassation méconnut la lettre de

1337 Cass. com., 1^{er} févr. 2011, n° 09-70.162, inédit : *Rev. sociétés* 2012, p. 44, note I. Riassetto.

1338 I. RIASSETTO, *op. cit.*, p. 44.

l'article L. 341-4 du Code de la consommation qui impose de prendre en considération l'ensemble du patrimoine et de procéder à une évaluation qualitative de ce dernier.

Une telle méthode d'appréciation de la proportionnalité ne peut être encouragée. Le rapport quantitatif des biens de la caution dirigeante par rapport aux biens cautionnés doit obligatoirement être complété par la prise en compte de la valeur des biens et ramené à l'échelle du patrimoine global de la caution dirigeante.

361. – La méthode fondée sur un pourcentage des revenus de la caution (la disproportion fiscale).

Si la jurisprudence se contente parfois d'apprécier la proportionnalité d'un cautionnement au regard du seul patrimoine immobilier de la caution, il lui arrive plus fréquemment de prendre uniquement en compte les revenus de celle-ci. À tel point que certains auteurs ont pu écrire « *qu'une règle semble se dessiner en jurisprudence selon laquelle le contrat de cautionnement est manifestement excessif lorsqu'il soumettrait la caution à se départir chaque mois d'une somme excédant 30 % de ses revenus disponibles* »¹³³⁹. Selon ces auteurs, le seuil de proportionnalité serait fixé à trois fois le montant des revenus annuels de la caution. Cependant, le fondement de ce seuil reste à définir : quel est son origine et comment a-t-il été calculé ? Pour obtenir des réponses, il convient de se référer à la jurisprudence fiscale. En effet, même si cela peut paraître étonnant, le Conseil d'État fut la première juridiction à se prononcer sur la notion de proportionnalité en matière de cautionnement, avant même l'adoption de la première loi instituant un principe de proportionnalité en droit du cautionnement¹³⁴⁰.

Depuis un arrêt rendu le 22 juin 1983¹³⁴¹, le Conseil d'État admet qu'un dirigeant puisse déduire, de ses revenus imposables, les sommes versées en exécution d'un cautionnement consenti au bénéfice de sa société. Pour faire simple, toutes les sommes qu'une caution dirigeante règle en exécution des engagements consentis au bénéfice de sa société peuvent être fiscalement déduites des sommes dues au titre des revenus perçus du fait de l'exercice

1339 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 118, p. 117.

1340 Il est fait référence à la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles ayant institué, à l'article L. 313-10 du Code de la consommation, un principe de proportionnalité réservé aux cautionnements de crédits à la consommation ou immobiliers.

1341 CE, 22 juin 1983, 7^e et 8^e SSR, n° 32.531 : *JCP E* 1989, II 15463, note V. Granjon.

d'un mandat social dans la société cautionnée¹³⁴². Le Conseil d'État fixa cependant des conditions¹³⁴³ à une telle déductibilité, imposant notamment que le montant du cautionnement soit en rapport avec la rémunération du dirigeant. Le Conseil d'État précisa ultérieurement que le seuil de proportionnalité du cautionnement était fixé à « *trois fois le montant annuel des salaires* » du dirigeant¹³⁴⁴. Au-delà de ce seuil, le cautionnement du dirigeant est considéré disproportionné par le juge administratif et les sommes payées par la caution dirigeante en exécution de ses engagements ne peuvent être déduits de son revenu imposable.

C'est en s'appuyant sur cette jurisprudence fiscale que la Cour de cassation juge parfois qu'un cautionnement excédant de trois fois les revenus annuels de la caution est disproportionné. Cependant, une telle méthode d'appréciation de la disproportion, uniquement basée sur les revenus de la caution dirigeante n'est pas plus satisfaisante que celle reposant sur un rapport quantitatif des biens détenus par la caution par rapport au nombre de biens cautionnés. Pour cause, elle conduit exactement au même résultat en ne tenant pas compte de l'ensemble du patrimoine de la caution, au mépris de la lettre de l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

B) La méthode d'évaluation de la disproportion conforme à la lettre de la loi

362. – Plan. Fixer le seuil de proportionnalité d'un cautionnement à 30 % des revenus de la caution permet de se conformer à la jurisprudence fiscale ainsi qu'au taux d'endettement habituellement retenu lors de conclusion d'un contrat de prêt immobilier ou d'un crédit à la consommation. Cependant, en vertu de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, le cautionnement ne doit pas être considéré comme excessif uniquement lorsqu'il « *soumettrait la*

1342 Cette jurisprudence est fondée sur l'article 13-1 du Code général des impôts en vertu duquel les dépenses effectuées en vue d'acquiescer ou de conserver son revenu sont déductibles des impôts : « *Le bénéfice ou revenu imposable est constitué par l'excédent du produit brut, y compris la valeur des profits et avantages en nature, sur les dépenses effectuées en vue de l'acquisition et de la conservation du revenu* ».

1343 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 270, p. 192 : « 1° L'engagement de caution doit avoir été souscrit par un dirigeant rémunéré qui a entendu préserver un revenu professionnel, revenu qui peut à la rigueur être seulement potentiel ; 2° L'engagement doit avoir été donné dans l'intérêt de la société concernée selon les instructions de l'administration et la jurisprudence du Conseil d'État ; 3° Le montant du cautionnement doit être en rapport avec la rémunération du dirigeant, ce qui se traduit par un plafond assigné à la déduction ».

1344 CE, 22 déc. 1989, n°56.905 et CE, 12 déc. 1990, n° 11.3038 : *Rev. dr. fisc.* 1998, 1338, note O. Fouquet.

caution à se départir chaque mois d'une somme excédant 30 % de ses revenus disponibles »¹³⁴⁵. L'éventuelle disproportion du cautionnement doit être appréciée au regard de l'ensemble du patrimoine de la caution, c'est-à-dire en prenant en considération à la fois la valeur de ses biens et de ses revenus. Seule cette méthode d'appréciation de la proportionnalité du cautionnement doit être retenue car, au-delà du fait qu'elle permette d'aboutir à une jurisprudence juste et uniforme, elle permet avant tout de se conformer à la lettre de la loi. Pour justifier et conforter la pertinence de cette méthode, rappelons que selon les Professeurs Aubry et Rau, le patrimoine est une « *universalité de droit* »¹³⁴⁶ et qu'il comprend, à ce titre, tous les biens meubles et immeubles présents ou à venir ainsi que toutes les obligations détenues par la caution. D'ailleurs, lorsque la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait pris l'initiative de généraliser l'article L. 313-10 du Code de la consommation et d'instaurer un principe général de proportionnalité en droit du cautionnement, elle avait procédé selon cette méthode¹³⁴⁷.

Depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, il n'existe plus de doute sur le fait que le « *patrimoine* » de la caution est effectivement composé de ses biens et de ses revenus. La détermination des « *biens* » de la caution dirigeante ne pose pas de difficultés majeures, l'article 2284 du Code civil disposant que quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. En revanche, aucun texte n'indique si l'endettement de la caution doit être pris en compte pour apprécier le caractère disproportionné du cautionnement (1°) ou ne détermine la nature exacte des revenus concernés : s'agit-il uniquement des revenus présents de la caution dirigeante ou faut-il également prendre en compte ses revenus prévisibles (2°) ?

Cette interrogation est opportune car « *l'appréciation du patrimoine et des*

1345 Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 118, p. 117.

1346 Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd. revue et complétée, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie, 1869-1883, p. 229, § 573.

1347 Dans l'arrêt *Macron* du 17 juin 1997 (Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105 : *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *JCP E* 1997, II 1007, note D. Legeais ; *Defrénois* 1997, p. 1424, note L. Aynès ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac ; *JCP G* 1998, I 103, obs. Ph. Simler ; *D.* 1998, p. 208, note J. Casey ; *RTD civ.* 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; *Bull. Joly* 1997, p. 866, obs. P. Le Cannu), la Cour de cassation avait apprécié la disproportion du cautionnement au regard des revenus et du patrimoine mobilier et immobilier de la caution et avait refusé de se baser uniquement sur le nombre de biens possédés par la caution par rapport au nombre de biens cautionnés ou de prendre seulement en compte les revenus annuels de la caution. La Cour de cassation avait apprécié le patrimoine de la caution de façon globale en tant compte à la fois de ses revenus mensuels (estimés à 37 550 francs) et de ses biens (évalués à environ 4 millions de francs).

revenus de la caution peut s'opérer en tenant compte des perspectives d'évolution. En effet, il est fort probable que la caution ne soit pas appelée en garantie dans les mois qui suivent l'octroi de la sûreté. Il est dès lors concevable d'anticiper sa situation future. Le raisonnement est ainsi particulièrement utile s'agissant de cautionnements fournis par des dirigeants »¹³⁴⁸.

1°) La prise en compte de l'endettement global de la caution dirigeante

363. – L'appréciation des dettes présentes. Tandis que la Cour de cassation s'en tient à la solution développée dans l'arrêt *Macron* et se contente d'évaluer les revenus et les biens de la caution puis de les comparer à l'étendue du cautionnement dans le cadre du principe jurisprudentiel de proportionnalité, elle procède différemment lorsqu'il s'agit d'apprécier la disproportion légale, estimant que le patrimoine de la caution dirigeante est également composé de dettes.

En effet, lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre le principe de proportionnalité prévu par l'article L. 341-4 du Code de la consommation, la Cour de cassation adopte une vision universelle du patrimoine, refuse de prendre seulement en compte l'actif du patrimoine de la caution (ses revenus, ses biens) et considère qu'il faut tenir compte de *l'endettement global de la caution*¹³⁴⁹. En conséquence, les charges supportées par la caution dirigeante (y compris celles familiales¹³⁵⁰) et les obligations dues par celle-ci au jour de la conclusion du contrat sont prises en considération pour apprécier ses capacités financières et pour évaluer la disproportion de son engagement.

En matière de proportionnalité légale, le « patrimoine » de la caution devient ainsi une universalité de droits et d'obligations composée de l'actif présent et à venir de la caution et *a minima* de son passif présent. Il convient désormais de déterminer si le passif éventuel de la caution dirigeante – c'est-à-dire les obligations contractées à titre conditionnel ou subsidiaire par la caution qui ne sont pas encore exigibles au jour de la conclusion du cautionnement –

1348 D. LEGEAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés*, 2013, n° 12, p. 680.

1349 Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812 : *Bull. civ. IV*, n° 84 ; *RTD civ.* 2013, p. 607, obs. H. Barbier ; *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 130, obs. A. Cerles ; *D.* 2013, p. 1710, obs. P. Crocq ; *Dr. et patr.* 2014, n° 233, p. 61, obs. Ph. Dupichot ; *Deffrénois* 2014, p. 434, obs. S. Cabrillac ; *Gaz. Pal.* 2-4 juin 2013, n° 164, p. 16, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP G* 2013, 1256, obs. Ph. Simler.

1350 Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série Droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 118, p. 107.

doit également être pris en considération pour l'appréciation de ses capacités financières ou s'il faut simplement s'en tenir au passif présent et exigible lors de son engagement.

364. – L'appréciation des dettes éventuelles. La Cour de cassation prend en compte « *l'endettement global* » de la caution dirigeante pour apprécier la proportionnalité de son engagement. Cette formule permet d'affirmer que les charges et les obligations grevant le patrimoine du dirigeant au jour de la conclusion du cautionnement sont prises en considération dans l'appréciation de ses capacités financières mais elle ne permet pas de savoir si « *l'endettement global* » concerne également les dettes qui ne sont pas encore dues par la caution au jour de son engagement mais qui seront susceptibles de grever ultérieurement son patrimoine. Cette problématique est importante car « *il n'est pas rare qu'une même personne s'engage comme caution à plusieurs reprises soit au profit de la même banque, soit au profit d'établissements de crédit distincts. Plusieurs arrêts fournissent alors des principes d'appréciation de la disproportion* »¹³⁵¹.

Selon la Cour de cassation, la disproportion doit être appréciée en prenant en considération « *l'endettement global de la caution, y compris celui résultant d'engagement de caution* »¹³⁵². Il ressort de la généralité de cette solution que le caractère manifestement disproportionné du cautionnement doit être apprécié au regard de l'ensemble des engagements déjà souscrits par la caution dirigeante au jour de conclusion du cautionnement, qu'il s'agisse de cautionnements consentis dans le cadre d'une même opération financière¹³⁵³, d'une autre opération financière ou encore au bénéfice d'autres créanciers. La jurisprudence évalue ainsi l'endettement global de la caution en prenant en compte le montant cumulé des cautionnements déjà souscrits par cette dernière au jour de la conclusion du contrat. En procédant de la sorte, la Cour de cassation refuse de considérer les cautionnements antérieurement souscrits par une caution comme de simples dettes éventuelles, sans incidence directe sur leur patrimoine. Elle estime au contraire que ces engagements font partie intégrante du patrimoine de la caution dirigeante et

¹³⁵¹ D. LEGEAIS, *op. cit.*

¹³⁵² Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812 : *Bull. civ.* IV, n° 84 ; *RTD civ.* 2013, p. 607, obs. H. Barbier ; *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 130, obs. A. Cerles ; *D.* 2013, p. 1710, obs. P. Crocq ; *Dr. et patr.* 2014, n° 233, p. 61, obs. Ph. Dupichot ; *Deffrénois* 2014, p. 434, obs. S. Cabrillac ; *Gaz. Pal.* 2-4 juin 2013, n° 164, p. 16, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP G* 2013, 1256, obs. Ph. Simler.

¹³⁵³ Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-17.891 et 12-17.893, inédits : *JCP G* 2013, 585, obs. Ph. Simler ; *Rev. sociétés* 2013, p. 680, note D. Legeais.

que même s'ils ne sont pas exigibles au jour de la signature du nouveau cautionnement, la caution peut être tenue d'exécuter ses engagements à l'avenir. « *Quel quel soit le moment d'appréciation de la portée des autres sûretés personnelles préalablement convenues, il conviendrait de les prendre en compte pour évaluer la situation financière de la caution. Il s'agit de véritables engagements, nécessairement pris le avant le cautionnement contesté qui sont susceptibles de grever de manière substantielle le patrimoine de la caution. Conformément à l'opinion de Mme l'avocat général Régine Bonhomme il semble bien que le législateur ait souhaité que soit pris en considération l'ensemble du passif et non la seule obligation dont l'exécution est poursuivie* »¹³⁵⁴.

Si elle devait se justifier sur sa position, la Cour de cassation pourrait habilement prétendre opérer une distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement¹³⁵⁵, affirmant que si l'obligation de règlement (due en vertu de cautionnements antérieurs) n'est pas exigible et ne greve pas le patrimoine de la caution au jour de la conclusion du nouveau cautionnement, l'obligation de couverture existe effectivement dans le patrimoine de la caution depuis le jour de sa conclusion initiale. En revanche, il ne peut être tenu compte des engagements postérieurement souscrits par la caution dirigeante¹³⁵⁶. En effet, selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, il n'y a pas lieu de prendre en considération les engagements pris postérieurement à la conclusion du cautionnement litigieux, même connus du créancier¹³⁵⁷.

L'appréciation du patrimoine de la caution s'opère ainsi en tenant compte des perspectives d'évolution de son passif. Il s'agit désormais de savoir si la jurisprudence procède à l'identique en ce qui concerne les perspectives d'évolution des revenus de la caution dirigeante.

1354 Ch. ALBIGES, « Modalité d'appréciation de la disproportion de l'engagement de caution », *JCP G* 2014, 899.

1355 Ch. MOULY, « Les causes d'extinction du contrat de cautionnement », Volume 10 de Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Bibliothèque de droit de l'entreprise, *Librairies techniques*, 1979, Préf. M. Cabrillac, spéc. n°s 324 à 364.

1356 D. LEGEAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés*, 2013, n° 12, p. 680.

1357 Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-29.030, inédit : *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 89, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2013, 585, obs. Ph. Simler ; *D.* 2013, p. 1706, obs. P. Crocq.

2°) *La prise en compte des perspectives d'évolution des revenus de la caution dirigeante*

365. – Plan. « D'un point de vue général, le patrimoine de la caution est pris en compte de manière dynamique puisque le juge doit comparer le montant du cautionnement aux "biens et revenus" de celle-ci. La définition du patrimoine construite à partir de l'article 2284 du Code civil l'y invite en ce qu'elle comprend "l'ensemble des biens présents et à venir". Reste à identifier ce qu'il faut entendre par "revenus" de la caution et savoir s'il convient de les apprécier de manière dynamique. Appliquée au dirigeant social qui cautionne une dette importante contractée par son entreprise, la question revient à savoir, pour apprécier la proportion de ce cautionnement par rapport aux biens et revenus de la caution, s'il est opportun de postuler le succès escompté de l'opération cautionnée et l'accroissement corrélatif de son patrimoine. »¹³⁵⁸

Même si la caution dirigeante peut seulement se prévaloir de l'article L. 341-4 du Code de la consommation¹³⁵⁹ en cas de cautionnement excessif, une telle problématique ne peut être solutionnée qu'en procédant à une distinction entre le principe jurisprudentiel de proportionnalité (a) et le principe légal de proportionnalité (b).

a) L'appréciation des revenus de la caution dirigeante dans le cadre du principe jurisprudentiel de proportionnalité

366. – Une appréciation « dynamique »¹³⁶⁰ des revenus de la caution dirigeante. Depuis l'arrêt *Nahoum* du 8 octobre 2002¹³⁶¹, la Cour de

1358 H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

1359 Seule la caution non-avertie est en droit de se prévaloir du principe jurisprudentiel de proportionnalité. La caution dirigeante ne peut bénéficier que de l'article L. 341-4 du Code de la consommation (Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-11.657, inédit). Cependant, il est intéressant d'observer comment la Cour de cassation apprécie la disproportion à l'égard des cautions dirigeantes dans le cadre du principe jurisprudentiel de proportionnalité et de comparer cette méthode d'appréciation avec celle qu'elle adopte dans le cadre du principe légal de proportionnalité.

1360 Formule notamment employée par : D. LEGEAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés* 2013, p. 680 et H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

1361 Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18619 : *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *JCP E* 2002, 1730, note D. Legeais ; *JCP E* 2003, 852, obs. Ph. Simler ; *JCP G* 2002, II 10017, note Y. Picod ; *D.* 2003, p. 414, note C. Koering ; *Bull. Joly* février 2003, note J. Devèze ; *RTD civ.* 2003, p. 124, obs. P. Crocq ; *Defrénois* 2003, p. 456, obs. Ph. Théry ; *Les Petites Affiches* 18 juillet 2003, n° 143, p. 12, note C. Brenner.

cassation considère que les cautions dirigeantes ne peuvent engager la responsabilité du créancier, en cas de cautionnement excessif, que si elles démontrent que le créancier aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération cautionnée, des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées¹³⁶². Cependant, l'arrêt *Nahoum* ne s'est pas contenté de limiter le principe prétorien de proportionnalité en exigeant une ignorance légitime des cautions dirigeantes, il a également durci le recours à ce principe en instaurant un nouveau critère d'appréciation de la disproportion à leur égard. En effet, avec l'arrêt *Macron* du 17 juin 1997, la Cour de cassation estimait que la disproportion devait être appréciée au regard des revenus mensuels et de la valeur des biens de la caution. Cependant, avec l'arrêt *Nahoum*, la Cour de cassation modifia ses critères d'appréciation de la disproportion du cautionnement à l'égard des cautions dirigeantes, exigeant de tenir également compte des revenus prévisibles de ces dernières au regard du succès de l'opération garantie.

Dans les faits de l'arrêt de *Nahoum*, un père et son fils, exerçant habituellement une activité de marchand de biens et de promoteur immobilier, avaient constitué une société anonyme dans le but d'acquérir plusieurs immeubles parisiens. Ils s'étaient ensuite portés caution solidaire des prêts consentis par la banque à leur société pour un montant total de 23.500.000 euros (représentant 20 et 10 % des prêts accordés). Suite à la mise en liquidation judiciaire de la société, la banque réclama aux cautions dirigeantes (président du conseil d'administration pour le père et directeur général de la société pour le fils) l'exécution de leurs engagements. Se fondant sur la solution *Macron*, les cautions invoquèrent la disproportion de leurs engagements pour être libérées et pour engager la responsabilité du créancier. Les juges du fond avaient alors estimé que si les revenus mensuels des cautions dirigeantes n'étaient en effet que de 30.000 francs, il convenait de tenir également compte « *des profits escomptés et qui auraient pu être retirés en cas de succès des projets immobiliers* ».

Au moyen de leur pourvoi, les cautions soutenaient que le profit escompté ou virtuellement retiré n'était en rien son caractère fautif à la prise d'un

¹³⁶² Il a été précédemment démontré que l'adoption d'une telle solution vise à priver certaines cautions du bénéfice du principe jurisprudentiel de proportionnalité en ce qu'elle impose aux cautions dirigeantes de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles les ayant empêchées de connaître les informations sur leurs revenus, leurs patrimoines ou leurs facultés de remboursement.

engagement disproportionné et que la disproportion s'appréciait, conformément à l'arrêt *Macron*, uniquement au regard des revenus mensuels et de la valeur des biens de la caution. Contre toute attente, la Cour de cassation estima à son tour que les facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société devaient être prises en compte pour apprécier de la disproportion du cautionnement.

Selon la Chambre commerciale, les prêts obtenus par la société devaient permettre aux cautions dirigeantes de réaliser une opération lucrative, opération qui dégagerait bien évidemment, en cas de succès, des revenus supplémentaires pour celles-ci. En conséquence, la Cour de cassation estima qu'il était logique de prendre en compte ces revenus prévisibles pour l'appréciation de la disproportion et de procéder à « *une appréciation dynamique des ressources de la caution en y intégrant les perspectives d'accroissement générées par l'opération cautionnée* »¹³⁶³.

367. – Les critiques de la méthode d'appréciation « dynamique »¹³⁶⁴.

L'appréciation « *dynamique* » des revenus des cautions dirigeantes s'explique par la volonté prétorienne de restreindre leur accès au principe jurisprudentiel de proportionnalité. La Cour de cassation assimile la caution dirigeante à la société débitrice, considérant que la production de nouvelles ressources par la société n'accroît pas seulement de manière substantielle les capacités financières de la société empruntrice mais qu'elle a également pour effet d'accroître les facultés de remboursement de la caution dirigeante (celle-ci étant directement rémunérée par la société). À ce titre, il conviendrait de prendre en considération les perspectives de développement de l'entreprise, aussi bien pour apprécier la disproportion des prêts accordés à la société que pour apprécier celle du cautionnement consenti par le dirigeant.

En théorie, il est déjà contestable de prendre en compte les revenus hypothétiques de la caution pour apprécier la disproportion d'un cautionnement mais cette méthode peut néanmoins s'expliquer par la prise en compte corrélative de l'endettement éventuel de la caution dirigeante¹³⁶⁵. En

¹³⁶³ H. GUYADER, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁶⁴ Formule notamment employée par D. LEGAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés* 2013, p. 680 et H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

¹³⁶⁵ Il semble logique de prendre en considération les revenus éventuels de la caution puisque son endettement éventuel est également pris en compte pour apprécier ses

pratique, cette méthode d'appréciation de la disproportion frôle même l'absurdité dans la mesure où l'objet même du cautionnement est d'actionner la caution en cas d'insolvabilité de la société. Or, il évident que, dans une telle hypothèse, la caution ne perçoit plus ou n'a même jamais perçu les revenus escomptés. En effet, si la caution est appelée en par le créancier, c'est uniquement en raison de l'échec de l'opération cautionnée et de la faillite de sa société. Il ressort de l'objet même du contrat de cautionnement que si l'opération cautionnée avait eu le succès escompté, la caution dirigeante aurait certes augmenté ses revenus mais la société serait avant tout solvable et le créancier n'aurait pas à solliciter la caution. Finalement, ce n'est que lorsque l'opération cautionnée échoue et que la société est, de ce fait, en cessation des paiements que la caution sera appelée. Or, c'est précisément dans cette hypothèse que la caution dirigeante n'a pas pu percevoir les revenus escomptés !

Une telle solution tend manifestement à priver les cautions dirigeantes de la possibilité de se prévaloir d'un engagement disproportionné puisque, soit l'opération est un succès, la caution ne sera jamais appelée et la disproportion n'aura jamais à être appréciée ; soit l'opération cautionnée est un échec, le cautionnement sera mis à exécution et la caution ne pourra pas se prévaloir de la disproportion du cautionnement puisque l'appréciation de ses capacités financières se fera au regard de revenus qu'elle n'a jamais perçus. En réalité, que l'opération cautionnée réussisse ou échoue, la Cour de cassation considère qu'il faut tenir compte des revenus qui sont ou auraient pu en être retirés par la caution dirigeante et applique, en dépit des critiques doctrinales, la même solution que celle retenue lorsqu'il s'agit de d'apprécier les capacités financières de l'emprunteur¹³⁶⁶.

368. – Vers un abandon de l'appréciation « dynamique » des revenus de la caution dirigeante ? *« Paraissant entendre les critiques de la doctrine, un arrêt rendu le 6 février 2007 par la Chambre commerciale a pu être*

capacités financières. Cependant, si l'endettement global de la caution est pris en considération c'est uniquement parce qu'il s'agit d'obligations qui figurent déjà au passif de la caution dirigeante au jour de la conclusion du contrat. En revanche, lorsque la Cour de cassation prend en considération le profit escompté ou virtuellement retiré de l'opération cautionnée, cet actif n'existe sous aucune forme dans le patrimoine de la caution dirigeante au jour de la conclusion du contrat de cautionnement.

¹³⁶⁶ La Cour de cassation considère en effet que, suite à l'octroi d'un prêt, une entreprise est censée produire de nouvelles ressources de nature à accroître de manière substantielle ses capacités financières et, qu'en conséquence, il y a lieu de tenir compte de ces perspectives de développement pour apprécier si les prêts accordés étaient proportionnés à ses capacités financières de celle-ci (Cass. com., 30 nov. 2010, n° 10-30.274, inédit).

interprété comme marquant un abandon de cette prise en compte de l'évolution prévisible des revenus de la caution en cas de succès de l'opération cautionnée. La Cour de cassation approuve, en effet, la cour d'appel d'avoir jugé qu'il était imprudent de déduire des résultats antérieurs bénéficiaires de l'entreprise et de sa qualité d'associée que les revenus de Mme Y [la caution] augmenteraient de "façon sensible et régulière". Cependant au-delà de cette formulation pouvant grever la portée de cette décision, elle pécha surtout en ce qu'elle s'appuyait sur l'appréciation des juges du fond qui avaient retenu que l'écart entre les revenus initiaux et les modalités de remboursement étaient presque caricaturaux, élevés au presque double les uns des autres. »¹³⁶⁷

Si certains auteurs ont souhaité voir, dans cette décision du 6 février 2007, une volonté de revenir sur la solution *Nahoum*, force est de constater qu'il n'en est rien. Premièrement, parce que la Cour de cassation s'est contentée d'insister sur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, de sorte qu'une telle solution a été retenue uniquement en raison de la trop grande disparité existant entre les revenus initiaux de la caution et l'étendue du cautionnement souscrit. Il était, en effet, « imprudent » de miser sur le fait que les revenus de la caution allaient augmenter « *de façon sensible et régulière* » pour pallier la différence significative entre les revenus de la caution et le montant mensuel des règlements à intervenir en exécution du cautionnement. Ensuite et principalement, parce que la Chambre commerciale affirma très clairement que cette position était retenue uniquement parce que la caution « *n'était pas dirigeante de la société au jour de la souscription du cautionnement litigieux* »¹³⁶⁸. En conséquence, cette décision pouvait tout au plus indiquer que les revenus prévisibles (en cas de succès de l'opération cautionnée) ne devaient pas être pris en compte pour l'appréciation de la disproportion d'un cautionnement consenti par une caution non dirigeante mais elle ne devait en aucun cas être interprétée comme un revirement de la jurisprudence *Nahoum* en ce qu'elle en excluait toujours expressément les cautions dirigeantes.

Des décisions ultérieurement rendues par la Cour de cassation confirmèrent la lecture qui vient d'être faite de l'arrêt du 6 février 2007 et l'affirmation selon laquelle il n'a jamais été question d'abandonner la solution *Nahoum* à

¹³⁶⁷ H. GUYADER, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁶⁸ Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-15.362 : *Bull. civ.* IV, n° 18 ; *RTD civ.* 2007, p. 372, obs.

P. Crocq ; *RDC* 2008, p. 423, obs. D. Houtcieff.

l'égard des cautions dirigeantes¹³⁶⁹.

b) L'appréciation des revenus de la caution dirigeante dans le cadre du principe légal de proportionnalité

369. – L'appréciation « dynamique »¹³⁷⁰ des revenus de la caution dirigeante (position de la première Chambre civile de la Cour de cassation). Partant du principe que l'article L. 341-4 du Code de la consommation s'applique indistinctement à toutes les cautions personnes physiques et que ce texte impose d'apprécier la disproportion d'un cautionnement au regard de l'ensemble du patrimoine de la caution, il ne devrait pas exister de particularités s'agissant des cautions dirigeantes. Les mêmes critères d'appréciation devraient s'appliquer lorsqu'il s'agit d'évaluer l'actif et le passif d'une caution personne physique non dirigeante ou d'une caution dirigeante. Cependant, les décisions rendues à propos des cautions dirigeantes depuis l'arrêt *Nahoum* laissent présager de sérieuses difficultés lorsqu'il s'agira d'évaluer leurs ressources dans le cadre du principe légal de proportionnalité.

La question est de savoir si, à l'égard des cautions dirigeantes, l'appréciation de la disproportion se fait par rapport aux seuls biens et aux revenus de la caution ou s'il convient, comme dans le cadre du principe jurisprudentiel de proportionnalité, de tenir compte des facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération cautionnée ? La première Chambre civile de la Cour de cassation répondit par l'affirmative dans un arrêt du 4 mai 2012, estimant qu'il fallait apprécier les facultés contributives de la caution dirigeante au regard « *des perspectives de développement de l'entreprise qu'il avait créée* ». Se livrant à une interprétation *contra legem* de l'article L. 341-4 du Code de la

1369 Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-17.426, inédit – Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-15.324, inédit – Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-25.197, inédit : « *Mais attendu qu'après avoir retenu que Mme X... détenait 80% du capital de la SCI et qu'elle avait souscrit son engagement, tandis qu'elle avait été nommée gérante de cette société, l'arrêt en déduit qu'elle ne pouvait être considérée comme ignorante en matière de gestion ; qu'en l'état de ces appréciations et énonciations faisant ressortir que Mme X... était une caution avertie, la cour d'appel, qui a relevé qu'elle ne démontrait pas que la banque aurait eu sur ses revenus, son patrimoine ou ses facultés de remboursement prévisibles en l'état du succès raisonnablement escompté de l'opération des informations qu'elle-même ignorait et qui dès lors n'était pas tenue de répondre à des conclusions inopérantes, a, sans inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision* ».

1370 Formule notamment employée par D. LEGAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés* 2013, p. 680 et H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

consommation, la première Chambre civile de la Cour de cassation fit clairement le choix d'isoler les cautions dirigeantes du reste des cautions personnes physiques lorsqu'il s'agit d'apprécier leurs ressources dans le cadre du principe légal de proportionnalité. Elle estima ainsi que « *ne présente pas un caractère disproportionné à ses biens et revenus, l'engagement de caution du gérant d'une société dont la cour d'appel a apprécié souverainement les facultés contributives au regard notamment des perspectives de développement de l'entreprise qu'il avait créée* »¹³⁷¹.

« *La solution peut paraître curieuse car elle montre une volonté d'apprécier de la même manière la responsabilité du fournisseur du crédit à l'égard de l'emprunteur et à l'égard de la caution. Or, si la prise en compte du succès éventuel de l'opération garantie est parfaitement justifiée lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité de la banque à l'égard de l'emprunteur, cette même prise en compte est, en revanche, plus contestable dans le cas de la caution puisque l'exécution de l'engagement de la caution suppose, par définition, que l'opération garantie n'ait pas eu le succès escompté. Il peut donc paraître peu logique de prendre en compte ce succès éventuel pour apprécier la proportionnalité de l'engagement de la caution à ses biens et à ses revenus. La justification de cette solution nous semble donc se situer plus sur le terrain de l'opportunité que sur celui de la logique. En effet, une solution inverse aurait bien souvent pour conséquence d'interdire, en pratique, le recours au cautionnement du dirigeant social dans le cas du financement de la création d'entreprises et c'est sans doute cela que la Cour de cassation a voulu éviter ici.* »¹³⁷²

370. – Une appréciation trop « dynamique »¹³⁷³ des revenus par la première Chambre civile. En dépit des critiques doctrinales et de la lettre de la loi, la première Chambre civile de la Cour de cassation fit le choix de prolonger la jurisprudence antérieure à l'introduction de l'article L. 341-4 du Code de la consommation et de limiter le principe de proportionnalité aux cautions non-dirigeantes¹³⁷⁴. Tandis que certains auteurs tentent de se

1371 Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2012, n° 11-11.461 : *Bull. civ. I*, n° 97 : *RTD civ.* 2012, p. 556, obs. P. Crocq ; *RDI* 2012, p. 396, obs. H. Heugas-Darraspen ; *Dr. et patr.* 2012, n° 216, p. 102, obs. L. Aynès ; *RLDC* 2012/95, n° 4738, p. 32, obs. G. Marraud des Grottes.

1372 P. CROCQ, « L'appréciation de la proportionnalité de l'engagement de la caution par rapport à ses biens et revenus doit-elle tenir compte du succès éventuel de l'opération garantie ? », *RTD civ.* 2012, n° 3, p. 556.

1373 Formule notamment employée par D. LEGAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés* 2013, p. 680 et H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

1374 H. HEUGAS-DARRASPEN, « Engagement disproportionné de la caution dirigeante,

convaincre du bien-fondé de cette décision en expliquant qu'elle a *a minima* le mérite d'assurer une certaine cohérence en droit du cautionnement – le principe légal et prétorien de proportionnalité aboutissant *in fine* aux mêmes solutions à l'égard des cautions dirigeantes –, d'autres auteurs, dont Hervé Guyader, ont relevé qu'en sus d'être contraire à la loi en ce qu'elle opère un tri entre les cautions personnes physiques, la solution de l'arrêt du 4 mai 2012 n'est pas tout à fait identique à celle de l'arrêt *Nahoum* : « *il existe bien une différence entre la rédaction employée ici relevant de l'appréciation des facultés contributives de la caution à l'aune des "perspectives de développement de l'entreprise", et celle de l'arrêt Nahoum relevant de la prise en compte des facultés de remboursement de la caution "raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération". Aux revenus découlant de l'opération cautionnée sont donc préférés ceux découlant des perspectives de développement de l'entreprise, appréciation bien plus large et revenant à poser que l'entreprise peut avoir de multiples projets de développement qui lui assureront une belle pérennité* »¹³⁷⁵.

Plus sévère encore que l'arrêt *Nahoum* à l'égard des cautions dirigeantes, l'arrêt du 4 mai 2012 affirme que ce ne sont pas seulement les revenus éventuellement issus du succès de l'opération cautionnée qui doivent être pris en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement mais l'ensemble des revenus qu'une caution dirigeante est susceptible de percevoir grâce aux diverses activités de son entreprise. En d'autres termes, la première Chambre civile souhaite que toutes les opérations lucratives qu'une société est susceptible de réaliser soient pris en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement, ce qui implique nécessairement une évaluation approfondie de l'actif ou du passif présents et éventuels de la société cautionnée.

Cette méthode d'appréciation de la proportionnalité des cautionnements ne doit pas être encouragée en ce qu'elle s'inscrit en totale contradiction avec la lettre de loi. En effet, l'article L. 341-4 du Code de la consommation refuse non seulement de distinguer entre les cautions personnes physiques mais il impose également d'apprécier la disproportion du cautionnement au regard du patrimoine de la caution et en aucun cas en se livrant à une prévision du patrimoine du débiteur principal. Il n'est pas tolérable de confondre le

apprécié souverainement par les juges du fond au regard des perspectives de développement de l'entreprise qu'il a créée », *RDI* 2012, n° 7, p. 396.

1375 H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

patrimoine de la caution dirigeante et celui de la société cautionnée car, d'un point de vue juridique, il s'agit de deux personnes juridiques distinctes et, d'un point de vue pratique, ce n'est parce qu'une société est susceptible de produire certaines ressources que son dirigeant va obligatoirement, immédiatement ou encore durablement en bénéficier.

371. – Vers une appréciation « statique »¹³⁷⁶ des revenus de la caution dirigeante (position de la Chambre commerciale de la Cour de cassation). Tandis que la première Chambre civile de la Cour de cassation considère que le caractère disproportionné d'un cautionnement doit s'apprécier au regard de toutes les perspectives de développement de l'entreprise garantie, la Chambre commerciale a affirmé, dans deux arrêts en date du 4 juin 2013, que la proportionnalité du cautionnement consenti par un dirigeant social doit être appréciée sans tenir compte des revenus escomptés de l'opération garantie.

Dans les faits du premier arrêt¹³⁷⁷, un dirigeant s'était porté caution du prêt consenti à sa société afin de procéder à l'acquisition d'un restaurant. D'une part, l'opération cautionnée présentait toutes les garanties de réussite et la caution dirigeante disposait d'une grande expérience de la restauration ; d'autre part, le cautionnement avait pour objet de fournir à la caution un emploi et une participation aux bénéfices du restaurant acquis grâce au prêt. En conséquence, la banque avait estimé qu'il y avait lieu de tenir compte des revenus escomptés de cette opération pour apprécier la proportionnalité l'engagement de la caution dirigeante.

Dans l'autre décision rendue le même jour par la Chambre commerciale¹³⁷⁸, le prêt cautionné était destiné au rachat d'un fonds de commerce de station-service. Il ressortait des faits de l'arrêt que la caution ne possédait aucun patrimoine immobilier et percevait seulement des allocations-chômage au jour de la signature de son engagement. Ne s'agissant pas d'une création d'entreprise mais d'un rachat de fonds de commerce (pérenne et bénéficiaire), la banque avait raisonnablement prévu que le dirigeant allait percevoir un salaire et des bénéfices au moins égaux à ceux précédemment réalisés et qu'il y avait lieu, en conséquence, de tenir compte de ses revenus

¹³⁷⁶ Formule notamment employée par : D. LEGEAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés* 2013, p. 680 et H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

¹³⁷⁷ Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-18.216, inédit.

¹³⁷⁸ Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-15.518, inédit.

prévisibles pour apprécier la proportionnalité du cautionnement.

Confrontée à des espèces pourtant différentes, la Chambre commerciale de la Cour de cassation statua de manière identique, affirmant que « *la proportionnalité de l'engagement de la caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie* » sans violer l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Le 4 juin 2013, la Chambre commerciale de la Cour de cassation ne s'en remet pas au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond – comme l'avait finalement fait la première Chambre civile dans son arrêt du 4 mai 2012 –, imposant une solution de principe : l'article L. 341-4 du Code de la consommation interdit de prendre en compte les revenus escomptés de l'opération garantie pour apprécier l'éventuelle disproportion du cautionnement. L'appréciation statique des revenus de la caution dirigeante est ainsi expressément privilégiée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

372. – L'opportunité de l'appréciation « statique »¹³⁷⁹ des revenus de la caution dirigeante. La solution retenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 4 juin 2013, ultérieurement reprise par certaines juridictions du fond¹³⁸⁰, doit être encouragée. En affirmant que « *la proportionnalité de l'engagement de la caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie* », la Chambre commerciale n'a fait que se conformer à la lettre de la loi. En effet, la solution retenue par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 4 mai 2012 – directement inspirée de la jurisprudence *Nahoum* et consistant à prendre en compte les perspectives de développement de l'entreprise dans l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement – ne s'applique qu'à l'égard des cautions dirigeantes alors que le législateur a expressément souhaité faire bénéficier toutes les cautions personnes physiques du principe

1379 Formule notamment employée par : D. LEGEAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés* 2013, p. 680 et H. GUYADER, « Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

1380 Dans un arrêt en date du 16 février 2012, la cour d'appel de Nîmes avait consacré l'appréciation « statique » des revenus de la caution dirigeante, affirmant que la seule évolution qui pouvait être prise en compte à propos des ressources de la caution concernait l'âge de celle-ci. En l'espèce, un dirigeant âgé de 73 ans s'était porté caution du prêt bancaire consenti à sa société pour un montant de 220.000 euros. Le dirigeant ne disposait d'aucun patrimoine mobilier ou immobilier et percevait 2.500 euros de revenus mensuels. Les conseillers nîmois estimèrent qu'au regard des revenus actuels de la caution, « *de la réduction de ses revenus consécutive à son départ en retraite* » et de l'importance du montant du prêt cautionné, le dirigeant ne pourrait pas solder la dette garantie avant d'être centenaire, de sorte que le cautionnement apparaissait manifestement disproportionné eu égard à ses biens et revenus (Nîmes, 2^e ch. B, 16 févr. 2012, n° 10/05166 : *JCP G* 2012, 688, obs. H. Djefafli).

légal de proportionnalité. Or, il n'y a aucun intérêt à faire théoriquement bénéficier les cautions dirigeantes de ce principe si, en pratique, l'appréciation de leurs ressources est opérée tellement différemment des autres cautions personnes physiques qu'elle les conduit *in fine* à une impossibilité de se prévaloir d'un cautionnement excessif ! Ensuite, cette solution se conforme à la lettre de la loi Dutreil en ce qu'elle ne confond pas les « *revenus à venir* »¹³⁸¹ composant effectivement le patrimoine de la caution au sens de l'article L. 341-4 du Code de la consommation avec des revenus hypothétiques, même s'ils sont raisonnablement prévisibles. La cour d'appel de Montpellier abonda d'ailleurs en ce sens le 19 novembre 2013, estimant qu'il ne pouvait être tenu compte « *des revenus escomptés de l'opération garantie, c'est-à-dire de gains futurs par nature hypothétiques et aléatoires* »¹³⁸². Au surplus, il convient de rappeler que la caution dirigeante n'a vocation à percevoir de tels revenus que si l'opération cautionnée est un succès et que la société garantie est solvable. Or, c'est précisément dans le cas inverse que la caution dirigeante sera actionnée en paiement, c'est-à-dire lorsque l'opération cautionnée est un échec, que la société est incapable de faire face à son passif et que le dirigeant ne perçoit plus ou n'a même jamais perçu les revenus escomptés.

Ainsi, « *il paraît plus sage de préférer une vision statique des revenus* »¹³⁸³ dans la mesure où, encourager la prise en compte de revenus hypothétiques et aléatoires à l'égard des cautions dirigeantes reviendrait à méconnaître la portée des textes susmentionnés et l'objet même du contrat de cautionnement.

1381 C. civ., art. 2284 : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ».

1382 Montpellier, 19 nov. 2013, n° 12/06090.

1383 H. GUYADER, *op. cit.*, p. 34.

373. – Conclusion chapitre 2. S'agissant de l'objet de l'obligation souscrite par une personne physique, le législateur du 1^{er} août 2003 ne se contenta pas d'imposer un terme ou un montant déterminé, il exigea en sus que l'objet de son obligation soit proportionnel à ses capacités de remboursement.

La jurisprudence refusait auparavant d'évaluer l'éventuelle disproportion du cautionnement souscrit par un dirigeant, sauf si celui-ci démontrait l'existence de circonstances exceptionnelles expliquant que le créancier ait eu connaissance d'informations sur ses capacités financières et sur la rentabilité de l'opération que lui-même ignorait. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil, toutes les cautions personnes physiques, y compris les cautions dirigeantes, bénéficient d'un principe légal de proportionnalité.

En revanche, les cautionnements consentis par les dirigeants avant cette date restent soumis à la sévère jurisprudence *Nahoum*. La position retenue par la Cour de cassation à cet égard contredit la volonté du législateur et contrarie le revirement récemment opéré par la Chambre commerciale. En effet, toutes les Chambres de la Cour de cassation formaient auparavant un consensus pour affirmer que le profit escompté ou virtuellement retiré de l'opération garantie devait être pris en compte pour apprécier les facultés de remboursement de la caution dirigeante, celle étant directement rémunérée par la société cautionnée. Absurde en pratique, cette solution conduisait surtout à priver les cautions dirigeantes du principe légal de proportionnalité. La Chambre commerciale abandonna finalement cette application *contra legem*, affirmant que la proportionnalité de l'engagement d'une caution dirigeante ne peut pas s'apprécier au regard des revenus escomptés de l'opération garantie sans violer l'article L. 341-4 du Code de la consommation¹³⁸⁴.

Toutes les personnes physiques bénéficiant désormais de la même méthode d'évaluation de la disproportion dans le cadre du principe légal de proportionnalité¹³⁸⁵, la caution dirigeante est assurément devenue un *quidam* du droit du cautionnement¹³⁸⁶.

1384 Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-18216 et n° 12-15.518, inédits.

1385 A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 1196, p. 834 : « *Les cautions commerçantes contractant un cautionnement commercial bénéficient donc de cette décharge en cas de disproportion* ».

1386 La seule forme de stigmatisation des cautions dirigeantes survivant à ce jour concerne ainsi les conséquences de l'application de la loi Dutreil dans le temps et l'entêtement de la Cour de cassation à les discriminer en dépit des instructions du législateur.

374. – Conclusion titre 1. Avant la promulgation de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, la Cour de cassation faisait fit de l'insuffisance de la mention manuscrite prescrite par l'article 1326 du Code civil à l'égard des cautions dirigeantes. Considérant que cette disposition ne constituait qu'une simple règle de preuve¹³⁸⁷, elle admettait qu'un cautionnement qui ne mentionnait pas le montant de l'engagement souscrit par une caution dirigeante demeurait valable. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, la qualité du dirigeant n'a plus d'incidence¹³⁸⁸. Ce dispositif sanctionne désormais par la nullité la conclusion d'un cautionnement sous seing privé par une caution personne physique sans limite de montant, l'article L. 341-2 du Code de la consommation exigeant *ad validatatem* que la caution écrive de sa main le terme et le montant maximum de son engagement (comprenant le principal et les accessoires de la dette). Depuis lors, les cautions dirigeantes ne peuvent plus cautionner les dettes de leur société de manière indéfinie ou *omnibus* et le créancier ne peut plus leur opposer leur qualité de dirigeant pour les contraindre à régler des sommes qu'elles n'avaient pas expressément entendu garantir.

Le législateur a ainsi contraint la jurisprudence à reconnaître qu'il n'y avait plus lieu de distinguer entre les cautions ayant agi dans le cadre de leur profession ou à titre privé, entre les cautions profanes et les cautions averties. La seule catégorisation des cautions encore envisageable sans méconnaître les textes concerne ainsi la distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales. La Cour de cassation est ainsi désormais contrainte d'appliquer le même système de validation à l'égard de toutes les personnes physiques et de reconnaître que les sommes non expressément cautionnées par les cautions dirigeantes sont désormais exclues de la garantie, leur cautionnement ne pouvant plus être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

D'autre part, depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, un créancier ne peut plus se prévaloir de son cautionnement en cas de disproportion de l'objet de l'obligation souscrite par un dirigeant (par rapport à ses capacités de remboursement), sauf en ce qui concerne les cautionnements souscrits avant le 7 août 2003 – date d'entrée en vigueur du

1387 Cass. com., 19 juin 1990, n° 88-14.950 : *Bull. civ.* IV, n° 180 ; *JCP E* 1990, I 20098.

1388 I. RIASSETTO, « Soumission du cautionnement du dirigeant au formalisme du Code de la consommation », *Rev. sociétés* 2012, n° 5, p. 286.

dispositif Dutreil – qui restent soumis à la sévère jurisprudence *Nahoum*¹³⁸⁹. Position éminemment contestable en ce qu'elle s'inscrit en totale contradiction avec la volonté du législateur et fait coexister deux régimes juridiques radicalement opposés en droit positif à l'égard des cautions dirigeantes. On ne peut qu'encourager la Cour de cassation à faire un effort d'harmonisation et à adopter une ligne jurisprudentielle conforme aux textes en vigueur pour les cautionnements souscrits avant le 7 août 2003. En effet, si la volonté législative est de traiter indistinctement toutes les cautions personnes physiques et de n'opérer qu'une distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales, pourquoi s'entêter à discriminer les cautions dirigeantes ayant garanti les dettes de leur société avant le 7 août 2003 ?

Ainsi, la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 fit incontestablement de la caution dirigeante un *quidam* du droit du cautionnement. S'agissant de l'objet et de l'étendue de son obligation, le législateur lui appliqua sans réserve les dispositifs composant le « *nouveau droit des cautions personnes physiques* »¹³⁹⁰. Dès lors, il est regrettable que la jurisprudence utilise les règles relatives à l'application de cette loi dans le temps pour maintenir une forme de stigmatisation manifestement *contra legem* à l'égard des cautions dirigeantes.

1389 Applicable avant l'entrée en vigueur de la loi Dutreil, la jurisprudence *Nahoum* refusait d'évaluer l'éventuelle disproportion des cautionnements souscrits par les cautions dirigeantes, sauf si celles-ci démontraient l'existence de circonstances exceptionnelles (Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18619 : *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *JCP E* 2002, 1730, note D. Legeais ; *JCP E* 2003, 852, obs. Ph. Simler ; *JCP G* 2002, II 10017, note Y. Picod ; *D.* 2003, p. 414, note C. Koering ; *Bull. Joly* février 2003, note J. Devèze ; *RTD civ.* 2003, p. 124, obs. P. Crocq ; *Defrénois* 2003, p. 456, obs. Ph. Théry ; *Les Petites Affiches* 18 juillet 2003, n° 143, p. 12, note C. Brenner).

1390 N. PICOD, *La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, n° 283, p. 213.

Titre 2

L'INSTRUMENTALISATION¹³⁹¹ DU SORT DE LA CAUTION DIRIGEANTE

375. – Plan. *« Les débiteurs surendettés, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises, sont considérés comme les victimes d'une certaine violence sociale, engendrée par notre système économique fondé sur l'endettement. Chacun ayant sa part de responsabilité dans la situation inextricable dans laquelle se trouve les débiteurs privés de ressources, la "socialisation du risque d'endettement" s'impose, au nom de la justice distributive. À l'image du droit de la responsabilité, qui a évolué dans le sens d'une socialisation de la réparation, se développe un "droit contractuel de crise, un droit social des contrats, animé par un esprit de solidarité". Pour sauver les entreprises en difficultés et maintenir, par là même, l'emploi, et pour éviter la marginalisation des débiteurs particuliers, le législateur et les juges dispensent les débiteurs d'exécuter leurs obligations, temporairement ou définitivement. »¹³⁹²*

Au nom de la lutte contre l'exclusion et la violence sociale, le législateur instaure des procédures destinées à aider les particuliers et les entreprises qui ne sont plus en mesure de faire face à leurs engagements contractuels. Si les cautions dirigeantes sont « victimes d'une violence sociale engendrée par notre système économique fondé sur l'endettement », elles n'en demeurent pas moins des victimes spécifiques, des contractants qualifiables de « victimes par ricochet ». En effet, si les dirigeants subissent la situation inextricable dans laquelle se trouve leur société, ils ne pâtissent qu'indirectement de cette situation. Les cautions dirigeantes sont en difficulté uniquement parce que leur entreprise est en souffrance. Aussi, le législateur estima, dans un premier temps, qu'il suffirait d'aider les entreprises en

¹³⁹¹ Terme emprunté au Professeur Philippe ROUSSEL GALLE évoquant « une instrumentalisation du cautionnement par le législateur des procédures collectives », (Ph. ROUSSEL GALLE, « La procédure de sauvegarde. – Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », *JCP E* 2006, 2437).

¹³⁹² M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-Bachellier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, n° 135, p. 67.

difficulté pour assurer le salut des cautions dirigeantes (et *vice versa*). Il multiplia ainsi les procédures amiables ou judiciaires dispensant les entreprises d'exécuter temporairement ou définitivement leurs obligations. *« Pour déterminer quelles doivent être les conséquences de l'ouverture de ces procédures sur le cautionnement, deux analyses sont totalement cohérentes. La première consiste à faire application du caractère accessoire du cautionnement. La caution profite alors de toutes les faveurs consenties au débiteur principal. Cette solution est contestable. En effet, l'ouverture de la procédure révèle la survenance du risque pour lequel le créancier a voulu se protéger. Le cautionnement ne joue donc plus son rôle de sûreté si la caution ne peut pas être poursuivie dans une telle hypothèse. La seconde solution consiste à considérer que le principe du caractère accessoire du cautionnement n'a pas à jouer lorsque s'ouvre une procédure de prévention ou de traitement des difficultés d'une entreprise ou d'un particulier. La caution doit donc pouvoir être poursuivie dès la constatation du non-paiement d'une créance exigible. Pourtant le législateur et le juge n'ont emprunté aucune de ces deux voies, choisissant le plus souvent des compromis. »*¹³⁹³

Selon le Professeur Dominique Legeais, ces compromis sont source de confusion et d'affaiblissement du contrat de cautionnement. Ils ont pourtant une raison d'être. Le législateur ne jongla pas avec le caractère accessoire du cautionnement par incertitude ou par hasard. Il choisit minutieusement les procédures pour lesquelles la caution devait profiter des faveurs consenties au débiteur principal et fit jouer le caractère accessoire du cautionnement uniquement lorsqu'il souhaitait favoriser une procédure de prévention ou de traitement des difficultés auprès des entreprises. La caution dirigeante étant réputée pouvoir régler la situation de son entreprise, le législateur présuma qu'en instrumentalisant son sort, il réglerait à la fois les difficultés de l'entreprise et celles du dirigeant (chapitre 1).

La stratégie de l'instrumentalisation du sort des cautions dirigeantes par le droit des entreprises en difficulté montre cependant ses limites lorsque les procédures privilégiées par le législateur ne suffisent pas à redresser l'entreprise cautionnée. Le législateur dut admettre que les cautions dirigeantes ne sont pas toujours en mesure d'assurer la sauvegarde de leur entreprise et, qu'à ce titre, elles doivent être considérées comme des victimes

1393 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013, n° 251, p. 182-183.

directes de la « *violence sociale engendrée par notre système économique fondé sur l'endettement* ». Les privilèges alloués aux cautions dirigeantes dans le cadre des procédures bénéficiant à leur entreprise étant insuffisants, le législateur reconnut qu'il était devenu nécessaire de solutionner le caractère irrémédiablement compromis de leur situation personnelle et d'en faire des sujets ordinaires du « *droit contractuel de crise* » (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA CAUTION DIRIGEANTE, « UN LEVIER D'ANTICIPATION »¹³⁹⁴ DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

376. – Plan. La caution dirigeante est atypique. Elle est la seule caution capable d'influer directement sur le sort du débiteur principal et, par voie de conséquence, sur sa situation personnelle : « *le caractère comminatoire de la garantie personnelle s'explique par les pouvoirs de contrôle, voire de direction, qu'exerce le garant à l'encontre du débiteur. De tels pouvoirs se rencontrent entre les mains des dirigeants de droit ou seulement de fait de la société débitrice* »¹³⁹⁵. Lorsque le dirigeant-caution est informé ou prend conscience des difficultés rencontrées par son entreprise, il sait pertinemment que s'il ne redresse pas la situation de celle-ci, les créanciers mettront à exécution le cautionnement qu'il a souscrit. Les cautions dirigeantes mettent alors généralement tout en oeuvre pour résoudre les difficultés de leur entreprise, la maintenir *in bonis* et ainsi éviter de sacrifier leur patrimoine personnel. De ce point de vue, les cautions dirigeantes sont effectivement favorisées par rapport aux cautions qui subissent la situation du débiteur principal et ne peuvent pas participer à son redressement.

Lors de l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, le législateur prit conscience du fait que les cautions dirigeantes ne restaient généralement pas passives face à la situation du débiteur principal, qu'elles étaient en mesure d'agir sur le sort de leur entreprise et qu'elles étaient enclines à trouver des solutions pour sauver leur entreprise¹³⁹⁶. Selon le Professeur Françoise Pérochon, « *la loi du 26 juillet 2005 a "instrumentalisé" le droit des sûretés personnelles, érigeant le sort de certains garants en levier d'anticipation du traitement des*

1394 F. PÉROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 77 : « *la loi du 26 juillet 2005 a "instrumentalisé" le droit des sûretés personnelles, érigeant le sort de certains garants en levier d'anticipation du traitement des difficultés du débiteur* ».

1395 M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 63, p. 35-36.

1396 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, LGDJ, 2013, n° 80, p. 52-53. Selon le Professeur Corinne Saint-Alary-Houin, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 est « *un texte novateur, libéral et pragmatique* ». Il est qualifié de « *libéral* » en ce qu'il permet au dirigeant de choisir entre la voie préventive ou la voie judiciaire et en ce qu'il allège considérablement les sanctions qui frappaient auparavant le chef d'entreprise.

*difficultés du débiteur. (...) Le sort de la caution personne physique est l'un des moyens mis en œuvre par la loi de sauvegarde pour promouvoir l'anticipation du traitement des difficultés. À la base du raisonnement, est l'observation que les cautions sont le plus souvent le chef d'entreprise ou ses proches, donc en général des personnes physiques dont les intérêts important grandement au chef d'entreprise, dont on peut dès lors tenter d'orienter les choix en lui faisant miroiter des avantages pour les cautions »*¹³⁹⁷.

Au lieu de traiter plus sévèrement les cautions dirigeantes comme le faisait la jurisprudence, le législateur réalisa que le dirigeant était le seul protagoniste capable d'agir efficacement pour sauver son entreprise de la faillite mais qu'il ne mettrait en oeuvre les mesures adéquates que si celles-ci ne contrevenaient pas à ses intérêts personnels. Il comprit également que certains dirigeants « égoïstes » n'agiraient pour sauver leur entreprise que si les mesures envisagées leur conféraient un avantage personnel direct. Le législateur du 26 juillet 2005 décida alors d'instrumentaliser le droit du cautionnement pour assurer la sauvegarde des entreprises – objectif unique de la loi du 26 juillet 2005 – et pour inciter les dirigeants-cautions à recourir aux procédures qu'il souhaitait favoriser auprès des entreprises en instituant des dispositifs favorables aux cautions.

Depuis cette réforme, lorsqu'une entreprise cautionnée rencontre des difficultés financières, elle peut faire, alternativement ou successivement, l'objet d'une procédure de prévention des difficultés (section 1) ou d'une procédure de traitement des difficultés (section 2). *« Il peut paraître lointain le temps où le droit des procédures collectives était appréhendé comme une fatalité, un mal nécessaire, un véritable repoussoir qui conduisait le chef d'entreprise à attendre la dégradation de la situation de l'entreprise avant de se diriger vers le tribunal de commerce, si les créanciers ne l'avaient pas devancé. La vision moderne, pleinement consacrée par la loi de sauvegarde, de l'ouverture anticipée d'une procédure collective paraît, dans les textes au moins, à des années-lumière. Aujourd'hui, on conçoit le Livre VI du Code de commerce comme un bénéfice, on l'instrumentalise même. »*¹³⁹⁸

¹³⁹⁷ F. PÉROCHON, *op. cit.*, p. 77.

¹³⁹⁸ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde à l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

Section 1. L'instrumentalisation du sort des cautions dirigeantes aux fins de prévention des difficultés des entreprises

377. – Plan. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 réforma les procédures de prévention des difficultés afin d'inciter les dirigeants-cautions à y recourir lorsque leur entreprise rencontre des difficultés d'ordre économique. Les mesures phares de cette réforme en la matière concernent le mandat *ad hoc* et la procédure de conciliation, la procédure de sauvegarde ne pouvant être juridiquement qualifiée de mesure préventive puisqu'il s'agit d'une véritable procédure collective¹³⁹⁹ (même si elle répond *in fine* aux mêmes préoccupations d'anticipation que la procédure de conciliation ou le mandat *ad hoc*). En légalisant ou rénovant ces procédures, le législateur du 26 juillet 2005 ouvrit « *la voie d'une solution négociée avec les créanciers, soit sur la base d'un accord soit sur celle d'un vote* »¹⁴⁰⁰ afin de favoriser la négociation en matière de traitement des difficultés des entreprises. L'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives entérina cette tendance qui « *se manifeste tout d'abord par la place donnée aux dispositions relatives à l'amélioration de la prévention et du traitement amiable, domaine de prédilection des solutions négociées* »¹⁴⁰¹ (§2).

Cependant, pour que ces réformes soient efficaces et pour que les dirigeants puissent effectivement négocier le sort de leur entreprise, encore fallait-il qu'ils soient en mesure de se rendre compte des difficultés rencontrées par leur entreprise car, trop souvent, les dirigeants ne disposent pas du recul ou des compétences nécessaires pour réaliser suffisamment tôt que leur entreprise prend une mauvaise direction. Conscient de cette réalité et soucieux du sort des entreprises, le législateur du 1^{er} mars 1984 avait déjà mis au point des dispositifs permettant d'alerter les dirigeants lorsque leur entreprise commence à rencontrer des difficultés de nature à compromettre l'exploitation de leur activité¹⁴⁰². Les réformes successives ont non seulement

1399 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 248, p. 133.

1400 G. NOTTÉ, « Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. – Ord. N° 2014-326, 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, 230.

1401 *Loc. cit.*

1402 « Cette réforme est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1985 et a consisté, pour l'essentiel, à

maintenu ces orientations mais elles ont également insisté sur les dispositifs d'alerte permettant de prévenir les dirigeants des difficultés rencontrées par leur entreprise à un stade suffisamment précoce pour que ceux-ci agissent rapidement et volontairement (§1).

§ 1 : La détection précoce des difficultés de l'entreprise cautionnée

378. – Plan. *« La loi du 1^{er} mars 1984 a créé plusieurs procédures (au sens large de processus, d'ensemble de règles à suivre dans une situation donnée, indépendamment de tout procès), dites procédures d'alerte, destinées à attirer l'attention au sein de l'entreprise sur certains dangers menaçant celle-ci. Ces diverses procédures se ressemblent : même finalité, même méthode ; quelqu'un va crier "Au feu !", de plus en plus fort, jusqu'à que tous les intéressés – dirigeants et associés – aient entendu, dans l'espoir de provoquer une discussion au sein de l'entreprise et, le cas échéant, une réaction, certes facultative, mais susceptible d'être d'autant plus efficace qu'elle sera précoce. Selon la formule du Professeur Mestre, "c'est vers la voie des médecines naturelles, des thérapies douces que le législateur veut entraîner les dirigeants". »*¹⁴⁰³

Les procédures d'alerte ne sont pas des modes de résolution des difficultés des entreprises, elles n'ont pas un fonction immédiatement curative et sont simplement destinées à prévenir le dirigeant suffisamment tôt afin que celui-ci sollicite, de son propre chef, la mesure préventive la plus adéquate pour soigner les maux de son entreprise. L'objectif est donc d'alerter le dirigeant dès les premiers signes de la maladie, afin que celui-ci y remédie en douceur avant que le mal n'empire.

En vertu des textes régissant la matière, cette alerte peut être donnée par une personne intégrée à l'entreprise ou un tiers à celle-ci qui se rend compte de l'existence de difficultés dans l'entreprise¹⁴⁰⁴. La mise en oeuvre de cette procédure d'alerte requiert néanmoins la réunion de deux éléments : *l'alertant* doit avoir eu accès aux informations relatives à la solvabilité de

améliorer l'information des dirigeants sur les signes de défaillance et à prévoir une solution non contentieuse aux difficultés rencontrées. » (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, LGDJ, 2013, n° 43, p. 32).

¹⁴⁰³ F. PÉROCHON, *op. cit.*, n° 44, p. 46-47.

¹⁴⁰⁴ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2013, n° 49, p. 32.

l'entreprise et il doit disposer d'un droit d'alerte conféré par le législateur (II). Plus précocement encore, l'alerte peut également être donnée (par un tiers) lorsque le dirigeant prévoyant a confié la surveillance de son entreprise à un groupement afin d'être immédiatement alerté en cas de problème. À cette fin, il communique lui-même volontairement tous les éléments permettant à ce groupement « *d'attirer au plus tôt l'attention du chef d'entreprise sur des "indices de difficultés". L'indice étant un signe apparent qui indique avec probabilité, cette procédure pourrait même être "plus préventive" que les autres, ce qui serait logique au regard de la qualité particulière de l'information fournie au groupement* »¹⁴⁰⁵ (I).

I – L'anticipation de l'alerte *via* les groupements de prévention agréés

379. – L'objectif théorique des groupements de prévention agréés.

Lorsque le dirigeant prend seul conscience des difficultés rencontrées par son entreprise, il est en mesure d'agir préventivement pour les résoudre et ainsi éviter l'aggravation de la situation financière de celle-ci. Cependant, dans les petites et moyennes entreprises dépourvues de cellule de gestion et de conseil¹⁴⁰⁶, les dirigeants ne sont pas forcément en mesure d'apprécier l'existence de difficultés d'ordre économique dès les premiers symptômes : « *certaines dirigeants de petites ou moyennes entreprises n'ont pas les moyens de s'équiper de services compétents ou de se faire assister par des spécialistes. Eux-mêmes, absorbés par d'autres tâches, n'ont pas toujours le temps et parfois la formation suffisante pour exploiter les résultats. Le législateur a mis à leur disposition le "groupement de prévention agréé", destiné à lui fournir une assistance* »¹⁴⁰⁷.

Conscient de la situation – voire de la lacune de certains dirigeants –, le législateur créa des groupements ayant pour mission de fournir à leurs adhérents une analyse confidentielle des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à leur transmettre régulièrement. Initialement réservée aux sociétés commerciales et aux

1405 F. PÉROCHON, *op. cit.*, n° 66, p. 57.

1406 J.-J. HYEST, *Rapport sur la législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale n° 3451 – Sénat n° 120, déc. 2001, p. 17.

1407 A. LIENHARD, *Sauvegarde des entreprises en difficultés : nouvelles pratiques issues de la réforme*, 2^e éd., coll. Ce qu'il vous faut savoir, Paris, Delmas-Dalloz, 2007, n° 224, p. 29.

personnes morales de droit privé par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, la faculté d'adhérer à un groupement de prévention agréé fut largement étendue par la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique¹⁴⁰⁸. Depuis lors, l'article L. 611-1 du Code de commerce dispose que toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée et toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé. Ainsi, lorsque le groupement relève, grâce aux informations volontairement fournies par le dirigeant, que l'entreprise fait face à des difficultés financières, il en informe immédiatement le chef d'entreprise et lui propose de désigner un expert afin d'en identifier l'origine et de trouver des solutions pour y remédier.

380. – L'intérêt pratique des groupements de prévention agréés. Peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} mars 1984 et l'instauration des groupements de prévention agréés en droit positif, la critique était déjà unanime sur l'inefficacité de ces groupements (quelque soit le profil du dirigeant ou de l'entreprise). En effet, le dirigeant d'une entreprise de grande dimension n'a *a priori* pas vocation à adhérer à l'un de ces groupements puisque la société est déjà concernée par d'autres procédures d'alerte (qui seront développées ci-après) et surtout parce que le dirigeant est généralement entouré d'organes de gestion et de professionnels du droit ou de la finance.

Lorsque le législateur avait pris l'initiative d'instaurer des groupements de prévention agréés, il s'adressait donc prioritairement aux petites et moyennes entreprises, espérant que celles-ci puissent être aidées dans la gestion de leur entreprise et agissent préventivement en cas de difficultés.

Cependant, les dirigeants de petites et moyennes entreprises n'ont pas tous conscience de l'importance de prévenir les difficultés. Par ailleurs, en raison de la dimension de leur entreprise, ces dirigeants sont habitués à décider et à agir seuls et sont, de ce fait, particulièrement réticents à l'immixtion d'autres personnes dans la gestion de leur entreprise et à la communication d'informations à des organismes en relation avec l'Administration¹⁴⁰⁹. Au sein des moyennes entreprises, il est fort probable que de nombreux

1408 B. SAINTOURENS, « Adhésion d'un commerçant ou d'un artisan à un groupement de prévention agréé », *RTD com.* 2003, n° 4, p. 693.

1409 F. MACORIG-VENIER, « Détection des difficultés des entreprises. Analyse de l'information / contrôle de gestion », *RTD com.* 2003, n° 4, p. 806.

dirigeants ne recourront jamais à ces groupements de prévention agréés, soit parce qu'ils n'ont pas conscience du risque de faillite avant d'y être effectivement confrontés, soit parce qu'ils se voilent la face sur les difficultés rencontrées par leur entreprise, soit enfin parce qu'ils ne connaissent pas l'existence de tels groupements. L'utilité de ces groupements à l'égard des petites entreprises laisse encore plus perplexe puisque le Professeur Dominique Legeais s'interrogeait, dès la fin des années 1980, sur la pertinence du conseil qu'un groupement de prévention agréé pourrait délivrer au dirigeant d'une telle entreprise : *« quel conseil donner à l'artisan, au petit entrepreneur qui constate que son carnet de commandes se remplit moins vite qu'auparavant ? »*¹⁴¹⁰. Il dressait également un bilan pessimiste à l'égard des groupements de prévention agréés lors d'un colloque dédié à la prévention des difficultés des entreprises depuis l'adoption de la loi du 1^{er} mars 1984 : *« ce colloque ayant pour thème le bilan de deux années d'application de la loi du 1^{er} mars 1984, vous vous attendez sans doute à ce que soit évoquée l'activité des groupements de prévention agréés. Ce rapport devait en effet avoir pour but de mettre en évidence le rôle qu'ont pu jouer ces groupements dans la prévention des difficultés des entreprises. Une telle présentation paraissait d'autant plus s'imposer que ces groupements étaient une des pièces majeures du dispositif mis en place en 1984. Or, au risque de vous décevoir, il ne sera guère question des groupements de prévention dans cet exposé. Ne voyez là aucune mauvaise volonté de ma part. Il s'agit tout simplement de la conséquence d'un constat. Les groupements de prévention agréés ne fonctionnent pas. Peut-être plus surprenant encore, très peu de groupements ont été constitués en application de la loi du 1^{er} mars 1984. Ce sont ces données que révèle de manière indiscutable un sondage effectué auprès des Chambres de commerce et d'industrie. Dès lors, plus qu'un bilan d'application, c'est un constat d'échec qu'il convient d'établir »*¹⁴¹¹.

381. – Un avenir pour les groupements de prévention agréés ? Les groupements de prévention agréés s'inscrivent sans nul doute dans la tendance visant à favoriser la prévention des difficultés des entreprises. Ils devraient rencontrer un important succès auprès des dirigeants qui ne sont

1410 D. LEGEAIS, « Les groupements de prévention agréés », in *La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application*, Journée d'étude de l'Institut de Droit de l'Entreprise de l'Université de Poitiers (15 mai 1987), *JCP E* 1987, 15066.

1411 *Loc. cit.*

pas en mesure de se rendre compte seuls des difficultés financières de leur entreprise et qui ont besoin d'une aide experte et extérieure capable de tirer la sonnette d'alarme et de trouver des solutions pour assurer la pérennité de leur entreprise. Par ailleurs, les dirigeants ayant cautionné les dettes de leur entreprise devraient adhérer sans hésitation à l'un de ces groupements de prévention agréés, le bénéfice de cette adhésion étant double pour eux puisqu'il n'est pas seulement question de régler les difficultés de leur entreprise mais qu'il s'agit aussi de se protéger personnellement contre le risque d'exécution du cautionnement¹⁴¹².

En effet, si les difficultés financières rencontrées par l'entreprise cautionnée sont traitées préventivement, il est fort probable que la caution dirigeante ne sera jamais appelée par les créanciers. Dès lors, dans un souci de protection des cautions dirigeantes, il serait opportun de les inciter plus fortement à adhérer à de tels groupements, voire même, pourquoi pas, à rendre cette adhésion obligatoire lorsque l'on se retrouve en présence d'une petite ou moyenne entreprise cautionnée par son dirigeant. *« L'efficacité accrue des groupements de prévention agréés pourrait, sans conteste, permettre d'une part, une alerte très en amont des difficultés d'une entreprise, principalement les TPE, et d'autre part, un traitement de celles-ci dès leur origines en partenariat avec les créanciers publics et les établissements financiers. »*¹⁴¹³

Pourtant, trente ans après leur création, force est de constater que les groupements de prévention agréés sont quasiment absents de la pratique du droit des entreprises en difficulté et les observateurs sont contraints d'avouer avec diplomatie que *« les groupements de prévention agréés, dont on soulignait l'existence de fait en 1994, sont pour l'instant demeurés très discrets »*¹⁴¹⁴. Leur existence et leurs missions ne sont généralement pas connues des dirigeants de petites et moyennes entreprises et ces groupements se font même singulièrement remarquer par leur manque de lisibilité et de communication¹⁴¹⁵.

1412 Le Professeur Pierre-Michel Le Corre estime que les groupements de prévention agréés ont notamment vocation à informer *« le chef d'entreprise de tous les "indices de difficulté", en lui proposant l'intervention d'un expert »* et à *« assister le chef d'entreprise lors d'une demande d'explication émanant du président du tribunal, même s'il n'a qu'un rôle de conseil et d'assistance à la gestion »* (P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., coll. Mémentos Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, p. 6).

1413 H. LÉCUYER (dir.), F.-X. LUCAS (dir.), *La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2006, commentaires rédigés par J.-E. KUNTZ, p. 10.

1414 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 67, p. 57.

1415 À ce jour, il est difficile de connaître officiellement le nombre de groupements existant,

Malgré les recommandations du Professeur Dominique Legeais à propos de la nécessité de promouvoir l'existence et les vertus de ces groupements de prévention agréés – notamment auprès des petites et moyennes entreprises – et d'adopter des mesures fiscales incitatives pour les entreprises adhérentes, force est de constater que le législateur s'est montré très peu persuasif. Celui-ci s'est en effet contenté de favoriser l'adhésion des entreprises à l'un de ces groupements *via* un crédit d'impôt égal à 25% des dépenses d'adhésion pour les deux premières années d'adhésion seulement et dans la limite de 1500 euros par an¹⁴¹⁶. De plus, aucune des nombreuses réformes postérieures à la loi du 1^{er} mars 1984 – pas même l'ordonnance du 12 mars 2014 pourtant relative à la prévention des difficultés des entreprises – n'a manifesté le moindre intérêt à l'égard de ces groupements ou n'a pris le soin de corriger ou d'améliorer leur fonctionnement. Cette carence législative doit s'interpréter comme un constat d'échec : les groupements de prévention agréés ne permettent pas de prévenir efficacement les difficultés des entreprises. S'ils se maintiennent en droit positif, ils ne constituent pas un dispositif suffisamment pertinent pour retenir l'attention du législateur lors des réformes.

II – La provocation de l'alerte par des tiers informés des difficultés de l'entreprise

382. – Plan. La loi du 1^{er} mars 1984 introduisit en droit positif des procédures destinées à tirer le signal d'alarme dans l'entreprise lorsqu'une menace affectant la continuité de son exploitation est constatée par une autre personne que le dirigeant. La loi du 10 juin 1994¹⁴¹⁷ étendit le champ d'application de ces procédures d'alerte à toutes les entreprises individuelles, commerciales ou artisanales et, plus récemment, l'ordonnance du 12 mars 2014 vint renforcer la procédure d'alerte émanant du président du tribunal. Contrairement à l'alerte donnée par un groupement de prévention agréé, les procédures d'alerte qui vont être évoquées ci-après sont mises en oeuvre spontanément par des tiers à l'entreprise (commissaire aux comptes,

le coût d'adhésion à l'un de ces groupements ou encore le nombre d'adhésions constatées chaque année (D. LEGEAIS, *op. cit.*).

1416 Art. 244 quater D du CGI.

1417 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, LGDJ, 2013, n° 60, p. 41 : « La loi accélère donc la procédure d'alerte, accroît les pouvoirs du président du tribunal de commerce afin de permettre son intervention rapidement ».

président du tribunal), sans que le dirigeant ne les ait préalablement invités à le faire et sans leur avoir volontairement communiqué les documents permettant d'évaluer les difficultés de son entreprise (B). Or, de toute évidence, une personne étrangère à l'entreprise n'est en mesure de donner l'alerte que si elle a effectivement eu connaissance des difficultés rencontrées par l'entreprise et qu'elle a eu accès aux données financières de celle-ci. En l'absence d'adhésion volontaire à un groupement de prévention agréé et de communication volontaire des documents permettant de suivre et d'évaluer la situation de l'entreprise, personne n'est capable d'apprécier l'existence d'une menace affectant la continuité de l'exploitation et d'en alerter le dirigeant. Il semble dès lors logique que le législateur ait prévu des mesures rendant effectives ces procédures en permettant à ces tiers d'être informés des difficultés de l'entreprise par des personnes participant à la vie de l'entreprise ou par la communication obligatoire de documents¹⁴¹⁸ (A).

A) Les modes de détection précoce des difficultés de l'entreprise

383. – Les difficultés révélées par la comptabilité de l'entreprise. « *La première source de renseignements permettant d'apprécier la situation financière d'une entreprise est dans la comptabilité. Aussi le Code du commerce fait-il obligation à toute personne physique ou morale d'établir une comptabilité régulière et de dresser à la clôture de l'exercice des comptes annuels* »¹⁴¹⁹.

Conformément aux articles L. 123-12 et L. 232-1, I du Code de commerce, toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement chronologique des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise et doit contrôler par inventaire, au moins une fois par an, l'existence et la valeur de l'actif et du passif du patrimoine de l'entreprise. Elle doit ensuite établir des comptes annuels (bilan et compte de résultat) à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Même si le Code de commerce prévoit des sanctions à l'égard des dirigeants qui tiennent une comptabilité irrégulière ou incomplète¹⁴²⁰,

1418 L'information comptable, prévisionnelle ou obligatoire, « est une source précieuse de renseignements pour les partenaires d'une entreprise » (P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., coll. Mémentos Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, p. 4).

1419 A. LIENHARD, *Sauvegarde des entreprises en difficultés : nouvelles pratiques issues de la réforme*, 2^e éd., coll. Ce qu'il vous faut savoir, Paris, Delmas-Dalloz, 2007, n° 213, p. 25-26.

1420 *Loc. cit.*

force est d'admettre que les obligations d'établissement et de conservation des comptes ne permettent pas, à elles seules, d'alerter des tiers sur la situation de l'entreprise. Aussi, afin que la situation comptable de l'entreprise soit portée à la connaissance de tous, notamment aux titulaires d'un droit d'alerte, les dirigeants des sociétés commerciales¹⁴²¹ sont également tenus de déposer les comptes annuels au greffe du tribunal de commerce dans le délai d'un ou deux mois à compter de leur approbation¹⁴²². La loi de sauvegarde renforça d'ailleurs « *l'obligation faite au dirigeant de procéder au dépôt des comptes annuels. Les comptes sociaux sont, en effet, un élément indispensable à l'analyse de la situation économique d'une société* »¹⁴²³.

En l'absence de dépôt des comptes annuels, l'article L. 123-5-1 du Code de commerce prévoit la possibilité, pour tout intéressé ou pour le ministère public, de demander au président du tribunal d'enjoindre sous astreinte le dirigeant de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés. En vertu du nouvel article L. 611-2, II du Code de commerce, le président du tribunal a également la faculté de se saisir d'office afin d'enjoindre le dirigeant à déposer les comptes annuels à bref délai sous astreinte¹⁴²⁴.

384. – Les difficultés révélées par le Registre du Commerce et des Sociétés. « *La mise en œuvre rapide et efficace d'une action de prévention exige que l'on dispose des renseignements sur l'entreprise concernée. Il*

1421 Cette obligation concerne les sociétés par actions (C. com., art. L. 232-23), les sociétés à responsabilité limitée (C. com., art. L. 232-22) et certaines sociétés en nom collectifs (C. com., art. L. 232-21). Pour les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, l'obligation d'établissement de comptes annuels ne concerne que les entreprises qui remplissent au moins deux des critères suivants : plus de 50 salariés en contrat à durée indéterminée, plus de 3.100.000 euros HT de chiffre d'affaires ou de ressources, plus de 1.550.000 euros pour le total du bilan (C. com., art. R. 612-1).

1422 Le décret n° 2014-1063 du 18 septembre 2014 relatif à la simplification de certaines obligations comptables applicables aux commerçants a modifié le délai pour déposer les documents lorsque ce dépôt est effectué par voie électronique (2 mois). Le cas échéant, le délai reste inchangé (1 mois). Ce décret permet également de tenir le grand livre comptable sous forme électronique et supprime l'obligation de numéroté les documents comptables déposés sous cette forme (JCP G 2014, 989).

1423 H. LÉCUYER (dir.), F.-X. LUCAS (dir.), *La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2006, commentaires rédigés par J.-E. KUNTZ, p. 13.

1424 Le non-respect de cette obligation de publication expose le dirigeant à une condamnation contraventionnelle en vertu de l'article R. 247-1 du Code de commerce : « *Est puni de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe le fait, pour le président, l'administrateur, le directeur général ou le gérant d'une société dont les actions sont admises, en tout ou partie, à la négociation sur un marché réglementé de n'avoir pas procédé aux publications prévues aux articles R. 232-11 et R. 232-13. En cas de récidive, l'amende applicable est celle prévue par le 5° de l'article 131-13 du code pénal pour la récidive des contraventions de la cinquième classe.* »

*existe différentes sources de renseignements accessibles au public. La plus importante est certainement le registre du commerce. »*¹⁴²⁵

En vertu des articles L. 123-1 et suivants du Code de commerce, certaines informations relatives aux commerçants personnes physiques, aux sociétés et groupements d'intérêt économique ou encore aux sociétés commerciales doivent figurer au registre du commerce et des sociétés pour être portées à la connaissance du public. Ces informations résultent soit d'une déclaration¹⁴²⁶ obligatoire, soit d'une inscription d'office¹⁴²⁷. *« Sous l'autorité du président du tribunal et la surveillance du ministère public, le greffier assure la tenue des différents registres et reçoit les pièces dont le dépôt est obligatoire pour chaque entreprise immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés. Le président organise l'examen de ces différents éléments et donne des directives au greffier pour qu'il lui soumette régulièrement les états révélant les difficultés que rencontrent certaines entreprises. Ce sont les "clignotants" dont l'apparition révèle un danger potentiel. Parmi eux, on relève : les inscriptions (privilèges, nantissements et protêts), la publicité légale (non-dépôt des comptes annuels, perte de plus de la moitié du capital, capitaux propres négatifs), des informations provenant de l'activité du tribunal qui peuvent être révélatrices de difficultés (multiples poursuites en paiement, demande d'ouverture d'une procédure collective suivie d'une radiation par suite d'un paiement, demande de report de l'assemblée générale annuelle, etc.) »*¹⁴²⁸

Grâce aux informations figurant au Registre du commerce et des Sociétés ainsi qu'à la procédure mise en place avec son greffier pour être informé des difficultés rencontrées par certaines entreprises, le président du tribunal est ainsi en mesure de suggérer une action préventive au dirigeant *via* la procédure d'alerte que le Code de commerce lui reconnaît et qui sera développée ci-après.

385. – Les difficultés révélées par les actionnaires ou les associés de la société. Le Code de commerce reconnaît une forme de droit d'alerte au bénéfice de certaines personnes intéressées ou intégrées à une entreprise subissant des difficultés d'ordre économique. Les articles L. 225-232 (pour les sociétés anonymes) et L. 223-26 (pour les sociétés à responsabilité

1425 A. LIENHARD, *op. cit.*, n° 214, p. 26.

1426 C. com., art. R. 123-37 et s.

1427 C. com., art. R. 123-122 et s.

1428 A. LIENHARD, *op. cit.*, n° 238, p. 35-36.

limitée) du Code de commerce permettent en effet aux actionnaires et aux associés de poser des questions relatives à tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation au président du conseil d'administration ou au directoire (pour les sociétés anonymes) ainsi qu'au gérant (pour les sociétés à responsabilité limitée). Une réponse écrite doit en principe leur être adressée dans le délai d'un mois. Toutefois, en l'absence de réponse ou si les réponses apportées ne les satisfont pas, les actionnaires ou les associés n'ont pas la possibilité de saisir le conseil d'administration (ou de surveillance) ou l'assemblée générale et l'alerte n'ira pas plus loin¹⁴²⁹.

Si la présence d'associés ou d'actionnaires n'est pas rare dans une entreprise, force est cependant de constater que les moyens dont ils disposent pour forcer une réaction du dirigeant ne sont pas très étendus et que cette alerte n'a certainement pas pour effet de contraindre un dirigeant négligeant à agir ; elle a seulement vocation à prévenir un dirigeant de bonne foi qui ne se serait pas rendu compte des difficultés rencontrées par son entreprise et/ou à alerter le commissaire aux comptes (s'il en existe un) de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise afin que celui-ci use ensuite de la procédure d'alerte qui lui est réservée.

386. – Les difficultés révélées par les représentants du personnel.

Le Code du travail reconnaît également une forme de droit d'alerte au bénéfice de certaines personnes physiques ou morales intégrées à l'entreprise subissant des difficultés d'ordre économique. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, le comité d'entreprise – ou à défaut, les délégués du personnel¹⁴³⁰ – peut ainsi demander au chef d'entreprise de lui fournir des explications lorsqu'il a connaissance « *de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* »¹⁴³¹. Cette demande est automatiquement inscrite à l'ordre du jour de la prochaine séance du comité d'entreprise.

En l'absence de réponse ou si la situation économique de l'entreprise reste préoccupante, le comité d'entreprise établit un rapport transmis au dirigeant et au commissaire aux comptes (s'il en existe un). S'il l'estime opportun, le comité d'entreprise peut ensuite saisir l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise en inscrivant cette question à l'ordre du jour

1429 A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2013, n° 74, p. 46.

1430 C. trav., art. 2313-14.

1431 C. trav., art. L. 2313-14 et R. 2313-1.

de la prochaine séance du conseil d'administration ou du conseil de surveillance¹⁴³². Si le comité d'entreprise n'obtient pas de réponse, il peut ensuite saisir le tribunal compétent pour obtenir la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale de la société¹⁴³³.

L'alerte donnée par les représentants du personnel est un peu plus contraignante pour le dirigeant inerte que celle éventuellement déclenchée par les associés ou les actionnaires puisqu'elle permet non seulement d'alerter le commissaire aux comptes des difficultés de l'entreprise mais, plus intéressant encore dans l'hypothèse où il n'existe pas de commissaire aux comptes, elle permet d'alerter le tribunal de la situation de l'entreprise *via* la demande de désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale de la société. Cependant, cette alerte – comme celle initiée par les associés ou actionnaires – ne constitue pas une véritable procédure d'alerte, elle a seulement vocation à faire réagir le dirigeant ou, à défaut, à prévenir le commissaire aux comptes (s'il en existe un) ou le juge de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, afin que ceux-ci envoient un signal plus fort au dirigeant et l'incitent à recourir à une mesure préventive.

B) La mise en œuvre des procédures d'alerte

387. – L'alerte donnée par le commissaire aux comptes. *« En raison de la mission permanente d'investigation, de contrôle et de vérification qui leur est confiée, ainsi que dans leur triple compétence financière, comptable et juridique, les commissaires aux comptes sont à même de découvrir, à l'occasion de leurs fonctions, les indices de la dégradation de la situation de la société. Aussi, le législateur leur confère-t-il la mission de déclencher l'alerte lorsqu'ils relèvent "des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation". »*¹⁴³⁴

Que ces faits lui apparaissent naturellement dans le cadre de sa mission d'investigation, de vérification et de contrôle ou que ceux-ci soient portés à sa connaissance par l'intermédiaire des représentants du personnel ou des associés et actionnaires, le commissaire aux comptes doit en alerter le dirigeant et lui demander des explications à ce sujet, conformément aux

1432 A. LIENHARD, *op. cit.*, n° 232, p. 32-33.

1433 À titre d'exemple : T. com. Marseille, 7 nov. 2001, n° 2001R906.

1434 A. LIENHARD, *op. cit.*, n° 225, p. 30.

articles L. 234-1 et suivants du Code de commerce. À défaut de réponse dans un délai de quinze jours ou si les mesures envisagées par le dirigeant ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite celui-ci à faire délibérer (ou en cas d'inertie provoque lui-même) la délibération du conseil d'administration (ou conseil de surveillance) ou de l'assemblée générale sur les faits relevés. Si les décisions prises lors de cette délibération ne permettent toujours pas d'assurer la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes en informe sans délai le président du tribunal et lui communique les raisons lui permettant de constater l'insuffisance de ces décisions. Le président du tribunal – qui est informé de la procédure d'alerte initiée par le commissaire aux comptes depuis son commencement – appréciera dès lors l'opportunité de mettre en œuvre sa propre procédure d'alerte.

À l'instar de l'alerte donnée par les associés ou actionnaires et le comité d'entreprise, celle donnée par le commissaire aux comptes a donc surtout vocation à faire réagir les *décideurs* de l'entreprise et, en cas d'inaction de leur part, à inciter le président du tribunal à déclencher sa propre procédure d'alerte¹⁴³⁵.

388. – L'alerte donnée par le président du tribunal. Le rôle du président du tribunal a été renforcé par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, celui-ci étant « *considéré par le législateur comme étant le plus qualifié pour connaître des difficultés d'un débiteur, compte tenu de sa neutralité et de la confidentialité, nécessaire aux affaires de toute entreprise, qu'il peut assurer* »¹⁴³⁶. Au regard des informations révélées par la comptabilité de l'entreprise, le Registre du Commerce et des Sociétés, le comité d'entreprise ou encore le commissaire aux comptes, le président du tribunal peut décider de convoquer le dirigeant d'une société commerciale,

1435 Cependant, il convient de préciser que l'obligation de nommer un commissaire aux comptes est réservée aux sociétés anonymes (C. com., art. L. 225-218), aux sociétés en nom collectif (C. com., art. L. 221-9), aux sociétés en commandite simple (C. com., art. L. 222-2 renvoyant à l'art. L. 221-9), aux sociétés à responsabilité limitée (C. com., art. L. 223-35) et aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique (C. com., art. L. 612-1) remplissant au moins deux des trois critères suivants : plus de 50 salariés en contrat à durée indéterminée, plus de 3.100.000 euros hors taxes de chiffre d'affaires ou de ressources, plus de 1.550.000 euros pour le total du bilan (montant net de l'actif). En conséquence, la présence d'un commissaire aux comptes et l'existence d'une alerte initiée par celui-ci sont réservées à une catégorie somme toute limitée d'entreprises et peu concernée par le sujet du cautionnement du dirigeant.

1436 H. LÉCUYER (dir.), F.-X. LUCAS (dir.), *La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2006, commentaires rédigés par J.-E. KUNTZ, p. 12.

d'un groupement d'intérêt économique, ou d'une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale (quelque soit la taille de l'entreprise, le nombre de salariés ou encore le montant du chiffre d'affaires) à un entretien¹⁴³⁷ lorsqu'il résulte des actes, documents ou procédures que l'entreprise rencontre des difficultés de nature à compromettre la continuité de son exploitation¹⁴³⁸. L'objectif de cet entretien est d'envisager avec le dirigeant des mesures permettant de redresser la situation mais « *le président ne peut ni conseiller ni s'immiscer dans la gestion de l'entreprise ou dicter les mesures à prendre* »¹⁴³⁹. À l'issue de cet entretien, le président peut seulement décider de ne pas donner suite à la procédure s'il estime que la continuité de l'exploitation n'est pas compromise ou bien établir un procès-verbal dans lequel il fixe un autre entretien avec le dirigeant en lui demandant de fournir certains documents et de réfléchir aux mesures susceptibles d'enrayer les difficultés de son entreprise, notamment d'envisager la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur¹⁴⁴⁰.

Précisons que depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises, le domaine de cette procédure d'alerte a été notablement élargi puisque le président du tribunal de grande instance dispose désormais, comme le président du tribunal de commerce, du droit de convoquer à un entretien les débiteurs relevant de sa compétence et d'obtenir la communication d'un certain nombre d'informations¹⁴⁴¹. Cette récente réforme du droit d'alerte à l'initiative du président du tribunal de grande instance ou du président du tribunal de commerce démontre que celui-ci représente pour le législateur, un dispositif pertinent dans la prévention des difficultés des entreprises¹⁴⁴². En théorie, le président ne

1437 Conformément à l'article R. 611-10 et suivants du Code de commerce, la convocation doit être adressée au dirigeant au moins un mois avant l'entretien (par lettre recommandée avec accusé de réception et lettre simple) et doit être accompagnée d'une note par laquelle le président du tribunal expose les faits ayant motivé cette procédure.

1438 C. com., art. L. 611-2.

1439 A. LIENHARD, *Sauvegarde des entreprises en difficultés : nouvelles pratiques issues de la réforme*, 2^e éd., coll. Ce qu'il vous faut savoir, Paris, Delmas-Dalloz, 2007, n° 239, p. 36.

1440 Le président rappelle également au dirigeant son obligation de saisir le tribunal d'une demande d'ouverture de procédure collective en cas de cessation des paiements (dans le délai de 45 jours). Par ailleurs, en cas de non-comparution du dirigeant, le président du tribunal a la possibilité d'obtenir la communication de renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise auprès des commissaires aux comptes, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que des services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement.

1441 G. NOTTÉ, « Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. – Ord. N° 2014-326, 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, 230.

1442 Dit autrement, un dispositif essentiellement destiné à orienter le dirigeant d'une entreprise en difficulté vers un mode de résolution amiable des difficultés de l'entreprise et à le faire réfléchir sur l'opportunité d'une procédure de conciliation ou d'un mandat *ad*

conseille pas le dirigeant, ne s'immisce pas dans la gestion de l'entreprise, ne dicte pas les mesures à prendre¹⁴⁴³, il informe simplement le dirigeant de l'existence de ces procédures et lui propose d'y réfléchir jusqu'au prochain entretien. En pratique, le cérémonial de ce premier entretien avec le président du tribunal, la formulation d'une proposition en fin d'entretien et la rédaction d'un procès-verbal invitant le dirigeant à un nouvel entretien expliquent peut-être le nombre d'ouvertures de procédures de conciliation et de mandats *ad hoc* recensés chaque année.

§ 2 : La résolution préventive des difficultés de l'entreprise cautionnée

389. – Annonce de plan. *« De tout temps, la rumeur sur les difficultés des entreprises a été un facteur d'aggravation de celles-ci, les partenaires étant alors réticents à poursuivre leurs relations d'affaires avec ce débiteur en mauvaise posture économique. Ainsi, bien conscient de l'entrave apportée à une réaction précoce des entrepreneurs, le législateur a instauré des procédures amiables qui restent complètement ou partiellement confidentielles. En revanche, le passage par une procédure judiciaire conduira à une large publicité et à une crise de confiance corrélative. (...) Les procédures amiables présentent donc, de ce point de vue, une supériorité incontestable sur les procédures judiciaires. Les informations qui peuvent être recueillies auprès des professionnels ou des juridictions consulaires reflètent cette faveur des débiteurs pour les procédures confidentielles, qu'il s'agisse du mandat *ad hoc* ou de la conciliation. Dès les premiers mois d'application de la loi de sauvegarde, comme on pouvait s'y attendre, les débiteurs se sont tournés assez massivement vers ces procédures qui leur permettaient de négocier avec un cercle choisi de créanciers sans affoler l'ensemble de leurs partenaires économiques. »*¹⁴⁴⁴

Les procédures préventives – mandat *ad hoc* ou conciliation – procurent de

hoc.

¹⁴⁴³ Si le président estime que la société est en état de cessation des paiements, il ne peut plus suggérer au tribunal de se saisir d'office de l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire – cette saisine ayant été déclarée inconstitutionnelle – mais il peut en informer le ministère public qui décidera de l'opportunité de déposer une requête en ce sens (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, LGDJ, 2013, n° 172, p. 103).

¹⁴⁴⁴ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde a l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

nombreux avantages aux entreprises en difficulté en ce qu'elles permettent de trouver un accord amiable avec certains créanciers, tout en assurant la confidentialité nécessaire au maintien de relations de confiance avec les autres partenaires contractuels. La réforme du 26 juillet 2005 – qui rénova la procédure de règlement amiable sous le nom de conciliation et conféra une véritable autonomie à la pratique du mandat *ad hoc* – poursuivait prioritairement l'objectif d'inciter les dirigeants à recourir à ces procédures préventives en cas de difficultés constatées dans l'entreprise.

À cette fin, le législateur ne s'était pas contenté d'instaurer des dispositifs favorables aux entreprises, il s'assura du succès de ces procédures en adoptant concomitamment des mesures incitatives à l'égard des dirigeant-cautions (I). Concevant les cautions dirigeantes comme des individus stratèges choisissant la procédure la plus protectrice de leurs intérêts personnels au détriment de leur entreprise, le législateur décida d'instrumentaliser le droit du cautionnement afin de convaincre celles-ci à recourir à ces procédures préventives, plus particulièrement, à la procédure de conciliation. « *Depuis la loi de sauvegarde, faire en sorte que le débiteur utilise des procédures d'anticipation est un leitmotiv législatif* »¹⁴⁴⁵. Cependant, cette volonté, accentuée depuis la réforme du 12 mars 2014, risque d'avoir des conséquences perverses dans la mesure où les dirigeants ont désormais la possibilité d'utiliser ces procédures préventives à des fins personnelles pour annihiler certains effets du cautionnement (II).

I – La promotion des procédures préventives dans les entreprises cautionnées par leur dirigeant

390. – L'objet du mandat *ad hoc*. « *La création prétorienne qui est à l'origine de cette pratique repose sur une constatation. Lorsque l'entreprise éprouve des difficultés, créanciers et fournisseurs redoublent de prudence ; ils ne veulent prendre aucun risque nouveau. Une telle situation conduit à un blocage qui, à lui seul, peut entraîner la cessation des paiements. Elle peut être évitée si une personne extérieure aux parties, ayant leur confiance et agissant dans le cadre d'un mandat de justice, participe à la recherche des solutions et à leur mise en œuvre.* »¹⁴⁴⁶

1445 P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 12, p. 733.

1446 A. LIENHARD, *op. cit.*, n° 203, p. 17-18.

Initiée par les tribunaux de commerce, la pratique du mandat *ad hoc* fut consacrée et légalisée par la loi du 10 juin 1994 aux anciens articles L. 611-3 et L. 611-5 du Code de commerce. Cependant, ces articles avaient été intégrés dans la procédure de règlement amiable, de sorte qu'il était possible de penser que le mandat *ad hoc* n'avait pas de véritable autonomie et que son champ d'application était limité aux seules entreprises pouvant bénéficier d'un règlement amiable. La loi du 26 juillet 2005 conféra une confortable indépendance au mandat *ad hoc*, celui-ci concernant désormais toutes les entreprises, quelque soit leur nature, qui ne sont pas en cessation des paiements¹⁴⁴⁷ ou à condition que l'état de cessation des paiements ne remonte pas à plus de quarante-cinq jours¹⁴⁴⁸.

Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, la façon de concevoir le mandat *ad hoc* a radicalement changé puisque le nouvel article L. 611-3 du Code de commerce dispose désormais que « *le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission* ». Depuis lors, l'intervention d'un mandataire *ad hoc* résulte ainsi uniquement de la volonté du chef d'entreprise et ne peut plus intervenir à la seule discrétion du juge. Cette procédure permet ainsi de résoudre de façon amiable et préventive, à la demande du dirigeant, les difficultés d'une entreprise avec l'accord des créanciers de celle-ci. Cet accord n'a toutefois que la force obligatoire d'un contrat et le président du tribunal ne peut pas lui donner force exécutoire¹⁴⁴⁹.

391. – L'objet de la procédure de conciliation. « *Créé par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, le règlement amiable, d'abord peu utilisé, n'avait pas donné les résultats escomptés. Toutefois, les auteurs de la loi de 1994 ont estimé, à juste titre, qu'il ne fallait pas le supprimer car il était un maillon indispensable entre le mandat ad hoc, maintenant légalisé, et le redressement judiciaire. À condition de le rénover, il pouvait être un dispositif important de la prévention. C'est ce qu'à voulu réaliser la loi du 10 juin 1994. Avec la loi du 26 juillet 2005, le règlement amiable disparaît du Code de commerce. Mais son esprit demeure et il sort même renforcé de*

1447 *Ibid.*, n° 204, p. 18-19.

1448 Ph. ROUSSEL GALLE, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *Les Petites Affiches*, 12 juill. 2006, n° 138, p. 10.

1449 M. GAUILLONNEAU, J.-Ph. HAEHL, B. MUNOZ-PEREZ, *Rapport sur la prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011*, Ministère de la Justice, 2013, p. 8.

*la réforme, qui, sous l'appellation désormais de conciliation, témoignant d'une volonté d'approche plus conciliatrice des intérêts respectifs en présence, tend, par certaines innovations audacieuses, à en faire une pièce maîtresse du sauvetage des entreprises en difficulté. Son objet est de proposer à toute entreprise, qui se ne trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours, éprouvant des difficultés, une procédure qui permet, sous les auspices d'un conciliateur nommé par le président du tribunal de rechercher un accord avec les créanciers. »*¹⁴⁵⁰

Selon les termes des articles L. 611-4 et L. 611-5 du Code de commerce, cette nouvelle procédure de conciliation concerne toutes les entreprises faisant face à des difficultés juridiques, économiques ou financières, avérées ou prévisibles, qui ne sont pas en état de cessation des paiement depuis plus de quarante-cinq jours¹⁴⁵¹. Comme dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, la procédure de conciliation ne peut être demandée que par le chef d'entreprise, le juge ne pouvant pas se saisir d'office aux fins d'ouverture d'une telle procédure.

Saisi d'une telle demande, le président du tribunal convoque le dirigeant à un entretien et dispose de trois possibilités à l'issue de celui-ci : il peut mettre en place une mesure d'instruction en se faisant communiquer des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur¹⁴⁵² et/ou désigner un expert pour établir un rapport sur cette situation¹⁴⁵³ ; le président du tribunal peut également refuser de désigner un conciliateur s'il estime que la procédure n'est pas nécessaire et que l'entreprise ne rencontre pas de difficultés avérées ou prévisibles ou, au contraire, si l'entreprise est en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ; enfin, le président peut ordonner l'ouverture de la procédure demandée et désigner un conciliateur ayant le pouvoir de négocier un accord comportant des remises et délais de

¹⁴⁵⁰ A. LIENHARD, *op. cit.*, n° 301, p. 40-41.

¹⁴⁵¹ L'ancienne procédure de règlement amiable posait, comme condition préalable à la recherche d'un accord, que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements.

¹⁴⁵² Les renseignements lui sont communiqués par le commissaire aux comptes, les représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement (C. com., art. L. 611-6 renvoyant à l'article L. 611-2, I).

¹⁴⁵³ C. com., art. L. 611-6 *in fine* : « Après ouverture de la procédure de conciliation, le président du tribunal dispose des pouvoirs qui lui sont attribués par le second alinéa du I de l'article L. 611-2. En outre, il peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci. »

paiement avec les principaux créanciers. La mission du conciliateur ne peut généralement excéder quatre mois et aboutit, en cas de réussite, soit sur un accord constaté¹⁴⁵⁴, soit sur un accord homologué par le président du tribunal¹⁴⁵⁵.

392. – Les avantages des mesures préventives pour les dirigeants. Depuis la loi du 26 juillet 2005, la nomination d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur ne peut plus se faire sur la saisine d'office du juge et ne peut intervenir qu'à la demande du chef d'entreprise¹⁴⁵⁶. Pour l'ouverture et durant l'exécution de la procédure, le dirigeant continue donc d'être le seul décisionnaire¹⁴⁵⁷ et l'unique gestionnaire de son entreprise puisque le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur ne dispose d'aucun pouvoir dans l'entreprise. Le mandataire et le conciliateur sont simplement nommés pour aider le dirigeant à résoudre les difficultés de l'entreprise et pour favoriser la conclusion d'un accord avec les principaux créanciers de celle-ci. En passant d'une saisine d'office du juge à une faculté réservée uniquement aux chefs d'entreprise, le législateur décida de mettre en confiance les dirigeants afin que ceux-ci ne perçoivent plus ces procédures préventives comme une sanction ou une tutelle infligée par le tribunal mais qu'ils les appréhendent désormais comme une chance de résoudre préventivement les difficultés de leur entreprise.

Afin d'encourager les dirigeants à solliciter l'ouverture de l'une de ces procédures, plus particulièrement l'ouverture d'une procédure de conciliation, le législateur du 26 juillet 2005 instaura différentes mesures de nature à les convaincre. Premièrement, il précisa que le dépôt d'une demande de conciliation suspendrait désormais l'obligation de déclarer l'état de cessation des paiements dans un délai de quarante-cinq jours (et l'obligation de demander l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire)¹⁴⁵⁸, laissant ainsi un certain répit aux entreprises qui se trouvent

1454 En constatant l'accord, le président du tribunal lui donne force exécutoire mais il ne dispose d'aucun pouvoir souverain d'appréciation (C. com., art. L. 611-8 et R. 611-39).

1455 L'accord homologué est soumis au pouvoir souverain d'appréciation du président du tribunal. Ce dernier peut notamment refuser d'homologuer l'accord si le débiteur est en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours, si l'accord ne permet pas de résoudre les difficultés de l'entreprise ou encore si l'accord porte atteinte aux intérêts des créanciers non signataires (C. com., art. L. 611-8, II et R. 611-40).

1456 Selon les chiffres communiqués par le Ministère de la Justice, 84,2% des demandes de nomination d'un mandataire *ad hoc* sont acceptées (M. GAUILLONNEAU, J.-Ph.HAEHL, B. MUNOZ-PEREZ, *op. cit.*, p. 3).

1457 Le dirigeant peut même exiger du président du tribunal qu'il mette fin sans délai à la mission du mandataire *ad hoc* (C. com., art. R. 611-21).

1458 C. com., art. L. 631-4 et L. 640-4.

déjà en cessation de paiement et en leur offrant une véritable alternative aux procédures collectives. Ensuite, le législateur décida que l'entreprise bénéficiant d'une conciliation profiterait également d'un répit durant toute l'exécution de la mesure puisque l'accord, qu'il soit constaté ou homologué, interrompt ou interdit toute action en justice et toute poursuite individuelle tendant au paiement des créances objets de l'accord contre le débiteur principal¹⁴⁵⁹.

L'ordonnance du 12 mars 2014 portant notamment réforme de la prévention des difficultés des entreprises institua, à son tour, des mesures destinées à « *faciliter le recours par le débiteur à la procédure de conciliation : inefficacité des clauses modifiant les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant ou aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-16 créé), possibilité pour le juge d'accorder des délais de grâce élargie, absence de capitalisation des intérêts* »¹⁴⁶⁰.

393. – Les avantages des mesures préventives pour les cautions dirigeantes. Pour parfaire le dispositif d'incitation des dirigeants à recourir à des mesures préventives, plus spécifiquement à une procédure de conciliation, et ainsi encourager l'anticipation du traitement des difficultés, le législateur du 26 juillet 2005 mit au point une mesure très séduisante à destination des cautions dirigeantes : les personnes ayant consenti une sûreté personnelle peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué. Le caractère accessoire du cautionnement empêchant que la caution soit davantage tenue que le débiteur principal¹⁴⁶¹, les remises et délais accordés par un créancier dans le cadre d'une procédure de conciliation bénéficient à la caution¹⁴⁶² et libèrent celle-ci de son obligation à

¹⁴⁵⁹ C. com., art. L. 611-10-1.

¹⁴⁶⁰ G. NOTTÉ, « Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. – Ord. N° 2014-326, 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, 230.

¹⁴⁶¹ D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *Cautionnement de dettes professionnelles : juridique, fiscal*, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Levallois, F. Lefebvre, 2008, n° 7310-7315, p. 316.

¹⁴⁶² Ce bénéfice, désormais expressément reconnu à l'article L. 611-10-2 du Code de commerce, était déjà retenu par la jurisprudence dans le cadre de la procédure de règlement amiable avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 (En ce sens : Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873 : *Bull. civ. IV*, n° 84 ; *D.* 2004, p. 1594, obs. A. Lienhard ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 132, obs. J. Vallansan ; *Banque et droit*, juill.-août 2004, p. 51, obs. N. Rontchevsky ; *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 161, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2004, p. 590, obs. F. Macorig-Vernier ; *Defrénois* 2004, p. 1663, obs. D. Gibirila).

concurrence de la remise consentie.

L'instrumentalisation du sort de la caution dirigeante aux fins de promotion de la procédure de conciliation, débutée en 2005, fut clairement poursuivie lors de la réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives en 2014. En effet, toujours afin de faciliter le recours à cette procédure préventive et de favoriser le traitement préventif des difficultés des entreprises, une importante modification fut apportée au Titre I^{er} du Code de commerce relatif à la procédure de conciliation. L'article 9 de l'ordonnance du 12 mars 2014 institua ainsi une nouvelle mesure à destination des cautions dirigeantes en complétant le premier alinéa de l'article L. 611-10-2 du Code de commerce¹⁴⁶³. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, les cautions dirigeantes bénéficient automatiquement des délais de grâce obtenus par le débiteur ; autrement dit, du report ou de l'échelonnement judiciaire des créances ne figurant pas dans l'accord constaté ou homologué, sans qu'il ne soit nécessaire de saisir le juge¹⁴⁶⁴.

II – Le détournement des procédures préventives par les cautions dirigeantes

394. – De l'incitation à anticiper le traitement des difficultés de l'entreprise à l'incitation à retarder les effets du cautionnement. *« Le droit des entreprises en difficulté n'est plus une fatalité, le chef d'entreprise est encouragé à prendre en main sa situation afin d'éviter la disparition de l'entreprise. Si la loi met clairement l'accent sur l'anticipation qui est attendue des dirigeants, c'est autre chose que de se tourner vers des stratégies afin d'utiliser au mieux cette nouvelle loi qui offre de multiples combinaisons qu'il faut savoir saisir. La "stratégie", communément définie comme l'art de coordonner l'action de différentes forces impliquées dans la conduite d'une guerre, est suggérée par la loi de sauvegarde dans la*

¹⁴⁶³ Jusqu'au 1^{er} juillet 2014, cet alinéa prévoyait que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué ». Depuis lors, cette disposition a été complétée par la formule suivante : « des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ainsi que » immédiatement après les mots : « peuvent se prévaloir ». Le cinquième alinéa de l'article L. 611-7 du Code de commerce, disposant, quant à lui, que « Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ».

¹⁴⁶⁴ P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 12, p. 733.

conduite de la guerre contre l'échec économique. »¹⁴⁶⁵

La stratégie dans l'intérêt de l'entreprise voulue par le législateur du 26 juillet 2005 aurait finalement dévié sur une stratégie qualifiée « d'égoïste » par le Professeur Marie-Hélène Monsérié-Bon – consistant à protéger davantage son patrimoine personnel de la caution dirigeante qu'à redresser son entreprise. « *Le chef d'entreprise stratège va examiner la situation réservée aux garants afin de choisir la procédure qui procure la plus grande protection soit pour lui-même, dirigeant de sa société, soit pour ses proches dans le cas de l'entreprise individuelle* »¹⁴⁶⁶. Le dirigeant n'agirait donc pas prioritairement dans l'intérêt de son entreprise et ne choisirait pas la mesure préventive la plus opportune pour régler les difficultés de son entreprise mais il choisirait, en réalité, la mesure la plus favorable à sa position de caution.

Au lieu de lutter véritablement contre l'échec économique, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 permettrait finalement aux cautions dirigeantes de mener une guerre contre les créanciers et les effets du contrat de cautionnement. En instrumentalisant le droit du cautionnement et en utilisant le sort des cautions comme *un levier d'anticipation* du traitement des difficultés du débiteur principal, le législateur aurait finalement permis aux cautions dirigeantes de faire passer leur intérêt personnel avant celui de leur entreprise en toute impunité.

Manifestement conscient de ce risque, le législateur avait d'ailleurs instauré les mêmes mesures incitatives pour les coobligés et les garants autonomes afin d'éviter que les créanciers s'éloignent du cautionnement au profit d'autres sûretés, « *solution pragmatique sous l'angle du droit des entreprises en difficulté, mais peu orthodoxe au regard du droit des sûretés, et spécialement de l'article 2321 du Code civil* »¹⁴⁶⁷.

395. – Le mythe de la stratégie égoïste du dirigeant-caution. En partant du principe que les dirigeants-cautions sont des stratèges égoïstes qui détournent les dispositifs de prévention des difficultés afin d'échapper aux effets du cautionnement, on devrait constater un plus grand nombre de demandes d'ouverture de procédure de conciliation que de mandat *ad hoc*.

1465 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde à l'âge de raison*, *Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

1466 *Loc. cit.*

1467 F. PÉROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 77.

En effet, contrairement à l'accord passé avec les créanciers dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, le législateur a expressément permis aux cautions personnes physiques de se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué dans le cadre d'une conciliation¹⁴⁶⁸ ou de bénéficiaire, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, des délais de paiement accordés par le juge en application des articles 1244-1 et suivants du Code civil¹⁴⁶⁹. De la même façon, le nombre de demandes d'ouverture de procédure de sauvegarde devrait largement supplanter le nombre de demandes d'ouverture d'une mesure préventive (conciliation ou mandat *ad hoc*) puisque la sauvegarde est la seule procédure protégeant à ce jour les cautions dirigeantes du seul fait de son ouverture.

Pourtant, les chiffres communiqués par le Ministère de la Justice ne vont absolument pas dans le sens d'une utilisation détournée de ces mesures préventives par les cautions dirigeantes. En effet, les demandes d'ouvertures de procédure de conciliation sont plus rares que les demandes de nominations de mandataires *ad hoc* (4.274 contre 6.978 de 2006 à 2011)¹⁴⁷⁰. Par ailleurs, les statistiques démontrent une nette préférence des dirigeants pour les mandats *ad hoc* et les conciliations par rapport aux procédures de sauvegarde. En effet, de 2006 à 2011, le nombre total d'ouvertures de procédures préventives s'élevait à 9.227 contre 5.109 pour les ouvertures de procédure de sauvegarde¹⁴⁷¹. Ces chiffres témoignent finalement du fait que les dirigeants préfèrent favoriser les stratégies qui sont dans l'intérêt de leur entreprise plutôt que de faire systématiquement primer leur intérêt personnel. En l'occurrence, ils préfèrent opter pour la procédure préventive la plus confidentielle (le mandat *ad hoc*) afin d'éviter une propagation des rumeurs sur les difficultés de son entreprise – important facteur d'aggravation de la situation de celle-ci en ce qu'elles découragent les partenaires contractuels de maintenir des relations d'affaires avec l'entreprise¹⁴⁷².

1468 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *Cautionnement de dettes professionnelles : juridique, fiscal*, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Levallois, F. Lefebvre, 2008, n° 7310-7315, p. 316.

1469 En vertu du nouvel article L. 611-10-2 du Code de commerce, les remises et délais accordés par un créancier ou par le juge bénéficient ainsi à la caution dirigeante (ce bénéfice, désormais expressément reconnu à l'article L. 611-10-2 du Code de commerce, était déjà retenu par la jurisprudence dans le cadre de la procédure de règlement amiable avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005) et libèrent celle-ci de son obligation à concurrence de la remise ou du délai consenti tandis que l'article L. 611-3 du Code de commerce ne prévoit pas cette faveur aux cautions d'entreprises ayant opté pour la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

1470 M. GAUILLONNEAU, J.-Ph. HAEHL, B. MUNOZ-PEREZ, *Rapport sur la prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011*, Ministère de la Justice, 2013, p. 3, tableau 1.

1471 *Ibid.*, p. 4, tableau 2.

1472 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *op. cit.*, p. 53.

Ainsi, afin de préserver la qualité des relations entre l'entreprise et l'ensemble de ses partenaires contractuels, les dirigeants-cautions préfèrent privilégier les dispositifs permettant de résoudre les difficultés de leur entreprise de façon rapide et confidentielle, parfois au détriment de leur sort de caution¹⁴⁷³.

396. – La passerelle vers la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée : un dispositif favorisant la stratégie égoïste. L'ordonnance du 12 mars 2014 fut adoptée sur le fondement de l'article 2 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier et à sécuriser la vie des entreprises. L'un des principaux objectifs de cette loi était de faciliter l'anticipation de l'aggravation des difficultés des entreprises et de renforcer l'efficacité des procédures préventives, prioritairement celle de conciliation, en prévoyant des dispositions incitant plus fortement les dirigeants à recourir à de telles mesures.

Une fois encore, le législateur opta pour l'instrumentalisation du droit du cautionnement afin de rendre la procédure de conciliation plus attractive auprès des dirigeants-cautions. Premièrement, les cautions dirigeantes peuvent désormais bénéficier des délais de grâce pouvant être judiciairement accordés à leur entreprise durant la conciliation. Ensuite, en cas d'échec de la conciliation, les dirigeants-cautions peuvent user d'une passerelle entre cette procédure de prévention des difficultés et la procédure de traitement des difficultés la plus protectrice de leurs intérêts personnels : la sauvegarde.

La loi du 22 octobre 2010 avait déjà inséré une procédure de sauvegarde financière accélérée en droit positif mais celle-ci avait suscité si peu d'engouement depuis son entrée en vigueur¹⁴⁷⁴ que le législateur décida de

1473 Le succès rencontré par les procédures de conciliation et les mandats *ad hoc* n'est pas contesté. Les chiffres communiqués par le Ministère de la Justice témoignent de l'engouement des dirigeants-cautions pour ces procédures : « de 2006 à 2011, les demandes de nomination de mandataire *ad hoc* et les requêtes en ouverture de conciliation ont fortement progressé, en particulier en 2009, sans doute en raison de la crise économique, puis se sont maintenues à un niveau élevé ». Cependant, le recours à ces procédures préventives n'est pas effectif dans toutes les entreprises et « des études ponctuelles fournissent quelques indications sur les caractéristiques des entreprises ayant bénéficié de ces procédures préventives devant les tribunaux de commerce de Paris et de Nanterre. Le bilan de la prévention, dressé de janvier à août 2011 pour celui de Paris, établit que les entreprises ayant bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation employaient 38.000 salariés soit en moyenne 440 salariés chacune ; il s'agissait donc "d'entreprises moyennes à grandes". Pour Nanterre, sur la même période, on dénombrait 18.500 salariés, avec en moyenne un peu plus de 500 salariés par entreprise » (M. GAUILLONNEAU, J.-Ph. HAEHL, B. MUNOZ-PEREZ, *op. cit.*, p. 1 à 5). Les petites et moyennes entreprises restent ainsi malheureusement peu concernées par ce mode de résolution amiable des difficultés.

1474 Au moment de l'adoption de la loi d'habilitation du 2 janvier 2014, la passerelle entre la conciliation et la sauvegarde financière accélérée avait été utilisée seulement six fois (A.

s'en inspirer pour créer une nouvelle procédure de sauvegarde accélérée et une passerelle efficiente entre la conciliation et la sauvegarde (en cas d'échec de la procédure contractuelle de prévention des difficultés)¹⁴⁷⁵. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, cette nouvelle procédure de sauvegarde accélérée occupe une grande place dans le Code de commerce¹⁴⁷⁶, reléguant ainsi la sauvegarde financière accélérée au second plan.

Cependant, contrairement à la sauvegarde financière accélérée, la nouvelle sauvegarde accélérée ne peut pas être considérée comme « *une procédure "semi-collective" ou "quasi collective" puisqu'elle produit ses effets, au-delà des seuls créanciers financiers, aux autres créanciers soumis à l'obligation de déclarer leurs créances, autrement dit, pour l'essentiel, aux créanciers fournisseurs de biens et services. En revanche, elle ne produit pas d'effet à l'égard des salariés. Par ailleurs, la procédure produit ses effets également à l'égard des cocontractants du débiteur* »¹⁴⁷⁷. En effet, selon l'article L. 628-6 du Code de commerce, la sauvegarde accélérée produit des effets plus étendus que la sauvegarde financière accélérée puisqu'elle concerne tous les créanciers soumis à l'obligation de déclaration des créances, c'est-à-dire à tous les créanciers antérieurs et à tous les cocontractants de droit commun (à l'exception des salariés et des créanciers d'aliments), de sorte « *qu'on mesure mal la limitation des effets de la sauvegarde accélérée par rapport à une sauvegarde de droit commun* »¹⁴⁷⁸.

Par ailleurs, la sauvegarde accélérée ne peut être ouverte que si le débiteur est déjà engagée dans une procédure de conciliation compatible avec un état de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours. Il ressort ainsi du nouvel article L. 628-1 du Code de commerce que contrairement aux

LIENHARD, « Ordonnance de réforme : mesures relatives à la sauvegarde », *D.* 2014, n° 11, p. 662).

¹⁴⁷⁵ *Loc. cit.*

¹⁴⁷⁶ En effet, la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée occupe désormais six articles dans la Section I tandis que la procédure de sauvegarde financière accélérée tient seulement dans deux articles de la Section II, reléguant ainsi cette dernière au second plan (*Loc. cit.*).

¹⁴⁷⁷ *Loc. cit.*

¹⁴⁷⁸ P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 12, p. 733. La différence entre les effets produits par une sauvegarde accélérée et une sauvegarde de droit commun est peut-être difficilement identifiable mais les conditions d'ouverture de ces procédures ne sont pas similaires. En effet, la sauvegarde accélérée n'est ouverte qu'aux débiteurs déjà engagés dans une procédure de conciliation et qui démontrent l'élaboration d'un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers. Par ailleurs, « *l'alinéa 2 de l'article L. 628-1 du Code de commerce la rend plus sélective qu'une sauvegarde de droit commun en la réservant à des débiteurs dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable. En outre, le débiteur doit employer un certain nombre de salariés, réaliser un certain chiffre d'affaires ou avoir un total de bilan supérieur à des seuils fixés par décret, ou encore établir des comptes consolidés* ».

dispositions régissant la procédure de sauvegarde de droit commun¹⁴⁷⁹, la sauvegarde accélérée peut ainsi être ouverte alors même que le débiteur serait en état de cessation des paiements¹⁴⁸⁰. Ainsi, en modifiant le sort des cautions dirigeantes dans le cadre d'une conciliation, en créant une nouvelle procédure de sauvegarde accélérée (excessivement proche de la sauvegarde de droit commun) et en mettant au point une passerelle entre ces deux procédures, le législateur fit d'une pierre deux coups : il incita à la fois les dirigeants à recourir à la procédure préventive de conciliation et offrit un moyen d'accéder à une procédure de sauvegarde lorsque l'entreprise se trouve en cessation des paiements.

Les dirigeants-cautions d'entreprises en cessation de paiement éligibles à une procédure de sauvegarde accélérée sont donc très fortement incités à recourir à une conciliation pour accéder, *via* la passerelle, à la procédure collective la plus protectrice de leurs intérêts personnels. En vertu du premier alinéa de l'article L. 628-1 du Code de commerce, les cautions dirigeantes peuvent en effet bénéficier des règles applicables à la sauvegarde de droit commun (sous réserve des dispositions spécifiques à la sauvegarde accélérée¹⁴⁸¹) alors même que leur entreprise se trouve déjà en état de cessation des paiements ! Dès lors, on peut légitimement se demander si la création de la procédure de sauvegarde accélérée poursuivait réellement l'objectif de favoriser l'anticipation des difficultés des entreprises. En effet, anticipe-t-on toujours les difficultés d'une entreprise lorsque celle-ci est déjà en état de cessation de paiement ? Le législateur n'a-t-il pas tout simplement voulu permettre aux cautions dirigeantes d'accéder, par une voie parallèle, aux procédures de sauvegarde qui leur sont normalement interdites en cas de cessation des paiements ?

1479 Il convient toutefois de préciser que l'article 2 de l'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 – complétant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives – a modifié l'article L. 621-12 du Code de commerce en supprimant la faculté pour le tribunal de se saisir d'office aux fins de conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire lorsque le débiteur était déjà en cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture. Désormais une telle conversion ne peut être demandée que par le débiteur lui-même, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public.

1480 G. NOTTÉ, « Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. – Ord. N° 2014-326, 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, 230.

En revanche, le ministère public est en mesure de saisir le tribunal à l'effet de mettre fin à la procédure de sauvegarde accélérée s'il est établi que le débiteur était en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours (article 4 de l'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives et modifiant l'article L. 628-5 du Code de commerce).

1481 P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, p. 733.

Section 2. L'instrumentalisation du sort des cautions dirigeantes aux fins de sauvegarde des entreprises en difficulté

397. – Plan. Conformément aux articles L. 631-4 et L. 640-4 du Code de commerce, l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire doit être demandée dans un délai de quarante-cinq jours suivant la cessation des paiements lorsque l'ouverture d'une procédure de conciliation n'a pas été sollicitée. Le dirigeant d'une entreprise en état de cessation des paiements a ainsi l'obligation de demander l'ouverture de l'une ou l'autre de ces procédures selon la gravité de la situation de son entreprise et l'avenir qu'il espère pour celle-ci¹⁴⁸². *« La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, modifiée notamment par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, a institué la procédure de sauvegarde qui, comme les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, est une procédure collective. Mais la condition d'ouverture de ces deux dernières procédures est le constat d'une cessation des paiements, ce qui n'est pas le cas de la procédure de sauvegarde, pour laquelle l'objectif de la loi était de renforcer les chances de redressement en évitant une dégradation de la situation de l'entreprise. »*¹⁴⁸³

Contrairement au redressement ou à la liquidation judiciaire, la sauvegarde est donc une procédure volontaire qui se prépare et qui est demandée par le dirigeant au moment qui lui semble le plus opportun¹⁴⁸⁴ pour réorganiser son entreprise, sans attendre la cessation des paiements. Le terme "sauvegarde" *« est sans doute bien choisi. Génériquement, la sauvegarde est un moyen de*

1482 À l'évidence, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire ne sont pas des procédures instituées pour régler préventivement et volontairement les difficultés d'une entreprise et représentent davantage une obligation de déclarer son échec et de recourir à une procédure collective pour redresser son entreprise – si c'est encore possible – ou pour la liquider définitivement.

1483 *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, JORF n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5243 (texte n° 2).

1484 J. DEHARVENG, « Le nouveau tarif des administrateurs et des mandataires judiciaires peut-il influencer le traitement des procédures collectives renouvées par la loi de sauvegarde ? », in *Dossier – La loi de sauvegarde : bilan d'étape*, *Cah. dr. entr.* 2007, dossier 11.

préserver. Spécifiquement, c'est une garantie, une protection accordée par une autorité ou assurée par une institution »¹⁴⁸⁵.

Si l'objectif (poursuite de l'activité, maintien de l'emploi et apurement du passif) et les moyens employés (adoption d'un plan) sont similaires dans une procédure de sauvegarde ou dans un redressement judiciaire, la dimension facultative ou obligatoire de ces procédures est substantielle. En effet, le dirigeant qui souhaite favoriser la poursuite de l'activité économique de son entreprise et l'apurement du passif de celle-ci dispose d'un choix : il peut soit décider d'agir spontanément en amont de la cessation des paiements en demandant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, soit attendre l'état de cessation des paiements et être contraint de demander l'ouverture d'un redressement judiciaire. Excepté l'hypothèse dans laquelle le dirigeant ne se serait pas rendu compte que son entreprise rencontrait des difficultés avant que celle-ci ne soit en cessation des paiements, le législateur a pensé que les dirigeants-cautions opéreraient ce choix en fonction des mesures instituées pour protéger leur patrimoine personnel et, qu'en conséquence, il convenait d'instrumentaliser le droit du cautionnement pour amener les dirigeants à choisir la procédure qu'il entendait favoriser (§1). Depuis les réformes du 26 juillet 2005 et du 12 mars 2014, force est de constater que le législateur a clairement choisi de promouvoir la procédure de sauvegarde auprès des dirigeants en ne prévoyant que quelques timides limites à une utilisation détournée de celle-ci par les cautions dirigeantes (§2).

§ 1 : Les multiples dispositifs incitant la caution dirigeante à anticiper les difficultés de son entreprise

398. – Plan. La liquidation judiciaire est une procédure collective qui intervient lorsqu'il apparaît que l'adoption d'un plan ne permettra manifestement pas de poursuivre l'activité, de maintenir l'emploi et d'apurer le passif d'une entreprise. Si l'on écarte d'office la liquidation judiciaire – qui est uniquement destinée à mettre fin à l'activité d'une entreprise et/ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession de ses droits et de ses biens lorsque son redressement est impossible –, il reste deux *scénarii* à disposition des dirigeants-cautions lorsque ceux-ci peuvent encore redresser

1485 H. LÉCUYER (dir.), F.-X. LUCAS (dir.), *La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2006, commentaires rédigés par H. LÉCUYER, p. 58.

leur entreprise : la procédure volontaire de sauvegarde et la procédure obligatoire de redressement judiciaire.

Les procédures de sauvegarde et de redressement sont toutes deux destinées à permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif d'une entreprise *via* l'adoption d'un plan. Le législateur a cependant une conception singulière de la procédure de sauvegarde puisqu'il la définit comme un outil destiné à faciliter la réorganisation de l'entreprise. « *L'usage du verbe "faciliter" témoigne d'une certaine prudence. Il suggère que la procédure judiciaire constitue une aide pour le chef d'entreprise, mais que l'essentiel demeure attendu de lui-même* »¹⁴⁸⁶.

Depuis la réforme du 26 juillet 2005, le législateur œuvre ainsi clairement pour promouvoir la procédure de sauvegarde et inciter les dirigeants à agir volontairement pour résoudre les difficultés de leur entreprise¹⁴⁸⁷, quelque soit la nature de ces difficultés¹⁴⁸⁸ (I). À cette fin, il manipule le droit du cautionnement pour rendre cette procédure plus attractive auprès des dirigeants-cautions et pour instituer des dispositifs leur permettant de ne pas aggraver leur propre sort lorsqu'ils acceptent de recourir à une procédure de sauvegarde (II).

I – Les mesures relatives au sort de la créance cautionnée

399. – La déchéance automatique du terme : une mesure incitant le dirigeant à agir avant l'ouverture d'une liquidation. Le jugement

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 59.

¹⁴⁸⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, LGDJ, 2013, n° 70, p. 48 : « *Dès les premières lignes de l'exposé des motifs, le projet de loi énonce que "la sauvegarde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et pour les hommes qui la développent". Il ne s'agit donc pas de revenir à une conception purement patrimoniale de la matière en la réduisant à des procédures d'exécution, telles que les comportait l'ancien "droit des faillites". Ainsi qu'il est dit immédiatement : "l'objectif de la sauvegarde de l'entreprise est crucial" et le nouveau texte relève du droit économique* ».

¹⁴⁸⁸ P.-M. LE CORRE, « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.* 2011, n° 13, p. 919. Aux termes de l'actuel article L. 620-1 du Code de commerce, une procédure de sauvegarde peut être ouverte lorsque le débiteur en fait demande, qu'il n'est pas en état de cessation des paiements et qu'il justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter seul. Avant la modification de cette disposition par l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L. 620-1 de ce même Code précisait que les difficultés susceptibles de fonder l'ouverture d'une procédure de sauvegarde devaient être de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements. Désormais, la seule condition d'ouverture d'une telle procédure est l'existence de difficultés insurmontables, le débiteur n'est plus contraint de démontrer que ces difficultés sont de nature à le conduire à un état de cessation des paiements. Il faut déduire de cette nouvelle rédaction que les difficultés rencontrées par le débiteur ne sont plus nécessairement d'ordre économique et qu'une procédure de sauvegarde ne se résume pas, contrairement au redressement judiciaire, à lutter ou à sortir d'un état de cessation des paiements.

prononçant la liquidation judiciaire entraîne la déchéance automatique du terme de toutes les dettes du débiteur et les rend toutes immédiatement exigibles¹⁴⁸⁹. Le sort des cautions n'étant pas fixé par les textes sur ce point, « *la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser pour la première fois sous l'empire de la loi du 25 janvier 1994, par un arrêt du 8 mars 1994, que la déchéance du terme entraînée par la mise en liquidation judiciaire du débiteur principal, par application de l'article 160 de la loi, n'avait pas d'effet sur la caution, sauf clause contraire* »¹⁴⁹⁰. S'agissant d'une sanction personnelle au débiteur principal, la déchéance du terme n'était donc censée produire aucun effet sur la caution¹⁴⁹¹ et la date d'exigibilité de l'obligation de celle-ci devait rester celle que les parties avaient initialement prévue au contrat.

Cependant, la Cour de cassation admettait aussi que les parties au contrat de cautionnement puissent prévoir une clause stipulant que la sanction personnelle au débiteur principal produise ses effets sur la caution et que celle-ci supporte également la déchéance automatique du terme de toutes les dettes du débiteur lors de l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Lorsqu'une telle clause est stipulée, les créances dues par le débiteur principal deviennent donc exigibles dès le jugement d'ouverture d'une liquidation judiciaire et la caution peut immédiatement être poursuivie en paiement. Ces stipulations étant bien évidemment devenues des clauses de style, force est aujourd'hui d'admettre que les cautionnements sont mis à exécution dès le jugement prononçant la liquidation du débiteur principal.

Cette sévérité envers les cautions peut être perçue comme une manière détournée d'inciter les dirigeants-cautions à anticiper les difficultés de leur entreprise et à recourir aux autres procédures (de prévention ou de traitement des difficultés) avant que la liquidation judiciaire ne devienne inévitable.

400. – L'absence de déchéance du terme : une mesure incitant le dirigeant à recourir à la sauvegarde ou au redressement. « *Sous le régime de la législation antérieure à 1985 (...), l'article 1188 du Code civil prononçait la déchéance du terme à l'égard du débiteur en cas de*

1489 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *Cautionnement de dettes professionnelles : juridique, fiscal*, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Levallois, F. Lefebvre, 2008, n° 7600, p. 326.

1490 A. MARTIN-SERF, « Cautionnement. Liquidation, Déchéance du terme, Opposabilité à la caution. Possibilité d'une clause contraire », *RTD com.* 1995, n° 1, p. 204.

1491 E. BAZIN, « En cas de prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal s'agissant de créances non échues, la déchéance du terme convenu, n'ayant d'effet qu'à l'égard du débiteur, ne peut pas être étendue à la caution », *D.* 1994, n° 40, p. 557.

déconfiture de celui-ci, de règlement judiciaire ou de liquidation de biens. Cette déchéance du terme ne s'étendait pas à la caution, sauf convention contraire. En conséquence, la caution ne pouvait être poursuivie qu'à l'époque convenue pour l'exigibilité de la dette principale. Cependant, en pratique, les contrats de cautionnement prévoyaient toujours une clause devenue de style selon laquelle la déchéance du terme de la dette principale pouvait être opposée à la caution par le créancier. »¹⁴⁹² Le législateur procéda finalement à l'abandon de ce principe de déchéance du terme liée au jugement d'ouverture d'un redressement judiciaire par la loi du 25 janvier 1985¹⁴⁹³ et reprit ce même dispositif dans la loi du 26 juillet 2005 s'agissant de la procédure de sauvegarde. Désormais, ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme¹⁴⁹⁴ et « le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite. La règle s'applique en cas de sauvegarde comme de redressement judiciaire (...) La déchéance du terme se concilie mal avec l'ouverture d'une procédure qui commence par une phase d'observation et qui peut déboucher sur la continuation de l'entreprise, solution dans laquelle le terme est maintenu. Il n'y a pas de raison de rendre exigible ce qui ne l'est pas. La distinction n'affecte pas la connaissance du passif total, puisque la déclaration porte sur la créance totale avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances »¹⁴⁹⁵.

En vertu du caractère accessoire du cautionnement, l'abandon du principe de déchéance du terme liée au jugement d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement profite désormais également aux cautions. La déchéance du terme, qui n'est plus encourue par le débiteur principal en sauvegarde ou redressement judiciaire, ne peut plus être invoquée contre la caution et toute clause contraire est réputée non écrite¹⁴⁹⁶, la caution ne devant pas être traitée

¹⁴⁹² A. MARTIN-SERF, *op. cit.*, p. 204.

¹⁴⁹³ L'article 217 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 modifia l'article 1188 du Code civil, passant ainsi de la formule « *Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier* » à « *Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier* ».

¹⁴⁹⁴ C. civ., art. 1186.

¹⁴⁹⁵ A. LIENHARD, *Procédures collectives : prévention et conciliation, sauvegarde, sauvegarde financière accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, sanctions, procédure*, 5^e éd., coll. Ce qu'il vous faut savoir, Paris, Delmas-Dalloz, 2013, n° 78.39, p. 261-262.

¹⁴⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, n° 92-21.436 : *Bull. civ. I*, n° 51 – Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-13.523 : *Bull. civ. IV*, n° 184.

différemment du débiteur principal et le créancier ne pouvant pas aggraver la situation de la caution pendant la période d'observation¹⁴⁹⁷.

401. – La suppression du paiement comptant pour les contrats poursuivis pendant la période d'observation : une mesure incitant le dirigeant à recourir à la sauvegarde. Le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire produit les mêmes effets sur l'exigibilité des créances : la déchéance du terme n'est plus encourue du seul fait de l'ouverture d'une telle procédure, le créancier ne pouvant aggraver la situation du débiteur principal et de la caution pendant la période d'observation.

L'article L. 622-13 du Code de commerce prévoyait cependant, dans le cas où l'administrateur ou le mandataire judiciaire exigeait l'exécution d'un contrat en cours (et que la prestation du débiteur principal portait sur le règlement d'une somme d'argent), que le paiement devait se faire au comptant, sauf si l'administrateur ou le mandataire avait obtenu des délais de paiement auprès du cocontractant¹⁴⁹⁸. En d'autres termes, le débiteur principal, bénéficiant d'une sauvegarde ou d'un redressement avait l'obligation de payer sans délai les cocontractants dont l'obligation était poursuivie pendant la période d'observation, même si le contrat initial prévoyait des délais de paiement¹⁴⁹⁹.

L'ordonnance du 12 mars 2014, plus précisément son article 23, modifia l'article L. 622-13 du Code de commerce afin de supprimer l'obligation de payer sans délai le créancier dont le contrat est poursuivi pendant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde¹⁵⁰⁰. Depuis lors, l'exécution des

¹⁴⁹⁷ E. BAZIN, *op. cit.*, p. 557.

¹⁴⁹⁸ G. NOTTÉ, « Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. – Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, 230.

¹⁴⁹⁹ Dans l'hypothèse où le débiteur principal ne payait pas son cocontractant au comptant, le tribunal pouvait être saisi pour mettre fin à la période d'observation. La sanction de l'inexécution du paiement sans délai pour les contrats poursuivis, c'est-à-dire le prononcé de la fin de la période d'observation par le juge, permettait notamment aux créanciers de recouvrer leur droit de poursuite contre les cautions. Dans le cadre d'un redressement judiciaire, la mise en œuvre du cautionnement était immédiate puisque la fin de la période d'observation de la procédure de redressement est synonyme de conversion en liquidation judiciaire et de déchéance automatique du terme. Même chose pour la procédure de sauvegarde lorsque celle-ci était convertie en liquidation judiciaire. En revanche, lorsque la procédure de sauvegarde était convertie en redressement judiciaire, le recours au cautionnement était seulement précipité puisque les cautions ne pouvaient plus bénéficier de l'interdiction des poursuites pendant l'exécution du plan.

¹⁵⁰⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., coll. Mémentos Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, p. 83 : « Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, les conséquences de la continuation du contrat ne sont pas les mêmes en sauvegarde et en redressement judiciaire. En redressement judiciaire, le Code de commerce prévoit un paiement au comptant, le débiteur ne pouvant plus bénéficier des délais de paiement consentis par les fournisseurs. À défaut de paiement au comptant, en redressement judiciaire, le contrat

contrats en cours s'effectue, en procédure de sauvegarde, selon les modalités initialement contractées. Les débiteurs principaux bénéficient, à ce titre, des délais de paiement initialement accordés par le cocontractant et la trésorerie de l'entreprise ne s'en trouve plus artificiellement affectée¹⁵⁰¹. Il ressort du caractère accessoire du cautionnement que la règle du paiement comptant, qui n'est plus imposée au débiteur principal en sauvegarde, ne peut plus être invoquée contre la caution et que toute clause contraire doit être réputée non écrite, la caution ne devant pas subir un sort différent ou plus sévère que le débiteur principal pendant la période d'observation¹⁵⁰².

De prime abord, la suppression de l'obligation de payer sans délai le créancier dont le contrat est poursuivi pendant la période d'observation de la sauvegarde ne semble pas octroyer un avantage immédiat et supplémentaire aux cautions, ces dernières ne pouvant de toute façon pas être appelées durant cette période. Pourtant, il est indéniable que la modification de l'article L. 622-13 du Code de commerce et l'abandon de la règle du paiement comptant incitent les dirigeants-cautions à solliciter l'ouverture d'une sauvegarde afin de conserver les délais de paiement initialement convenus et d'éviter, lorsque la trésorerie de l'entreprise ne permet pas de payer comptant tous les contrats poursuivis, le prononcé de la fin de la période d'observation et la conversion corrélative en redressement ou liquidation judiciaire, procédures résolument moins favorables aux cautions.

402. – L'arrêt du cours des intérêts : une mesure incitant directement les cautions dirigeantes à recourir à une sauvegarde. En vertu de l'article L. 621-48 du Code de commerce, le jugement d'ouverture d'un redressement judiciaire arrête, à l'égard du débiteur, le cours des intérêts légaux et conventionnels et tous les intérêts de retard ou majorations (sauf en ce qui concerne les intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an, ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus). Cependant, *« la caution, quelle qu'elle soit, ne peut pas se prévaloir de cette disposition. Elle reste donc tenue de tous les intérêts, même de ceux qui ne courent plus à l'encontre du débiteur principal,*

sera résilié de plein droit, sauf si le cocontractant accepte d'accorder des délais de paiement à l'organe compétent ».

1501 G. NOTTÉ, *op. cit.* En revanche, l'article 53 de l'ordonnance du 12 mars 2014 maintient la règle du paiement comptant pour le redressement judiciaire et modifie, pour ce faire, l'alinéa 4 de l'article L. 631-14 du Code de commerce.

1502 E. BAZIN, *op. cit.*, p. 557.

notamment parce qu'ils résultent de prêts de moins d'un an »¹⁵⁰³ puisque ce même article précise que « les cautions et coobligés ne peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa ».

Au contraire, l'article L. 622-28 du Code de commerce relatif à la procédure de sauvegarde prévoit que l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels et de tous les intérêts de retard ou majorations bénéficiant au débiteur principal, dès le jugement d'ouverture¹⁵⁰⁴, profite également aux cautions personnes physiques. *« L a justification apportée à cette modification est que le garant est souvent le dirigeant de la société débitrice. La poursuite du cours des intérêts à son égard pourrait donc le dissuader de recourir à la procédure de sauvegarde. Par ailleurs, une telle solution est conforme à la règle de l'accessoire puisque la caution n'est pas tenue d'une dette plus lourde que le débiteur, sans avoir de recours contre lui. Elle semble enfin être le corollaire de la règle de suspension des poursuites. »¹⁵⁰⁵*

L'ouverture d'un redressement judiciaire ne conférant aucune faveur aux cautions personnes physiques s'agissant de l'arrêt du cours des intérêts, les dirigeants-cautions ne sont donc manifestement pas encouragés à attendre l'ouverture d'une telle procédure mais sont, au contraire, habilement dirigés par le législateur vers la procédure de sauvegarde, elle seule permettant aux cautions de ne pas aggraver l'état de la créance qu'elles devront peut-être personnellement régler plus tard.

II – Les mesures relatives au sort de la caution dirigeante

403. – Plan. La loi du 26 juillet 2005, l'ordonnance du 18 décembre 2008 et, plus récemment, l'ordonnance du 12 mars 2014 ont sensiblement réformé le droit des entreprises en difficulté afin de favoriser le sort des cautions durant une procédure de sauvegarde.

L'arrêt du cours des intérêts et l'abandon de la règle du paiement comptant pour les contrats poursuivis pendant la période d'observation sont des

1503 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *Cautionnement de dettes professionnelles : juridique, fiscal*, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Levallois, F. Lefebvre, 2008, n° 7450, p. 321.

1504 Le législateur a toutefois précisé que les intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an, ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus étaient exclus de l'arrêt du cours des intérêts.

1505 H. LÉCUYER (dir.), F.-X. LUCAS (dir.), *La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2006, commentaires rédigés par S. BECQUÉ-ICKOWICZ, p. 151.

mesures essentiellement édictées afin de promouvoir la procédure de sauvegarde auprès des entreprises en difficulté. Ces dispositifs sont certes habiles en ce qu'ils profitent indirectement aux cautions dirigeantes mais la quintessence de l'incitation est ailleurs. Plus précisément, elle se situe dans le principe d'interdiction des poursuites des créanciers durant la période d'observation – comme dans le cadre d'un redressement judiciaire – et pendant l'exécution du plan pour les cautions d'entreprises bénéficiant d'une procédure de sauvegarde (A).

Appréhendée comme le moyen le plus pertinent pour assurer la sauvegarde des entreprises, l'instrumentalisation du droit du cautionnement par le législateur du droit des entreprises en difficulté montrerait cependant ses limites. En effet, selon certains observateurs, au lieu d'assurer l'anticipation judiciaire des difficultés des entreprises, il inciterait désormais les dirigeants-cautions à recourir à une procédure de sauvegarde à des fins uniquement personnelles¹⁵⁰⁶ (B).

A) De l'incitation initiale à sauvegarder son entreprise

404. – La suspension des poursuites pendant la période d'observation.

L'article L. 641-3 du Code de commerce prévoit que le jugement d'ouverture d'une liquidation judiciaire produit les mêmes effets que le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, notamment ceux de l'article L. 622-28 du Code de commerce. Cependant, les instances et les procédures civiles d'exécution¹⁵⁰⁷ suspendues en application de ce texte peuvent être poursuivies à l'initiative des créanciers sur simple justification du jugement prononçant la liquidation judiciaire. Ainsi, dès le jugement d'ouverture d'une liquidation judiciaire, les cautions dirigeantes peuvent être poursuivies par les créanciers et celles-ci sont seulement en droit de solliciter des délais ou un différé de paiement conformément à l'article L. 622-28, alinéa 3 du Code de commerce.

Concernant le redressement judiciaire, l'article 47 de la loi du 25 janvier

1506 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde à l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

1507 Sont concernées par cette disposition, les actions intentées contre le débiteur lui-même ou contre certains tiers tenus au paiement de sa dette (notamment les cautions) lorsqu'elles tendent au paiement d'une somme d'argent. *A contrario*, les actions ayant un fondement autre que le paiement d'une somme d'argent (obligation de faire) peuvent être poursuivies pendant la période d'observation (A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2013, n° 463, p. 279).

1985 prévoyait déjà que le jugement d'ouverture suspendait les poursuites individuelles à l'égard du débiteur principal « *de façon à éviter que les poursuites ne paralysent l'activité économique de l'entreprise. Mais la jurisprudence considérait qu'il s'agissait d'une exception purement personnelle et refusait de faire bénéficier la caution de l'indulgence du législateur. Mais la loi du 10 juin 1994 a entendu faire profiter les cautions personnes physiques de la règle de suspension des poursuites individuelles* »¹⁵⁰⁸. Depuis l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 622-28 du Code de commerce prévoit que les cautions personnes physiques bénéficient de la suspension des poursuites du créancier pendant toute la période d'observation du débiteur principal, qu'il s'agisse d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire. « *Si le créancier assigne la caution durant la période d'observation ou si l'action a été régulièrement engagée contre la caution avant le jugement d'ouverture de la procédure, cette action est suspendue. La suspension des poursuites ne peut être soulevée que par la caution, car cette mesure est édictée dans le seul intérêt de celle-ci. Du point de vue procédural, cette mesure donne lieu à une fin de non-recevoir et non à une exception de procédure* »¹⁵⁰⁹.

Le législateur du 26 juillet 2005 décida d'instituer ce même principe d'interdiction des poursuites pendant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire afin « *d'inciter les dirigeants-cautions à ne pas retarder le dépôt de bilan de l'entreprise, ce qui pourrait avoir des effets économiques irréversibles. La vision stratégique l'emporte ainsi sur l'approche juridique* »¹⁵¹⁰.

405. – La reprise des poursuites dès l'adoption du plan de redressement.

Pour les redressements judiciaires ouverts avant le 1^{er} janvier 2006, les plans de continuation prévoyant des délais de paiement et des remises de dettes en faveur du débiteur ne bénéficiaient pas aux cautions solidaires, conformément à l'ancien article L. 621-65 du Code de commerce. En raison de la nature judiciaire du plan, celles-ci devaient donc respecter les termes convenus dans le contrat initial¹⁵¹¹. En appliquant ce texte à la lettre, la jurisprudence avait en revanche considéré en revanche que les cautions

1508 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 86, p. 139.

1509 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *Cautionnement de dettes professionnelles : juridique, fiscal*, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Levallois, F. Lefebvre, 2008, n° 7415, p. 319.

1510 Y. PICOD, *op. cit.*, n° 86, p. 139.

1511 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *op. cit.*, n° 7510, p. 324.

simples pouvaient se prévaloir des dispositions du plan de continuation exactement de la même façon que le débiteur principal¹⁵¹². Pourtant, *« aucune différence de nature entre la caution simple et la caution solidaire ne permet d'expliquer une telle dualité de régime en présence d'un plan de redressement. En effet, rappelons que ce qui différencie fondamentalement la caution simple de la caution solidaire, c'est le bénéfice de discussion et le bénéfice de division, qui profitent à la première, mais non à la seconde. Or, ni la remise de dette, ni l'octroi de délais de paiement ne se rapportent au bénéfice de discussion ou au bénéfice de division. Dès lors, on ne voit pas en quoi le caractère solidaire ou non de la caution dicterait l'opposabilité de ces mesures lorsqu'elles figurent dans un plan. (...) Le projet de sauvegarde des entreprises en difficulté abandonne, fort opportunément, la dualité de régime entre caution simple et caution solidaire »*¹⁵¹³.

La réforme du 26 juillet 2005 ayant supprimé la référence à la caution solidaire, le sort des cautions simples et des cautions solidaires est désormais identique au regard de l'opposabilité du plan de redressement¹⁵¹⁴. Le nouvel article L. 631-20 du Code de commerce dispose, en effet, que par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan. Ainsi, dès l'adoption du plan de redressement, du plan de cession¹⁵¹⁵ ou du prononcé de la liquidation judiciaire, les instances et les procédures civiles d'exécution suspendues sont poursuivies à l'initiative des créanciers conformément à l'article R. 622-26 du Code de commerce.

Contrairement à la procédure de sauvegarde, le redressement judiciaire ne permet pas aux cautions (simples ou solidaires) de se prévaloir des dispositions du plan de redressement et le tribunal peut seulement leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans¹⁵¹⁶. *« Cette disparité pourrait poser problème dans l'hypothèse du passage d'une procédure de sauvegarde à une procédure de redressement, les tribunaux pouvant parfois être tentés de retarder la conversion en considération de*

1512 Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-17.235 : *Bull. civ. IV*, n° 203 ; *D.* 2004, p. 3220, obs. A. Lienhard ; *D.* 2005, p. 653, obs. C. Lisanti ; *Les Petites Affiches*, 19 avr. 2005, n° 77, p. 12, note J. Souhami ; *Banque et droit*, janv.-févr. 2005, p. 60, obs. N. Rontchevsky ; *RTD civ.* 2005, p. 429, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2005, p. 594, obs. C. Saint-Alary-Houin : « Il résulte de l'article L. 621-65 du Code de commerce que les cautions non solidaires peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire. »

1513 C. LISANTI, « Caution simple et plan de continuation », *D.* 2005, n° 9, p. 653.

1514 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *op. cit.*, n° 7520, p. 324.

1515 Cass. com., 24 mai 2005, n° 03-21.043 : *Bull. civ. IV*, n° 117.

1516 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *op. cit.*, n° 7410, p. 319.

406. – L'interdiction des poursuites pendant l'exécution du plan de sauvegarde. L'objectif d'une procédure de sauvegarde est de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif du débiteur. Pour ce faire, l'entreprise est réorganisée et le tribunal fixe notamment un échéancier sur dix années maximum avec de nouvelles modalités de règlement des créances. Une proposition de plan d'apurement du passif – prévoyant principalement des délais et des remises de paiement – est ensuite communiquée à tous les créanciers ayant déclaré leur créance. Si l'objectif (poursuite de l'activité économique, maintien de l'emploi et apurement du passif) et la solution envisagée (plan d'apurement du passif) sont identiques dans une procédure de sauvegarde ou dans un redressement judiciaire, les moyens utilisés pour y parvenir et surtout pour convaincre le dirigeant d'y recourir sont loin d'être similaires.

En effet, en raison du caractère judiciaire du plan de sauvegarde, les délais et remises adoptés devraient rester personnels au débiteur principal et les créanciers devraient recouvrer leur droit de poursuites contre les cautions dès la fin de la période d'observation. C'était sans compter sur l'article L. 626-11 du Code de commerce qui prévoit expressément que les dispositions du plan de sauvegarde sont opposables à tous, dès le jugement arrêtant le plan. Ainsi, pendant toute la durée du plan de sauvegarde, les cautions dirigeantes sont à l'abri des poursuites des créanciers, la seule véritable contrainte pour les dirigeants étant finalement de respecter les dispositions du plan¹⁵¹⁸. *« Ce texte est une incitation forte pour les dirigeants personnes physiques qui se sont portés cautions de la société dirigée à demander l'ouverture de cette procédure car l'arrêt du plan de sauvegarde leur permet d'échapper aux*

1517 A. LIENHARD, *Procédures collectives : prévention et conciliation, sauvegarde, sauvegarde financière accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, sanctions, procédure*, 5^e éd., coll. Ce qu'il vous faut savoir, Paris, Delmas-Dalloz, 2013, n° 116.20, p. 421.

1518 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 926, p. 453. L'échéancier peut être librement défini avec les créanciers qui répondent à la proposition de plan – l'article L. 626-18 du Code de commerce ne fixant ni l'étendue de ces délais, ni le montant des dividendes versés périodiquement aux créanciers – ou le tribunal peut imposer des délais uniformes de paiement en l'absence de réponse ou en cas de refus des créanciers en vertu de l'article L. 626-18, alinéa 4 du Code de commerce. Dans cette hypothèse, le premier paiement doit intervenir dans un délai d'un an et le montant de chacune des annuités prévues par le plan ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises. Enfin, les créances inférieures à 300 euros (dans la limite de 5 % du passif estimé) doivent être payées comptant à l'arrêt du plan. Les remises proposées doivent, quant à elles, être expressément acceptées par les créanciers et ne peuvent pas leur être imposées par le tribunal.

*poursuites des créanciers. (...) La loi de sauvegarde des entreprises encouragent ainsi efficacement les dirigeants de sociétés à anticiper sur la cessation des paiements et à prendre vite les mesures qui s'imposent. »*¹⁵¹⁹

B) À l'incitation à sauvegarder ses intérêts personnels

407. – De l'incitation à éviter l'état de cessation des paiements à la volonté de neutraliser les effets du cautionnement. En raison des dispositifs législatifs instaurés en faveur des cautions dirigeantes dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, il est évident que la tentation doit être grande, pour certains dirigeants, de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde uniquement pour enrailler les effets du cautionnement et se retrancher derrière les dispositions du plan au lieu d'être personnellement appelés par les créanciers de l'entreprise. *« Auparavant, la proximité d'un état de cessation des paiements pouvait jouer un rôle de garde-fou »*¹⁵²⁰, les dirigeants-cautions ne pouvaient demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde que lorsque leur entreprise approchait dangereusement l'état de cessation des paiements. De ce fait, les dirigeant-cautions ne pouvaient pas solliciter une telle procédure dans l'unique objectif de protéger leurs intérêts personnels. Cependant, une récente prise de position de la Cour de cassation sur les conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde remet sérieusement en question l'existence de ce garde-fou et encourage même le recours à des sauvegardes dites *de confort*. Même si l'espèce ne concernait pas spécifiquement un contrat de cautionnement, le célèbre arrêt *Cœur Défense* du 8 mars 2011 eut indirectement pour effet d'encourager les dirigeants-cautions à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde pour lutter contre les effets du cautionnement.

Dans les faits, les dirigeants d'une société débitrice avaient sollicité l'ouverture d'une procédure de sauvegarde parce qu'ils ne parvenaient pas à renégocier les modalités d'un contrat qui, en raison de circonstances imprévues, devenaient trop onéreuses à exécuter. Les juges du fond avaient estimé que la procédure de sauvegarde ne devait pas être utilisée *« aux seules fins de faire échec à l'impossibilité juridique dans laquelle elle se trouvait d'imposer unilatéralement une telle modification, en obtenant*

1519 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les remises du plan bénéficient aux cautions non solidaires », *RTD com.* 2005, n° 3, p. 594.

1520 L. ARCELIN LÉCUYER, « Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé », *D.* 2011, n° 21, p. 1441.

indirectement, mais nécessairement, du juge, par le seul effet de l'ouverture de la procédure sollicitée, la suspension des clauses contractuelles qu'elle n'a pas antérieurement réussi à faire modifier d'un commun accord avec son cocontractant ». La Cour de cassation refusa catégoriquement ce raisonnement estimant que, « *hors cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* »¹⁵²¹. En affirmant que les motifs animant le débiteur sont indifférents pour apprécier la recevabilité d'une demande d'ouverture de procédure de sauvegarde et que seule l'existence de difficultés insurmontables (condition objective) revêt de l'importance¹⁵²², la Cour de cassation accepta que l'ouverture d'une telle procédure puisse être motivée par la volonté d'échapper à des obligations contractuelles (sauf cas de fraude).

Les cautions dirigeantes comprendront dès lors qu'elles ont la possibilité de demander l'ouverture d'une telle procédure et d'échapper aux obligations nées du contrat de cautionnement en démontrant simplement que leur société rencontre des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, « *on ajouterait : de les surmonter "seul"* »¹⁵²³.

Ainsi, par cet arrêt, d'une part, la Cour de cassation balaya sans aucun remord la proximité d'un état de cessation ou *a minima* la survenance d'une difficulté de nature économique¹⁵²⁴. D'autre part, elle « *entérina une conception objective de l'ouverture de la sauvegarde, que le législateur a rendu plus aisée avec la modification apportée à l'article L. 620-1 du Code de commerce* »¹⁵²⁵. Ainsi, une fois que le débiteur aura établi que les difficultés

1521 Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990 : *Bull. civ.* IV, n° 33 ; *JCP E* 2011, 1215, note A. Couret et B. Dondero ; *D.* 2011, p. 743, obs. A. Lienhard ; *D.* 2011, p. 919, note P.-M. Le Corre ; *JCP E* 2011, 1263, obs. Ph. Pétel ; *D.* 2011, p. 1441, obs. L. Arcelin Lécuyer ; *Rev. sociétés* 2011, p. 404, obs. B. Grelon.

1522 B. GRELON, « La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt *Coeur Défense* », *Rev. sociétés* 2011, n° 7, p. 404.

1523 H. LÉCUYER (dir.), F.-X. LUCAS (dir.), *La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2006, commentaires rédigés par H. LÉCUYER, p. 59.

1524 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde a l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53. En effet, les « difficultés » ne doivent pas nécessairement être de nature à affecter l'activité économique de l'entreprise.

1525 Il convient de préciser que la Cour de cassation n'a fait qu'apprécier la modification apportée à l'article L. 620-1 du Code de commerce par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Depuis cette réforme, une procédure de sauvegarde peut en effet être ouverte sur demande d'un débiteur qui, « *sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

*qu'il rencontre sont insurmontables sans le recours à la procédure de sauvegarde, la voie de la sauvegarde et de son cortège de faveur lui sera ouverte. (...) La Cour de cassation a choisi de faire prévaloir la lettre du texte et de favoriser, conformément aux objectifs législatifs, l'accès à l'anticipation pour déjouer la rigueur d'engagements financiers mais également contractuels ou pour neutraliser les effets des garanties. »*¹⁵²⁶

408. – De l'incitation à éviter l'état de cessation des paiements à la faculté de « forcer » le contrat. Dans l'arrêt *Cœur Défense*, la Cour de cassation permet indirectement aux cautions dirigeantes de demander l'ouverture d'une sauvegarde afin d'échapper aux effets du cautionnement. Elle affirma également que rien n'interdisait de recourir à une procédure de sauvegarde pour obtenir, par la force, ce qui n'a pas été obtenu par la négociation précontractuelle ou contractuelle¹⁵²⁷. En effet, en permettant de solliciter une telle procédure afin de renégocier certains contrats, la Cour de cassation permet aux dirigeants-cautions de faire d'une pierre deux coups : d'une part, ils protègent leur patrimoine personnel des effets du cautionnement et, d'autre part, ils peuvent contraindre *a posteriori* le créancier à se plier à des délais de paiement qu'il avait sûrement refusé de consentir lors de la conclusion du contrat principal. Le dirigeant, confronté à une impossibilité de négocier ou renégocier le contrat principal et parfois même à une violence économique l'ayant conduit à se porter caution des engagements de sa société, retrouverait *a posteriori* la possibilité d'obtenir par la force des conditions et des délais de paiement que le créancier avait refusé de consentir lors de la conclusion du contrat principal ainsi que d'annihiler les effets d'un cautionnement qu'il ne voulait pas réellement contracter.

Si certains auteurs admettent volontiers que le propre des procédures collectives est de porter atteinte à la force obligatoire des conventions¹⁵²⁸ et qu'il est mal venu de reprocher au débiteur d'utiliser des outils mis à sa disposition par le législateur pour servir ses intérêts, force est néanmoins de constater que la jurisprudence a transformé un outil d'incitation à la sauvegarde des entreprises en une arme de destruction de la force obligatoire des contrats : « *la porte est désormais grande ouverte à l'utilisation de la*

¹⁵²⁶ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵²⁷ P.-M. LE CORRE, « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.* 2011, n° 13, p. 919.

¹⁵²⁸ *Loc. cit.*

*sauvegarde comme d'une arme de gestion, voire d'une arme anticoncurrentielle. (...) Des conditions contractuelles désavantageuses peuvent constituer des difficultés insurmontables ! »*¹⁵²⁹.

Dès lors, il est légitime de se demander s'il existe encore un garde-fou aux demandes d'ouverture des procédures de sauvegarde. Dans l'arrêt *Cœur Défense*, la Cour de cassation apporta certes une réponse, mais une réponse qui s'avère insatisfaisante en pratique puisque, selon la Cour de cassation, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur au seul motif qu'il chercherait à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie que sa société rencontre des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter seule. Le créancier conserverait ainsi seulement la possibilité de former une tierce opposition, sur le fondement de l'article 583 du Code de procédure civile, en démontrant que le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde a été rendu en fraude de ses droits¹⁵³⁰.

§ 2 : L'unique dispositif protégeant le créancier contre l'annihilation des effets du cautionnement

409. – Plan. Si le droit du cautionnement est indéniablement instrumentalisé afin de réformer le droit des entreprises en difficulté et d'assurer la sauvegarde des entreprises, le législateur est aussi conscient du fait que les cautions dirigeantes sont parfois tentées de l'utiliser pour échapper aux effets de leurs engagements personnels. En introduisant des dispositifs favorables aux dirigeants-cautions qui accepteraient de recourir à une procédure collective facultative, le législateur prenait le risque de les voir davantage se comporter comme des cautions que comme des dirigeants et de profiter du temps alloué à leur entreprise pour organiser leur insolvabilité personnelle. Conscient de cette fatalité et du fait que la procédure sauvegarde allait connaître un succès croissant¹⁵³¹, le législateur du 26 juillet 2005 décida

¹⁵²⁹ L. ARCELIN LÉCUYER, *op. cit.*, p. 1441.

¹⁵³⁰ Cette seule restriction est cependant insuffisante. Premièrement, parce que la tierce opposition ne peut intervenir que lorsque le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde a déjà été rendu. Ensuite et surtout parce « *la fraude n'implique pas seulement l'exploitation d'un "effet d'aubaine", qui n'est que le jeu normal des mécanismes créés par le législateur (...) La fraude ne pourra donc, a priori, être retenue, que si le débiteur a artificiellement provoqué, de manière délibérée, les difficultés qu'il ne peut surmonter. L'hypothèse ne peut être écartée mais il est possible de penser, si telle est bien l'interprétation qu'il faut retenir, que les cas où cette fraude pourra être démontrée seront exceptionnels* » (B. GRELON, *op. cit.*, p. 404).

¹⁵³¹ En 2012, la procédure de sauvegarde dépassait à peine 2 % des ouvertures de procédures collectives. Cependant, selon le Professeur Françoise Pérochon, ce chiffre est trompeur puisqu'il représente quand même 20 % des ouvertures de procédures pour les sociétés de

d'instaurer un dispositif autorisant les créanciers à prendre des mesures conservatoires sur les biens et droits des cautions pendant la période d'observation et durant l'exécution du plan de sauvegarde afin de protéger les intérêts des créanciers pendant cette période de répit (I).

Cependant, ce maigre dispositif – qui se résume en réalité en une seule phrase, un seul alinéa dans le Code du commerce – ne pèse pas lourd face aux nombreuses dispositions incitant les dirigeants-cautions à demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Aussi, suite à plusieurs affaires aussi politiques que juridiques, le législateur du 12 mars 2012 décida d'intervenir rapidement afin de protéger les intérêts des créanciers subissant une procédure collective, créant un nouveau fondement de responsabilité à l'égard des dirigeants ayant conduit leur entreprise à la cessation des paiements¹⁵³². Déguisé sous la faculté de prendre des mesures conservatoires sur le patrimoine des dirigeants (n'ayant pourtant pas cautionné les dettes de leur entreprise), ce nouveau régime de responsabilité aboutirait *in fine* aux mêmes effets qu'un cautionnement *omnibus* pour tous les dirigeants fautifs (II).

I – Les mesures conservatoires sur les biens et droits de la caution dirigeante

410. – La prise de mesures conservatoires pendant la période d'observation. En vertu du dernier alinéa de l'article L. 622-28 du Code de commerce (issu de la loi du 26 juillet 2005), les créanciers bénéficiaires d'une sûreté personnelle peuvent prendre des mesures conservatoires sur les biens et droits de la caution durant la période d'observation. « *Ce texte ne constitue pas une innovation de la loi de sauvegarde, en ce sens qu'il ne fait que reprendre l'ancien article L. 621-48 du Code de commerce. (...) Cette disposition s'explique aisément par la volonté du législateur d'éviter que les cautions n'organisent leur insolvabilité pendant la période d'observation de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur. En effet, le créancier aura tout lieu de craindre que la caution ne soit tentée de mettre à l'abri son patrimoine. Or, ce risque est d'autant plus important que, depuis*

plus de 50 salariés (F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 20, p. 33).

1532 A. LIENHARD, « Mesures conservatoires : décret d'application de la loi "Petroplus" du 12 mars 2012 », *Dalloz Actualité*, 30 oct. 2012 : Il s'agit d'une « loi adoptée dans l'urgence afin de répondre à la situation particulière de la raffinerie de Petit-Couronne ».

*1994, le juge a la faculté d'octroyer des délais ou des différés de paiement à la caution personne physique. Les créanciers peuvent donc surprendre cette dernière en réalisant une saisie conservatoire, voire en obtenant l'autorisation de prendre une inscription d'hypothèque ou de nantissement. »*¹⁵³³

Afin de limiter le risque d'impayé et d'insolvabilité organisée par les cautions pendant cette période d'observation, le législateur décida de permettre aux créanciers titulaires de sûretés de prendre des mesures conservatoires en vertu du dernier alinéa de l'article L. 622-28 du Code de commerce et de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution (ancien article 210 du décret du 31 juillet 1992).

Selon ces textes, tout créancier peut demander, par voie de requête, l'autorisation au juge de pratiquer une saisie conservatoire (des créances de sommes d'argent, de meubles corporels ou encore de droits incorporels) ou d'inscrire une sûreté judiciaire (hypothèque judiciaire provisoire ou nantissement judiciaire provisoire sur des parts sociales, des valeurs mobilières, etc.)¹⁵³⁴ s'il se prévaut d'une créance qui paraît fondée en son principe et si les circonstances sont susceptibles d'en menacer le recouvrement¹⁵³⁵.

411. – L'obtention d'un titre exécutoire pendant la période d'observation. Le principe de suspension des poursuites à l'encontre des cautions, prévu par le second alinéa de l'article L. 622-28 du Code de commerce, n'interdit pas aux créanciers titulaires d'un cautionnement de prendre des mesures conservatoires sur les biens et droits des cautions pendant la période d'observation. Cependant, la mise en oeuvre de l'alinéa autorisant la prise de mesure conservatoires (le dernier alinéa de l'article L. 622-28) se concilie difficilement avec les effets du principe d'interdiction des poursuites. En effet, si l'article L. 622-28 *in fine* permet aux créanciers de prendre des mesures conservatoires, l'article 511-4 du Code des procédures civiles d'exécution et l'article R. 511-7 du Code des procédures civiles d'exécution imposent aux créanciers non titulaires d'un titre exécutoire,

1533 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 88, p. 141-142.

1534 Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, n° 93-21.398, inédit : *RD bancaire et bourse* 1997, p. 23, obs. J. Crédot et Y. Gérard.

1535 A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2013, n° 473, p. 284. À partir du moment où l'obligation de règlement est exigible, la caution a la qualité de débiteur. Le créancier est dès lors en droit de prendre des mesures conservatoires contre celle-ci.

d'introduire une procédure ou d'accomplir les formalités nécessaires à l'obtention de ce titre dans le mois suivant la mesure, sous peine de caducité de celle-ci¹⁵³⁶. Or, l'alinéa 2 de l'article L. 622-28 du Code de commerce interdit justement toute action contre les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle dès le jugement d'ouverture de la procédure.

Certes, la réponse à cette problématique figurait à l'article L. 622-21, III du Code de commerce – disposant que « *les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus* » – mais les effets conférés à cette suspension variaient tellement d'une juridiction du fond à l'autre qu'il n'était pas possible de savoir si le délai d'un mois était suspendu jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire¹⁵³⁷ ou si c'était l'instance qui était suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire¹⁵³⁸.

La Cour de cassation consacra finalement cette dernière solution dans deux arrêts en date du 24 mai 2005¹⁵³⁹, affirmant que le créancier qui a été autorisé à pratiquer une mesure conservatoire doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure et à peine de caducité, assigner la caution afin d'obtenir un titre exécutoire mais que celui-ci devra attendre le jugement adoptant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire pour réellement obtenir ce titre puisque l'instance sera suspendue jusqu'à la réalisation de cet événement¹⁵⁴⁰.

412. – La prise de mesures conservatoires après l'adoption du plan de sauvegarde. Il convient immédiatement de préciser que la prise de mesures conservatoires pendant l'exécution d'un plan d'apurement du passif ne concerne potentiellement que les plans de sauvegarde puisque les créanciers recouvrent le droit de poursuivre les cautions dès le jugement adoptant le plan de redressement.

1536 Cette problématique ne se pose toutefois pas à propos des cautionnements conclus par acte authentique puisque le créancier dispose déjà d'un titre exécutoire (article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution).

1537 TGI Saintes, 18 sept. 1998 : *JurisData* n° 1998-046718 ; *D. aff.* 1999, p. 176, obs. A. Lienhard ; *Banque et droit*, mai-juin 1999, p. 42, obs. N. Rontchevsky – PARIS, 15^e ch. A, 9 févr. 1999, n° 1996/14550 : *RTD com.* 2000, p. 723 ; *JCP G* 2000, I 209, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

1538 Paris, 8^e ch. B, 10 juin 1999, n° 1998/22364 : *RTD com.* 2000, p. 723, obs. A. Martin-Serf ; *JCP* 2000, I 209, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

1539 Cass. com., 24 mai 2005, n° 03-16.338 : *Bull. civ.* IV, n° 111 et n° 00-19721 : *Bull. civ.* IV, n° 116 ; *D.* 2005, p. 1632, obs. A. Lienhard ; *D.* 2005, p. 2054, obs. P. Crocq.

1540 D. JÉHANNIN, B. ROLLAND, Ph. SCHULTZ, *Cautionnement de dettes professionnelles : juridique, fiscal*, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Levallois, F. Lefebvre, 2008, n° 7425, p. 320.

La faculté de prendre des mesures conservatoires pendant l'exécution du plan de sauvegarde était néanmoins incertaine puisque les textes, plus précisément l'article L. 622-28 du Code de commerce, ne traitent expressément que de la possibilité de prendre des mesures conservatoires pendant la période d'observation et que la Cour de cassation n'avait encore jamais eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. La Chambre commerciale de la Cour de cassation fut ainsi saisie de la délicate question de l'articulation de la suspension des poursuites contre les cautions pendant l'exécution du plan de sauvegarde, de la mise en œuvre de mesures conservatoires et de l'introduction d'une instance afin d'obtenir un titre exécutoire durant cette période dans un arrêt en date du 10 janvier 2012¹⁵⁴¹. Dans les faits, un créancier avait fait inscrire une hypothèque judiciaire provisoire sur plusieurs immeubles appartenant à la caution neuf mois après l'adoption du plan du sauvegarde. Conformément aux exigences légales, le créancier avait ensuite assigné la caution pour obtenir un titre exécutoire (et protéger la mesure conservatoire de la caducité). *« Pour les juges du fond, l'effet était radical : du fait des délais et remises prévues par le plan, dont profitait le garant, à la fois caution et avaliste, ils avaient débouté la banque (...) au motif que, puisque le plan était respecté, la créance n'était pas exigible. »*¹⁵⁴² En affirmant que le créancier ne pouvait pas assigner la caution lorsque le plan de sauvegarde était respecté, la cour d'appel réduisait à néant la possibilité de prendre des mesures conservatoires dès la fin de la période d'observation et condamnait à la caducité toutes les mesures prises sur les biens de la caution pendant l'exécution du plan. La Cour de cassation refusa cependant cette lecture des textes, rappelant aux juges du fond *« qu'il ne faut pas confondre rejet et suspension de la demande. À la suspension des poursuites contre la caution répond la suspension des actions en vue de poursuivre l'exécution des mesures conservatoires, et ce, tant que la créance n'est pas exigible. Les juges ne pouvaient donc pas débouter le créancier de ses prétentions. La loi ne les autorisait qu'à surseoir à statuer le temps que de la preuve de l'exigibilité des créances soit rapportée. À défaut, la portée des mesures conservatoires serait très limitée »*¹⁵⁴³.

Pendant l'exécution du plan de sauvegarde, les créanciers sont donc en droit

1541 Cass. com., 12 janv. 2012, n° 11-11.482 : *Bull. civ.* IV, n° 5 ; *Dalloz Actualité*, 18 janv. 2012, note A. Lienhard ; *RLDC* 2012/91, n° 4587, p. 34, note G. Marraud Des Grottes.

1542 A. LIENHARD, « Plan de sauvegarde : reprise des poursuites contre les garants », *Dalloz Actualité*, 18 janv. 2012.

1543 G. MARRAUD DES GROTTEs, « Caution, sauvegarde, mesure conservatoire et titre exécutoire : un beau programme ! », *RLDC* 2012/91, n° 4587, p. 34.

de prendre des mesures conservatoires sur les droits et biens de la caution dirigeante et d'assigner celle-ci en paiement dans le mois suivant afin d'obtenir un titre exécutoire et de préserver la mesure de la caducité. Cependant, l'instance ainsi engagée sera suspendue pendant la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde, de sorte que les créanciers ne pourront finalement obtenir un titre exécutoire qu'en cas de résolution du plan de sauvegarde, c'est-à-dire lorsque la preuve de l'exigibilité des créances sera rapportée¹⁵⁴⁴. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a d'ailleurs récemment confirmé que le titre exécutoire retrouvait uniquement son efficacité au moment de la résolution du plan de sauvegarde¹⁵⁴⁵.

II – Les mesures conservatoires sur les biens et droits du dirigeant fautif

413. – La création précipitée d'une nouvelle action en responsabilité du dirigeant. La loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est une loi de circonstances, aussi appelée « loi Petroplus », adoptée en un temps record¹⁵⁴⁶.

« Selon l'exposé des motifs, le but de cette loi était "d'introduire" dans le droit des difficultés des entreprises des mesures permettant de faire obstacle à ce que des tiers (...) organisent leur protection face au risque de voir leur

¹⁵⁴⁴ Sachant qu'un plan de sauvegarde peut durer jusqu'à dix années, il convient de s'interroger sur le sort des sûretés conservatoires prises pendant cette période puisque, « à la différence notable des saisies conservatoires, les sûretés se périment et il faut donc les renouveler. L'article 2434 du Code civil retient un délai de dix années, qui n'a pas pu être transposé à l'hypothèque provisoire. Désormais, la publicité provisoire conserve la sûreté pendant trois ans ; elle peut être renouvelée dans la même forme et pour la même durée » (S. GUINCHARD, T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, 7^e éd., Coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2012, n° 631.16, p. 589). En effet, si les saisies conservatoires (qui rendent indisponibles les biens et droits en faisant l'objet) ne se périment pas et que le nouvel article 2244 du Code civil prévoit que le délai de prescription ou le délai de forclusion est interrompu par une mesure conservatoire prise en application du Code des procédures civiles d'exécution, la solution n'est pas identique s'agissant des sûretés judiciaires provisoires, notamment des hypothèques judiciaires conservatoires, qui sont valables seulement trois ans et qui devront obligatoirement être renouvelées par les créanciers selon les dispositions de l'article R. 532-7 du Code des procédures civiles d'exécution.

¹⁵⁴⁵ Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-18.018 : *Bull. civ.* IV, publication en cours ; *Act. proc. coll.* 2014, comm. 188, obs. P. Cagnoli ; *JCP E* 2014, 1447, chron. Ph. Pétel. La mise en oeuvre du titre exécutoire est suspendue pendant la durée du plan et jusqu'à sa résolution (et non pas seulement en cas de défaut de paiement à l'échéance).

¹⁵⁴⁶ Ph. ROUSSEL GALLE, « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté ! », *JCP E* 2012, 192 : « Il se sera écoulée moins de trois semaines entre le dépôt de la proposition de loi et sa promulgation ».

responsabilité engagée »¹⁵⁴⁷. À cette fin, le nouvel article L. 631-10-1 du Code de commerce permet à l'administrateur ou au mandataire judiciaire de demander au président du tribunal de prendre des mesures conservatoires à l'égard des biens du dirigeant (de droit ou de fait) faisant l'objet d'une action en responsabilité civile fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements de l'entreprise¹⁵⁴⁸. « Une telle action qui fait immédiatement penser à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'en est pas une puisque cette dernière est réservée à la liquidation judiciaire. Il s'agit donc d'une action fondée sur le droit commun, et sans doute sur l'article 1382 du Code civil. »¹⁵⁴⁹

Pour faire simple, la loi du 12 mars 2012 permet désormais aux créanciers de faire appel au patrimoine personnel du dirigeant fautif pour réparer le préjudice subi par les créanciers du fait de la cessation des paiements et de la faillite de l'entreprise. La création de cette nouvelle action en responsabilité s'accompagne de la possibilité de prendre des mesures conservatoires sur les biens et droits du dirigeant, dès l'introduction de l'instance visant à faire reconnaître la faute de celui-ci. De prime abord, cette action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements ne semble pas produire de véritables effets sur les cautions dirigeantes, celles-ci ayant déjà contractuellement accepté d'assumer le passif de leur entreprise. En effet, les créanciers bénéficiaires d'un cautionnement n'ont pas besoin de faire reconnaître la faute du dirigeant pour lui demander d'assumer la charge de la dette garantie puisque celles-ci ont déjà conventionnellement accepté de garantir le paiement des dettes de leur société. De même, en vertu de l'article L. 622-28 *in fine* du Code de commerce, les créanciers sont en droit de prendre des mesures conservatoires sur les biens et droits de la caution dirigeante sans devoir introduire une action en responsabilité à son encontre. Le cautionnement de dettes par le dirigeant étant une pratique courante dans le monde des affaires, le dispositif instauré par la loi du 12 mars 2012 pourrait dès lors apparaître inutile à l'encontre des cautions dirigeantes.

414. – La responsabilité des dirigeants n'ayant pas cautionné les dettes de l'entreprise. La loi du 12 mars 2012 avait prioritairement vocation à

1547 S. PIEDELIÈVRE, « Saisie conservatoire et procédures collectives », *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 21.

1548 D. DEMEYERE, « La loi du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires dans la sauvegarde et le redressement judiciaire », *RLDA* 2012/73, n° 4120, p. 26.

1549 Ph. ROUSSEL GALLE, *op. cit.*

s'appliquer aux dirigeants qui ne se sont pas portés caution des dettes de leur entreprise, plus particulièrement aux dirigeants de grandes entreprises dans lesquelles de tels cautionnements ne sont pas une pratique courante (entreprises du style *Petroplus*). Cette loi permet désormais d'appliquer, par le jeu d'une responsabilité délictuelle, certains effets du cautionnement à des dirigeants qui n'ont pas personnellement garanti les dettes de la société qu'ils dirigent mais qui ont commis une faute de nature à conduire celle-ci à la cessation des paiements. *« Sous prétexte d'envisager une possibilité de pratiquer des mesures conservatoires, le texte crée en réalité une nouvelle action en responsabilité pécuniaire contre les dirigeants de personne morale débitrice, sans en préciser davantage les contours (...) Observons d'abord que le lien de causalité s'apprécie ici, mutatis mutandis, comme en matière d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Il n'est pas exigé que la faute ait causé la cessation des paiements. Il suffit qu'elle y ait contribué. Elle peut n'être que pour partie la cause de la cessation des paiements. C'est donc un lien de causalité distendu par rapport à l'article 1382 du Code civil. »*¹⁵⁵⁰

Or, dans le cadre d'une telle action, l'existence d'un lien de causalité distendu est dangereux en ce qu'il permet d'engager trop facilement la responsabilité des dirigeants. En effet, s'il n'est pas exigé que la faute du dirigeant ait intégralement causé la cessation des paiements et qu'il suffit que ce dernier ait contribué à sa réalisation, force est de constater que sa responsabilité pourra être fréquemment engagée puisque, en tant que représentant légal, gestionnaire et décisionnaire de son entreprise, la cessation des paiements résultera au moins en partie de ses décisions, de ses stratégies ou même pourquoi pas de son abstention. On pourrait dès lors reprocher à un dirigeant de ne pas avoir agi préventivement pour éviter la cessation des paiements via un mandat *ad hoc*, une conciliation ou encore une procédure de sauvegarde ; passant ainsi d'une incitation à agir préventivement à une obligation de solliciter une procédure avant la cessation des paiements, sous peine de voir sa responsabilité engagée. Il appartiendra sans aucun doute à la jurisprudence de déterminer les contours de ce contentieux et d'en fixer les limites.

1550 P.-M. LE CORRE, « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins...chez la mère : la loi Petroplus du 12 mars 2012 », *Rev. sociétés* 2012, n° 7, p. 412.

415. – La responsabilité des cautions dirigeantes au-delà des limites dans lesquelles elles se sont engagées.

La loi du 12 mars 2012 n'opère aucune distinction entre les dirigeants mais l'esprit de ce texte et son contexte d'adoption permettent de dire qu'elle avait prioritairement vocation à s'appliquer aux dirigeants qui ne se sont pas conventionnellement engagés à régler les dettes de leur entreprise en cas de défaillance de celle-ci. Par ailleurs, l'action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements apparaît, de prime abord, sans incidence sur les cautions dirigeantes qui ont déjà contractuellement accepté de grever leur patrimoine personnel. À l'égard des cautions dirigeantes, les créanciers n'ont en effet point besoin de faire reconnaître une faute ayant contribué à la cessation des paiements pour faire assumer à celles-ci l'impayé ou pour prendre des mesures conservatoires sur leurs biens et droits.

Pourtant, l'action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements pourrait également avoir des incidences sur le sort des cautions dirigeantes. En effet, l'article R. 631-14-1 du Code de commerce, issu du décret du 25 octobre 2012, prévoit que le montant des sommes réclamées au titre de la mesure conservatoire ne peut excéder le montant des dommages-intérêts demandés en réparation du préjudice causé par la faute invoquée¹⁵⁵¹. Autrement dit, le montant des sommes pour lesquelles la mesure conservatoire est ordonnée – et par voie de conséquence, le montant que le dirigeant pourra être tenu de payer si sa responsabilité est retenue – dépend du montant des dommages-intérêts demandés par le créancier lors de l'introduction de l'instance. Or, le montant de ces dommages-intérêts correspondra très certainement au montant total de la créance impayée et de ses accessoires en raison de la cessation des paiements et pourra, dès lors, dépasser le montant du cautionnement consenti par le dirigeant.

Ainsi, même les créanciers titulaires d'un cautionnement auront intérêt à rechercher la faute du dirigeant afin de lui faire supporter la charge totale de la créance impayée par le débiteur principal, sans devoir se contenter du seul montant cautionné. Au regard des approximations de la loi du 12 mars 2012 sur la caractérisation de la faute du créancier et sur l'appréciation du lien de causalité (entre cette faute et la cessation des paiements), il est possible d'envisager que le simple fait de ne pas avoir sollicité une mesure tendant à éviter la cessation des paiements pourrait justifier l'octroi de dommages-

¹⁵⁵¹ S. PIEDELIÈVRE, « Saisie conservatoire et procédures collectives », *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 21.

intérêts au créancier et à anéantir les limites du cautionnement et à rétablir une forme de cautionnement omnibus à l'égard des cautions dirigeantes.

416. – Le domaine de l'action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements. Fort heureusement, la doctrine devine un champ d'application limité pour cette action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements. Le Professeur Pierre-Michel Le Corre estime, en premier lieu, que la loi du 12 mars 2012 est inapplicable dans la procédure de sauvegarde, « *procédure volontariste où l'on évite de sanctionner un dirigeant* »¹⁵⁵². Cette affirmation peut paraître erronée de prime abord dans la mesure où la loi n'exclut pas d'office la possibilité de prendre des mesures conservatoires et d'engager la responsabilité du dirigeant dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, d'autant plus que cette loi est expressément relative « *aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* ».

Au-delà du fait que cette action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements est en totale contradiction avec toutes les mesures législatives incitant le dirigeant à demander le bénéfice d'une sauvegarde, il est évident qu'elle doit être exclue de ce dispositif dans la mesure où cette procédure suppose justement que le débiteur principal ne soit pas en cessation des paiements ! L'action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements ne peut donc être engagée que lorsqu'il existe un état de cessation de paiement, c'est-à-dire dans le cadre d'un redressement, d'une liquidation judiciaire ou éventuellement lorsqu'une procédure de sauvegarde accélérée est ouverte par la voie de la passerelle.

Cependant, l'état de cessation de paiement n'est pas la seule condition requise et cette action – ayant pour fondement l'article 1382 du Code civil – ne pourra prospérer que si le créancier subit effectivement un préjudice du fait de la contribution à la cessation des paiements. Or, il n'existe *a priori* aucun préjudice lorsque le plan est respecté par le débiteur principal, de sorte que la responsabilité du dirigeant ne pourrait être retenue qu'en cas de résolution du plan et ouverture subséquente d'une liquidation judiciaire. Cependant, dans cette hypothèse encore, la responsabilité du dirigeant pour contribution à la cessation des paiements ne pourrait pas être engagée

1552 P.-M. LE CORRE, « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins...chez la mère : la loi Petrolplus du 12 mars 2012 », *Rev. sociétés* 2012, n° 7, p. 412.

puisque'il existe déjà une action en responsabilité dans le cadre de la liquidation judiciaire¹⁵⁵³ : l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif¹⁵⁵⁴ qui se substitue à l'action en responsabilité pour contribution à la cessation des paiements¹⁵⁵⁵ !

Ainsi, l'action en responsabilité initiée par la loi du 12 mars 2012 trouverait peu d'applications pratiques et se limiterait à la possibilité de faire ordonner des mesures conservatoires afin d'inciter les dirigeants (qui ne se sont pas personnellement portés caution) à respecter les dispositions du plan de redressement. L'inefficacité de ce dispositif ne doit cependant pas être regrettée dans la mesure où la nature de la faute ayant contribué à la cessation des paiements risque « *de générer un contentieux sans fin et à l'issue incertaine* »¹⁵⁵⁶ et d'aboutir à un moyen fallacieux de contourner le droit du cautionnement tout en bénéficiant des effets d'une telle sûreté.

1553 *Loc. cit.*

1554 Le Conseil Constitutionnel a récemment jugé l'article L. 651-2 du Code de commerce conforme à la Constitution en ce qu'il permet au tribunal d'exonérer en tout ou partie les dirigeants fautifs de la charge d'insuffisance d'actif. Selon le Conseil, le législateur a entendu, d'une part, prendre en compte la gravité des fautes de gestion et la situation personnelle des dirigeants et, d'autre part, les facteurs économiques pouvant conduire à la faillite des entreprises (Cons. const., 26 déc. 2014, n° 2014-415 QPC : *JurisData* n° 2014-021639).

1555 Par ailleurs, la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas obstacle à l'engagement de poursuites contre la caution, la dette n'étant pas éteinte (Cass. com., 8 juin 1993, n° 91-13.295 : *Bull. civ.* IV, n° 230), la caution reste donc tenue de payer la totalité des dettes cautionnées. Même si pour certains commentateurs, la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif est considérée comme « *l'une des dispositions les plus spectaculaires de la loi du 25 janvier 1985 (...) la manifestation la plus éclatante de l'affaiblissement de la condition des créanciers et, corrélativement, le symbole du souci de redressement animant le législateur puisque, à travers lui, il s'agit presque de redresser le débiteur par anticipation, de lui permettre d'entreprendre à nouveau l'esprit pleinement tranquille, débarrassé de traces de son échec passé* » (J. MESTRE, « *La clôture d'une procédure collective pour insuffisance d'actif n'éteint pas les créances* », *RTD civ.* 1994, n° 2, p. 360), force est de constater que lorsque le dirigeant est aussi caution des dettes de son entreprise, la clôture pour insuffisance d'actif n'est pas si *spectaculaire* puisqu'il ne sortira pas de cette procédure *l'esprit pleinement tranquille* mais sera tenu de supporter seul et personnellement les traces de son échec passé.

1556 Ph. ROUSSEL GALLE, « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté ! », *JCP E* 2012, 192 : « *Il se sera écoulée moins de trois semaines entre le dépôt de la proposition de loi et sa promulgation* ».

417. – Conclusion chapitre 1. « *Le sous-emploi, la crise financière ayant agité la planète et la crise économique persistant dans la zone euro* »¹⁵⁵⁷ poussèrent les gouvernements successifs à adopter des plans de relance économique. Le droit des entreprises en difficulté fut alors considéré un « *remède miracle qui jouerait, en France, le rôle d'un amortisseur social* »¹⁵⁵⁸. Le droit des entreprises en difficulté était autrefois « *appréhendé comme une fatalité, un mal nécessaire, un véritable repoussoir qui conduisait le chef d'entreprise à attendre la dégradation de la situation de l'entreprise avant de se diriger vers le tribunal de commerce, si les créanciers ne l'avaient pas devancé* »¹⁵⁵⁹. Or, le droit des entreprises en difficulté ne pouvait jouer un rôle d'amortisseur social et solutionner le sous-emploi, la crise financière et économique que si les dirigeants ne le considéraient plus comme *une fatalité, un mal nécessaire, un véritable repoussoir* mais qu'ils concevaient, au contraire, le Livre VI du Code de commerce comme un bénéfice. Il convenait dès lors de se livrer à une opération séduction à destination des dirigeants. Pour ce faire, un constat simple fut dressé : le contexte économique pousse de nombreux dirigeants à se porter régulièrement caution des dettes de leur société et à supporter personnellement les dettes de leur entreprise. Ainsi, si l'on souhaite éviter les faillites et encourager les dirigeants à se battre pour la survie de leur entreprise, le droit des entreprises en difficulté devait être réformé pour encourager efficacement les dirigeants-cautions à se tourner vers les procédures favorisant la réalisation de cet objectif. La sauvegarde des entreprises passant par la protection des intérêts personnels leur dirigeant, le droit des entreprises en difficulté devait instrumentaliser le sort des cautions dirigeantes.

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 fut la première grande réforme en ce sens puisqu'elle instaura une nouvelle procédure collective particulièrement favorable aux cautions dirigeantes¹⁵⁶⁰. Le législateur

1557 P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 12, p. 733.

1558 *Loc. cit.*

1559 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde à l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

1560 En effet, la procédure de sauvegarde permet aux cautions – comme dans les autres procédures collectives – de bénéficier de la suspension des poursuites pendant la période d'observation mais elle leur permet surtout de bénéficier de l'interdiction des poursuites pendant toute l'exécution du plan de sauvegarde alors que la reprise des poursuites est immédiate après l'adoption du plan de redressement. La combinaison inédite de ces dispositifs constitue, pour les cautions dirigeantes, une forte incitation à demander

poursuivait manifestement l'objectif d'anticiper la cessation des paiements et d'encourager les dirigeants à prendre les mesures qui s'imposent avant cette échéance puisque, à cette époque, la procédure de sauvegarde n'était envisageable que lorsque la société n'était pas encore en état de cessation des paiements. La jurisprudence eut une lecture pour le moins extensive des textes relatifs à la procédure de sauvegarde puisqu'elle autorisa indirectement, dans le célèbre arrêt *Coeur Défense* du 8 mars 2011, les dirigeants-cautions à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde afin d'échapper à leurs obligations contractuelles ou de renégocier les termes du contrat principal, lorsqu'ils sont en mesure de justifier que leur entreprise rencontrent des difficultés qu'elle ne peut pas surmonter seule¹⁵⁶¹. La solution retenue dans l'arrêt *Coeur-défense* est néanmoins contestable¹⁵⁶² dans la mesure où la Cour de cassation balaya d'un revers de manche le seul « garde-fou » que constituait auparavant la proximité d'un état de cessation des paiements pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde¹⁵⁶³.

Grâce à la réforme du 26 juillet 2005, la perception du droit des entreprises en difficulté par les dirigeants a manifestement changé. Celui-ci n'est plus considéré comme *une fatalité, un mal nécessaire, un véritable repoussoir* et l'incitation à destination des dirigeant-cautions a effectivement fonctionné. Pourtant, tout porte à croire que cette réforme n'eut pas le succès escompté et qu'elle ne mit pas fin au sous-emploi ou aux crises¹⁵⁶⁴ puisque une récente réforme modifia radicalement le rôle d'*amortisseur social* que devait jouer la procédure de sauvegarde et, plus largement, le droit des entreprises en difficulté. En effet, s'il était auparavant question d'utiliser le sort des cautions dirigeantes afin d'anticiper les difficultés des entreprises et d'agir avant la cessation des paiements, il semble désormais être davantage question de protéger les cautions dirigeantes confrontées à la cessation des paiements de

l'ouverture d'une procédure préventive de sauvegarde.

1561 Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990 : *Bull. civ.* IV, n° 33 ; *JCP E* 2011, 1215, note A. Couret et B. Dondero ; *D.* 2011, p. 743, obs. A. Lienhard ; *D.* 2011, p. 919, note P.-M. Le Corre ; *JCP E* 2011, 1263, obs. Ph. Pétel ; *D.* 2011, p. 1441, obs. L. Arcelin Lécuyer ; *Rev. sociétés* 2011, p. 404, obs. B. Grelon.

1562 L. ARCELIN LÉCUYER, « Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé », *D.* 2011, n° 21, p. 1441.

1563 « *La porte est désormais grande ouverte à l'utilisation de la sauvegarde comme une arme de gestion* » (M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *op. cit.*, p. 53), permettant ainsi aux cautions dirigeantes d'échapper à leurs obligations personnelles lorsque leur entreprise est confrontée à toute sorte de difficultés insurmontables. Pourtant, de nombreux observateurs, dont le Professeur Marie-Hélène Monsérié-Bon, estimaient que cette jurisprudence était conforme à l'esprit des textes et aux objectifs poursuivis par le législateur, à savoir l'accès à l'anticipation des difficultés des entreprises.

1564 P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 12, p. 733.

leur entreprise. Pour preuve, l'ordonnance du 12 mars 2014 instaura une passerelle entre la procédure de conciliation – procédure qui peut être ouverte au bénéfice d'une entreprise en cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours – et une nouvelle forme de procédure de sauvegarde : la sauvegarde accélérée, dont les effets sont similaires à la sauvegarde de droit commun. Auparavant, aucune procédure de sauvegarde ne pouvait être ouverte si la société cautionnée était en état de cessation de paiement ; ce qui s'avérait particulièrement logique dans la mesure où la sauvegarde avait justement été créée pour anticiper les difficultés d'une entreprise et non pour traiter ses difficultés une fois la cessation des paiements consommée.

Or, il ressort du nouvel article L. 628-1 du Code de commerce que la procédure de sauvegarde accélérée peut désormais être ouverte lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours si celui-ci est déjà engagé dans une procédure de conciliation. Ainsi, le dirigeant d'une entreprise en état de cessation des paiements peut désormais bénéficier des règles d'une procédure de sauvegarde de droit commun en sollicitant au préalable l'ouverture d'une procédure de conciliation¹⁵⁶⁵ et, en cas d'échec de celle-ci, profiter de la passerelle entre cette procédure de conciliation et la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée. L'objectif prioritaire du législateur n'est donc plus de prévenir les difficultés de l'entreprise le plus tôt possible mais, comme l'a clairement expliqué la garde des Sceaux lors de la 9^e édition des « *Entreprises de la sauvegarde* » le 27 janvier 2014, d'accompagner le chef d'entreprise et de prévenir les difficultés économiques et psychologiques qu'il peut rencontrer : « *Nous avons conscience des réalités humaines qui se trouvent derrière les difficultés des entreprises (...) Ce qui compte pour nous c'est de repérer assez rapidement ses difficultés et de lui soumettre une palette de solutions ou de modes d'accompagnement qui peuvent l'aider à trouver la meilleure réponse à la situation de son entreprise et si la meilleure réponse est la liquidation éventuelle de cette entreprise, l'aider lui-même à rebondir en tant qu'acteur économique donc à se créer une nouvelle activité* ».

¹⁵⁶⁵ La loi de sauvegarde des entreprises mit au point une autre mesure séduisante à destination des cautions dirigeantes en leur permettant de se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué dans le cadre d'une procédure de conciliation. Depuis lors, les remises et délais accordés par les créanciers dans le cadre d'une procédure de conciliation bénéficient aux cautions dirigeantes. L'instrumentalisation du sort de la caution dirigeante aux fins de promotion de la procédure de conciliation fut récemment poursuivie en permettant aux cautions dirigeantes de se prévaloir de plein droit du report ou rééchelonnement judiciaire des créances ne figurant pas dans l'accord constaté ou homologué.

Ainsi, si « *le droit des entreprises en difficulté constitue pour notre législateur du début du XXI^e siècle une préoccupation de premier ordre* »¹⁵⁶⁶, qu'il demeure un outil de traitement préventif des difficultés de l'entreprise, force est de constater que son *rôle d'un amortisseur social* se situe désormais principalement dans la volonté d'aider le chef d'entreprise. Il ne s'agit plus d'instrumentaliser le sort des cautions dirigeantes pour prévenir les difficultés des entreprises et éviter un traitement curatif après la cessation des paiements. Il est désormais question d'instrumentaliser le droit des entreprises afin d'offrir des solutions ou des modes d'accompagnement aux cautions dirigeantes en difficulté et de les aider à rebondir en tant qu'acteur économique.

1566 P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, p. 733.

CHAPITRE 2. LA CAUTION DIRIGEANTE, UN *QUIDAM* DU DROIT DE LA CONSOMMATION ?

418. – Plan. Selon le Professeur Yves Picod, « *le cautionnement n'est qu'une garantie : la caution simple ou solidaire s'oblige à payer non pas "avec d'autres" mais "pour d'autres". (...) Parfois qualifiée de créancier en devenir, la caution a une attente légitime au moment de son engagement qui est de pouvoir exercer ses recours après paiement. C'est même ce qui la différencie du coobligé, lequel, lorsqu'il s'est engagé solidairement, n'a de recours que pour sa part dans la mesure où il s'engage avec d'autres et non pour d'autres* »¹⁵⁶⁷.

Comme toute autre caution, le dirigeant s'engage, envers un ou plusieurs créanciers, à payer *pour sa société*. La caution dirigeante ne s'engage pas à payer des dettes *avec sa société* comme le ferait un coobligé, elle n'est pas codébitrice des dettes sociales. Au moment de son engagement, la caution dirigeante a donc, elle aussi, *l'attente légitime* de pouvoir exercer les recours bénéficiant aux cautions après désintéressement des créanciers de sa société. La caution dirigeante, comme n'importe quelle autre caution, détient potentiellement trois sortes de recours : le recours anticipé, le recours subrogatoire et le recours personnel après paiement. En théorie, les cautions dirigeantes se trouvent dans une position identique à celle des autres cautions lorsqu'on évoque la question des recours contre le débiteur principal. En pratique, « *reste que l'on peut légitimement douter que le dirigeant exerce un tel recours à l'encontre de la société cautionnée en raison des liens qu'entretiennent ici les garants avec le débiteur. En toute hypothèse, l'action a peu de chance de se révéler efficace dans la mesure où elle visera le plus souvent une personne morale insolvable* »¹⁵⁶⁸.

Ainsi, en raison de la spécificité de ce cautionnement, les recours de la caution dirigeante contre le débiteur principal sont rares et, même s'ils sont exceptionnellement mis en oeuvre, de tels recours sont généralement confrontés à l'insolvabilité de la société et perdraient tout intérêt pratique. Il

¹⁵⁶⁷ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, n° 89, p. 142-143.

¹⁵⁶⁸ J.-P. LEGROS, ref. par J.-J. ANSAULT, « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in *J.-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2013, Fasc. 36-50, n° 57.

est ainsi possible de conclure à une particulière inefficacité des recours bénéficiant aux cautions dirigeantes contre le débiteur principal.

Ne disposant d'aucun recours effectif contre le débiteur principal pour récupérer les sommes payées *pour d'autres*, la caution dirigeante était autrefois considérée comme la seule caution personne physique ne disposant « *d'aucun filet de sécurité* »¹⁵⁶⁹, comme la seule caution contrainte de supporter définitivement le poids de la dette, « *faute de bénéficier à titre personnel des procédures du Livre VI du Code de commerce* »¹⁵⁷⁰ et d'avoir accès aux procédures de surendettement des particuliers.

Cela étant dit, il convient de préciser que depuis plus d'une décennie, le législateur tisse progressivement un solide « *filet de sécurité* » en faveur des cautions dirigeantes. Dès le 1^{er} août 2003, il réforma le droit contemporain du crédit et des entreprises en difficulté afin de protéger les intérêts des cautions dirigeantes lorsque celles-ci sont confrontées à l'ouverture d'une procédure collective au bénéfice de leur société. Les premières réformes ne permettaient cependant pas à la grande majorité des cautions dirigeantes de bénéficier, à titre personnel, des procédures du Livre VI du Code de commerce, ni d'avoir accès aux procédures de surendettement des particuliers.

Le législateur comprit ensuite que les moyens déployés dans la loi de sauvegarde des entreprises étaient insuffisants et qu'il était devenu nécessaire de faire preuve d'une plus grande bienveillance à l'égard des cautions dirigeantes. Pour encourager l'initiative économique, il ne suffisait pas d'adoucir le sort des cautions dirigeantes lorsque leur entreprise rencontrait des difficultés, il fallait également que « *les difficultés rencontrées par l'entreprise n'aient pas des conséquences fâcheuses pour le dirigeant, sa famille et son patrimoine* »¹⁵⁷¹. À cette fin, le législateur réforma le droit du surendettement afin que les conditions d'ouverture des procédures de désendettement n'excluent plus d'office les cautions dirigeantes (section 1) et que le cautionnement consenti par un dirigeant devienne – pour lui, sa famille et son patrimoine – un engagement à payer *pour d'autres* et non *avec d'autres* (section 2).

1569 F. PÉROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 77.

1570 *Loc. cit.*

1571 D. LEGEAIS, « Cautionnement. Prise en compte de l'engagement de caution du dirigeant pour l'appréciation du surendettement », *RTD com.* 2008, n° 4, p. 835.

Section 1. L'éligibilité des cautions dirigeantes aux procédures de désendettement des particuliers

419. – Plan. Qu'il s'agisse des procédures instituées au Livre VI du Code de commerce ou au Livre III du Code de la consommation, « *le grand perdant est bien souvent le créancier, qui risque non seulement de subir un rééchelonnement de ses droits mais parfois d'être privé purement et simplement de la possibilité d'obtenir un paiement de sa créance.* »¹⁵⁷²

Si le législateur est soucieux d'éviter les situations de surendettement des particuliers et les faillites d'entreprises, il est également conscient du fait que les procédures collectives et les procédures de désendettement des particuliers portent gravement atteintes aux droits des créanciers. De ce fait, l'ensemble de ces procédures ont longtemps été réservées à certaines catégories de débiteurs. Même si les cautions dirigeantes profitaient indirectement des effets des procédures collectives bénéficiant à leur entreprise, elles n'en bénéficiaient pas personnellement et le Code de la consommation excluait expressément les cautions dirigeantes – de fait ou de droit – du bénéfice des procédures de désendettement, de sorte que leur insolvabilité personnelle ne trouvait auparavant aucun remède préventif ou curatif en droit positif¹⁵⁷³.

Les réformes intervenues depuis le début des années 2000 démontrent cependant que le législateur a fait fit des intérêts des créanciers, préférant se soucier du sort des cautions dirigeantes. Désormais, même si la grande majorité des cautions dirigeantes ne sont toujours pas éligibles aux procédures instituées au Livre VI du Code de commerce, elles peuvent néanmoins solliciter l'ouverture d'une procédure de désendettement, à condition d'être de bonne foi (§1) et d'être dans une situation de surendettement caractérisée (§2).

1572 J.-J. ANSAULT, « Traitement du surendettement : l'engagement de la caution est-il une dette professionnelle ? » *RLDC* 2010/71, n° 3809, p. 36.

1573 Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012, n° 181, p. 168.

§ 1 : Les conditions d'admission relatives à la personne de la caution dirigeante

420. – Plan. « *Le titre III du Livre III du Code de la consommation est tout entier consacré à un sujet et à un objet. Le sujet est le débiteur. L'objet, le traitement de son surendettement.* »¹⁵⁷⁴

Pour bénéficier d'une procédure de désendettement (l'objet), la caution dirigeante (le sujet) doit satisfaire certaines conditions inhérentes à l'esprit des textes, à l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il institua ces procédures en droit positif. Premièrement, les cautions dirigeantes sont soumises à la condition de recevabilité posée par l'article L. 333-3 du Code de la consommation : « *les dispositions du présent Titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le Livre VI du Code de commerce* ». Les procédures de désendettement sont dites subsidiaires en ce qu'elles ne s'appliquent qu'aux débiteurs qui ne sont pas susceptibles de bénéficier des procédures collectives prévues par le Code de commerce. « *La vocation de cette exclusion est d'éviter dans la mesure du possible le chevauchement et les conflits de procédure* »¹⁵⁷⁵, ainsi que de concevoir les procédures de désendettement comme un dispositif annexe et complémentaire, applicable uniquement aux particuliers surendettés jusqu'alors délaissés par le droit positif. La grande majorité des cautions dirigeantes étant expressément exclues du bénéfice des procédures du Livre VI du Code de commerce, le caractère subsidiaire du droit du surendettement ne constitue pas un véritable obstacle à l'ouverture de telles procédures à leur bénéfice (I).

L'esprit des textes, l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il institua les procédures de désendettement des particuliers ne se résume cependant pas au caractère subsidiaire du droit du surendettement. Le législateur ne souhaitait pas que le droit du surendettement profite indistinctement à tous les particuliers endettés qui ne bénéficiaient pas des procédures instituées par le Livre VI du Code de commerce, à tous les « laissés pour compte ». Les dispositifs de désendettement des particuliers ont également été conçus comme une faveur réservée aux « *débiteurs prisonniers d'une spirale*

¹⁵⁷⁴ H. LÉCUYER, « Le rétablissement personnel et le couple », *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 14.

¹⁵⁷⁵ G. HENAFF, « Dirigeants de personnes morales et surendettement des particuliers », *D.* 2004, n° 41, p. 2991.

d'endettement à laquelle ils n'ont pu se soustraire en dépit de leur bonne volonté »¹⁵⁷⁶, excluant ainsi tous les débiteurs de mauvaise foi (II).

I – L'irrecevabilité de la demande émanant d'une caution dirigeante relevant du Livre VI du Code de commerce

421. – L'exclusion expresse des débiteurs mentionnés aux articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce. « Les dispositions des articles L. 330-1 et suivants sont d'application subsidiaire. Cela signifie que la personne ne doit pas relever d'un autre régime tendant à la même fin : loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social ; loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises »¹⁵⁷⁷ ; ou ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

Ainsi, si un débiteur est susceptible de bénéficier des procédures de traitement des difficultés des entreprises prévues par le Code de commerce, il ne pourra pas solliciter l'ouverture des procédures prévues aux articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation puisque, selon l'article L. 333-3 de ce même Code, « les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le livre VI du Code de commerce ». La Cour de cassation a par ailleurs précisé que le régime juridique applicable au débiteur devait être apprécié au jour où la commission de surendettement (ou le juge) statuait sur la recevabilité de la demande¹⁵⁷⁸.

Cependant, jusqu'en 2005, la frontière entre ces deux régimes juridiques

¹⁵⁷⁶ Versailles, 13^e ch., 28 juin 1990 : *JurisData* n° 1990-043078 ; *D.* 1991, p. 53, obs. B. Boulloc : « Malgré la part de responsabilité du débiteur dans l'aggravation de son endettement, il y a lieu de faire droit à sa demande d'ouverture d'un redressement judiciaire civil si cette situation est imputable à certains prêteurs et à un système pernicieux de stimulation à la consommation. »

¹⁵⁷⁷ J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, 1^e éd., coll. Cours Montchrestien, Paris, Lextenso, 2009, n° 392, p. 422.

¹⁵⁷⁸ Ainsi, les artisans et agriculteurs ayant cessé leur activité depuis plus d'un an et les commerçants radiés du Registre du Commerce et des Sociétés depuis plus d'un an au jour où il est statué sur la recevabilité du dossier sont éligibles aux procédures de surendettement et de rétablissement prévues aux articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation puisqu'ils ne sont plus susceptibles de bénéficier des procédures régies par le Livre VI du Code de commerce (Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1995, n° 93-04.192 : *Bull. civ. I*, n° 230 – Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-13.460 : *Bull. civ. IV*, n° 74 apportant d'importantes précisions sur l'application de la loi du 26 juillet 2005 dans le temps).

était, à l'égard de certaines catégories de débiteurs, relativement mal délimitée par les textes. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 vinrent pallier le vide juridique existant entre les débiteurs pouvant bénéficier des procédures collectives prévues par le Code de commerce et les procédures relevant du Code de la consommation. Depuis lors, les commerçants, artisans, agriculteurs et toutes les personnes exerçant une activité professionnelle indépendante¹⁵⁷⁹ relèvent des dispositions du Code de commerce et sont, de ce fait, expressément exclus des procédures de désendettement des particuliers qui ne s'appliquent, conformément à la volonté du législateur, qu'à titre subsidiaire.

422. – L'exclusion de certaines cautions dirigeantes. Selon la Cour de cassation, « *la seule qualité de dirigeant d'une société, ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers* »¹⁵⁸⁰. Le dirigeant d'une société, agissant au nom et pour compte de sa société, n'exerce pas une activité commerciale, artisanale ou professionnelle indépendante au sens des articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce et ne peut pas, à ce titre, bénéficier des procédures instituées par le Livre VI du Code de commerce¹⁵⁸¹ (même s'il est inscrit au registre du commerce et des sociétés sous cette qualité¹⁵⁸²).

Les dirigeants de personnes morales, sociétés ou associations, peuvent donc bénéficier des procédures de surendettement et de rétablissement personnel prévues par le Code de la consommation. Selon la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, en tant que personne physique, le dirigeant qui cautionne une dette sociale relève effectivement des procédures de traitement du surendettement¹⁵⁸³. Ces affirmations subissent néanmoins quelques tempéraments.

Premièrement, les dirigeants-associés d'une société en nom collectif ou d'une

1579 C. com., art. L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2.

1580 Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984 : *Bull. civ.* II, n° 20 ; *D.* 2010, p. 321, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2010, p. 437, obs. G. Paisant ; *JCP G* 2010, 401, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2010, 1357, note Ch. Lebel ; *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 142, obs. G. Raymond.

1581 Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998 : *Bull. civ.* IV, n° 191 ; *D.* 2008, p. 2929, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2009, p. 607, note P. Roussel-Galle ; *Act. proc. coll.* 2008, n° 310, obs. C. Regnaut-Moutier ; *JCP E* 2009, 1023, note Ch. Lebel ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 15, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly* 2009, p. 278, note P.-M. Le Corre.

1582 G. HENAFF, *op. cit.*, p. 2991.

1583 Cass. 2^e civ., 27 sept. 2012, n° 11-23.285, inédit.

société en commandite simple, exerçant une activité commerciale, sont exclus du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers puisqu'ils ont la qualité de commerçant et entrent, à ce titre, dans le champ d'application des articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce. Ensuite, certains dirigeants n'ayant pas la qualité de commerçant, artisan ou professionnel indépendant peuvent également être écartés des dispositifs subsidiaires de désendettement des particuliers lorsque la procédure collective bénéficiant à la personne morale qu'il dirige leur a été étendue en raison de la fictivité de cette dernière ou d'une confusion du patrimoine du dirigeant avec celui de sa société, conformément à l'article L. 621-2, alinéa 2 du Code de commerce¹⁵⁸⁴. « Autrement dit, si, en dépit de ces règles, le gérant est quand même soumis à l'une de ces procédures, c'est soit qu'il a exercé, en parallèle de ses fonctions de dirigeant, l'une des activités visées à l'article L. 620-2 du Code de commerce, soit que la procédure ouverte contre la société qu'il dirige lui a été étendue en raison d'une confusion des patrimoines ou de la fictivité de cette société. »¹⁵⁸⁵

423. – L'éligibilité des dirigeants condamnés au comblement du passif de leur société. L'action en comblement de passif, renommée « *action en responsabilité pour insuffisance d'actif* » par le législateur du 26 juillet 2005, permet au tribunal de condamner le dirigeant (de droit ou de fait) ayant commis une faute de gestion à supporter, en tout ou partie, l'insuffisance d'actif de sa société en vertu de l'article de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Lorsqu'une telle action en responsabilité était engagée contre le

1584 Avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 624-5 du Code de commerce prévoyait une extension de la procédure ouverte au bénéfice la société à l'égard de son dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, ayant commis l'un des faits suivants : avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement, avoir poursuivi abusivement et dans un intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale, avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales, avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ou encore avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. Le législateur du 26 juillet 2005 abrogea ces cas d'extension de la procédure collective de façon à ce que les dirigeants ne puissent désormais subir une extension de la procédure collective bénéficiant à leur société qu'en cas de fictivité de la personne morale ou de confusion des patrimoines.

1585 A. CERATI-GAUTHIER, « Le gérant personne physique condamné à supporter le passif social est éligible aux procédures de surendettement », *JCP E* 2012, 1338.

dirigeant d'une société, il n'était pas certain que celui-ci puisse ensuite demander l'ouverture d'une procédure de désendettement des particuliers. Se posait évidemment la question de savoir si la condamnation du dirigeant au comblement du passif de sa société placée en liquidation judiciaire avait pour effet d'étendre cette procédure collective à son patrimoine personnel et de l'exclure des procédures subsidiaires de désendettement ?

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation offrit une réponse sans équivoque dans un arrêt du 12 avril 2012, affirmant que « *le gérant d'une société à responsabilité limitée qui n'a pas fait l'objet d'une extension de la procédure de liquidation judiciaire de la société mais d'une action en comblement de passif n'est pas exclu du bénéfice des mesures de traitement du surendettement* »¹⁵⁸⁶. Ainsi, l'introduction d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut en aucun cas aboutir à l'ouverture ou l'extension d'une procédure collective¹⁵⁸⁷ à l'égard du dirigeant et la condamnation de celui-ci au comblement du passif de sa société « *n'exclut pas le gérant du dispositif du surendettement. L'article L. 333-3 ayant été édicté pour éviter le cumul des procédures pour une même personne physique. Or, la condamnation à payer le passif de la société n'est pas une procédure de traitement des difficultés des entreprises, expression réservée aux procédures de conciliation, de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires* »¹⁵⁸⁸.

Cependant, contrairement aux dettes résultant du contrat de cautionnement qui vont être évoquées ci-après, les dettes mises à la charge du dirigeant en raison de sa faute de gestion ne seront pas prises en considération dans l'appréciation de sa situation de surendettement, s'agissant de dettes professionnelles¹⁵⁸⁹.

1586 Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228 : *Bull. civ.* II, n° 77 ; *D.* 2012, p. 1120, obs. V. Avena-Robardet ; *Rev. sociétés* 2012, p. 395, obs. P. Roussel-Galle ; *JCP E* 2012, p. 1338, note A. Cerati-Gauthier ; *Bull. Joly Entreprises en Difficulté* 2012, p. 208, note T. Favario ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, n° 217, p. 22, note F. Reille ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 119, obs. S. Gjidara-Decaix ; *Contrats conc. consom.* 2012, comm. 220, obs. G. Raymond ; *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 129, obs. S. Piedelièvre.

1587 Ph. ROUSSEL-GALLE, « Le gérant de SARL poursuivi en comblement de passif, peut bénéficier d'une procédure de surendettement », *Rev. Sociétés* 2012, n° 6, p. 395.

1588 A. CERATI-GAUTHIER, *op. cit.*

1589 M. FILIOL DE RAIMOND, « L'action en comblement du passif n'exclut pas le bénéfice d'une procédure de surendettement », *RLDA* 2012/72, n° 4070, p. 23.

II – L'irrecevabilité de la demande émanant d'une caution dirigeante de mauvaise foi

424. – Plan. Soucieux des débiteurs prisonniers d'une « spirale d'endettement » à laquelle ils n'ont pu se soustraire en dépit de leur bonne volonté¹⁵⁹⁰, le législateur institua, avec la loi Neiertz du 31 décembre 1989, des dispositions protégeant les particuliers surendettés. Souhaitant néanmoins réserver le droit du surendettement aux seuls débiteurs imprudents et imprévoyants, il subordonna ce dispositif à la notion de « bonne foi » afin d'exclure du bénéfice de ces procédures, les débiteurs qui avaient contracté dans la perspective d'être à terme déchargés de leurs dettes par le biais des procédures de désendettement¹⁵⁹¹. Nul ne pouvant se prévaloir de sa propre turpitude, un particulier endetté ne peut donc prétendre bénéficier des dispositions du droit du surendettement que s'il est réputé être de bonne foi par la commission de surendettement ou par le juge. En l'état actuel de la jurisprudence, un débiteur surendetté est considéré de mauvaise foi uniquement lorsqu'il commet, lors de la conclusion du contrat ou à l'ouverture et pendant l'exécution de la procédure de surendettement ou de rétablissement personnel, une faute intentionnelle (A) ayant directement causé son endettement (B).

A) L'exigence d'une faute intentionnelle commise lors de la conclusion du cautionnement ou à l'ouverture de la procédure de désendettement

425. – La mauvaise foi, une cause de déchéance. Conformément à l'alinéa premier de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, les procédures de traitement des situations de surendettement et de rétablissement personnel sont réservées aux débiteurs de bonne foi. Toutefois, « *le contenu de la bonne foi est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, la cassation n'étant encourue que si la décision de ces derniers se fonde sur des motifs insuffisants ou inopérants* »¹⁵⁹².

Il convient tout d'abord de préciser que la « bonne foi » est une notion

1590 Versailles, 13^e ch., 28 juin 1990 : *JurisData* n° 1990-043078 ; *D.* 1991, p. 53, obs. B. Boulloc.

1591 G. BIARDEAUD, *Le surendettement*, Fascicule théorique de l'École Nationale de la Magistrature, Paris, Lextenso, 2011, n° 35, p. 16.

1592 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, « Surendettement des particuliers », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2013, n° 26.

redondante en droit du surendettement, « tantôt érigée en condition de recevabilité de la procédure (art. L. 330-1). Tantôt conçue, sous sa figure négative, la mauvaise foi, comme un cas de déchéance du bénéfice du droit au traitement du surendettement (art. L. 332-2) »¹⁵⁹³. La bonne foi du débiteur surendetté est appréciée au moins à cinq reprises dans le cadre de ces procédures : premièrement par la commission de surendettement lors de l'examen de la recevabilité de la demande, puis par le juge en cas de recours contre cette décision ou lors de l'examen de la contestation des mesures recommandées par la commission, lorsque la commission est saisie par le débiteur pendant l'exécution d'une procédure de traitement afin de bénéficier d'une procédure de rétablissement personnel et enfin par le juge lors de l'audience d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel conformément à l'article L. 331-7-3 du Code de la consommation.

« Cette insistance pour le moins singulière des textes à rappeler la condition de bonne foi du débiteur à chaque phase de la procédure, marque indubitablement que, dans l'esprit de la loi, la condition de bonne foi du débiteur est consubstantielle à l'acquisition et à la conservation du droit au désendettement. »¹⁵⁹⁴ La bonne foi permet ainsi de départager les débiteurs imprudents et imprévoyants qui se sont simplement engagés au-delà de leurs capacités financières, des débiteurs malintentionnés qui ont contracté un endettement dans l'unique intention d'en être déchargés en bénéficiant d'une procédure de désendettement des particuliers¹⁵⁹⁵.

426. – La bonne foi contractuelle et la bonne foi procédurale. La bonne foi du débiteur étant présumée, il incombe au créancier de prouver la mauvaise foi de celui-ci¹⁵⁹⁶. Cependant, la période à prendre en considération pour apprécier cette mauvaise foi a suscité, dès l'adoption de la loi du 31 décembre 1989, un débat de fond : le créancier devait-il démontrer la mauvaise foi du débiteur lors de la conclusion de l'endettement (mauvaise foi contractuelle) ou, au contraire, devait-il démontrer que le débiteur était de mauvaise foi lorsqu'il saisissait la commission de surendettement ou lorsqu'il sollicitait du juge une mesure de rétablissement personnel (mauvaise foi

1593 V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, 2^e éd., coll. Droit & professionnels, Paris, LexisNexis, 2012, n° 75, p. 54.

1594 *Loc. cit.*

1595 G. BIARDEAUD, *op. cit.*, n° 35, p. 16.

1596 TGI Saint-Omer, 21 juin 1990 : *JCP E* 1990, I 20368 – TI Le Raincy, 18 mai 1990 : *D.* 1991, p. 54, note B. Boulloc et P.-L. Chatain – Riom, 22 mai 1991 : *D.* 1992, p. 106, note B. Boulloc et F. Ferrière.

procédurale) ?

La mauvaise foi contractuelle se manifeste lors de la phase d'endettement et fait référence à un comportement antérieur : *« ne seront considérés de mauvaise foi que les débiteurs qui ont conscience de créer ou d'aggraver leur endettement, notamment par des dépenses somptuaires ou encore par de fausses déclarations au moment de la souscription d'un nouveau crédit »*¹⁵⁹⁷. Au contraire, la bonne foi procédurale se manifeste lors de l'ouverture des procédures de désendettement¹⁵⁹⁸ et nécessite que le débiteur soit *« sincère dans sa volonté de trouver une issue conforme à l'esprit de la loi, au moment où il saisit la commission de surendettement ou lorsqu'il sollicite du juge une mesure de rétablissement personnel »*¹⁵⁹⁹.

*« Selon une première opinion, qui fut celle de la presque totalité des juridictions du fond, l'absence de bonne foi du débiteur devait s'apprécier pendant la phase d'endettement, c'est-à-dire en examinant les conditions dans lesquelles il s'est endetté. C'est la bonne foi dite contractuelle. Selon une seconde thèse, la bonne foi du débiteur est liée exclusivement à son comportement au moment de l'ouverture ou du déroulement de la procédure de désendettement. Elle n'a dès lors qu'une autonomie restreinte par rapport aux causes de déchéances énoncées par l'article L. 332-2 du Code de la consommation qu'elle recoupe très largement. C'est la bonne foi procédurale. Serait ainsi uniquement de mauvaise foi le débiteur qui accomplit l'un des actes énumérés par ce texte, à savoir celui qui, sciemment, fait des fausses déclarations ou remet des documents inexacts en vue d'obtenir le bénéfice des procédures de surendettement, celui qui, dans le même but, détourne ou dissimule ou tente de dissimuler tout ou partie de ses biens ou qui, sans l'accord de ses créanciers ou du juge, aggrave son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou procède à des actes de disposition de son patrimoine pendant l'exécution du plan ou le déroulement de la procédure. »*¹⁶⁰⁰

Finalement, *« la Cour de cassation a renvoyé dos à dos les deux conceptions pour faire le choix d'une solution mixte, qui les cumule. En droit positif, tant la bonne foi dite contractuelle que la bonne foi procédurale sont donc à prendre en considération, l'une n'excluant pas l'autre. Il incombe aux*

1597 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 34-35.

1598 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *Surendettement des particuliers*, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012, n° 113.22, p. 44-45.

1599 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 34-35.

1600 V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *op. cit.*, n° 85, p. 67-68.

*commissions de surendettement et aux tribunaux de tenir compte de l'ensemble des différentes périodes au cours desquelles la mauvaise foi s'est manifestée : la mauvaise foi contractuelle ayant animé le débiteur au moment de l'endettement comme sa mauvaise foi procédurale l'ayant inspiré lors de l'ouverture et pendant le déroulement et la mise en oeuvre des procédures de désendettement. »*¹⁶⁰¹

427. – La mauvaise foi contractuelle de la caution dirigeante. En matière de surendettement des particuliers, la mauvaise foi contractuelle peut être définie comme l'intention délibérée d'acquérir un niveau de vie supérieur à celui auquel on peut prétendre selon les ressources dont on dispose¹⁶⁰² ou encore « *l'intention délibérée de créer ou d'aggraver l'endettement en fraude des droits du créancier* »¹⁶⁰³.

Autrement dit, la mauvaise foi contractuelle s'apprécie en tenant compte des ressources du débiteur au jour de l'endettement (élément objectif) et de l'intention délibérée de celui-ci de créer ou d'aggraver son endettement en fraude des droits du créancier (élément subjectif). Le débiteur surendetté de mauvaise foi est donc une personne qui s'endette en ayant parfaitement conscience des risques auxquels il s'exposait et de son impossibilité de rembourser ses créanciers¹⁶⁰⁴. « *Il semble possible d'aller plus loin et d'esquisser une définition de l'absence de bonne foi du débiteur surendetté, qui pourrait s'inspirer, concernant la bonne foi dite contractuelle, de la notion de la mauvaise foi de l'auteur du délit pénal de filouterie. L'article 313-5 du Code pénal sanctionne sous certaines conditions le fait pour une personne d'acquérir des biens ou des prestations de services en se sachant dans l'impossibilité de payer ou en étant déterminée à ne pas payer. Le débiteur dénué de bonne foi n'est-il pas celui qui s'endette en sachant ne pas pouvoir payer, très souvent pour jouir d'un train de vie hors de proportion avec ses ressources prévisibles, tandis qu'est de bonne foi celui qui a contracté avec sincérité et a agi avec l'intention d'exécuter son contrat mais qui, lors du processus de surendettement, se trouvait dans l'ignorance de la difficulté qu'il aurait de respecter ses engagements ?* »¹⁶⁰⁵

Cette définition de la « bonne foi contractuelle » se transpose difficilement à

1601 V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *op. cit.*, n° 108, p. 80.

1602 Paris, 8^e ch. A, 10 avr. 1991 : *JurisData* n° 1991-21283.

1603 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 29.

1604 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *op. cit.*, n° 113.111, p. 53.

1605 V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *op. cit.*, n° 112, p. 82.

La caution dirigeante débitrice surendettée. En effet, lorsque la caution dirigeante contracte un cautionnement, elle accepte de garantir un crédit accordé à sa société. Elle ne s'engage pas afin d'acquérir un *niveau de vie supérieur* à celui auquel elle peut prétendre – du moins pas directement –, ni de *jouir d'un train de vie* hors de proportion avec ses ressources prévisibles ou d'opérer des « *dépenses superflues ou somptuaires* »¹⁶⁰⁶. Elle s'engage subsidiairement afin que sa société bénéficie du crédit sollicité pour son bon fonctionnement, pour un investissement ou encore pour son sauvetage. Le dirigeant contracte le cautionnement parce que celui-ci est la condition *sine qua non* à l'octroi d'un crédit à son entreprise, le plus souvent en n'ignorant pas la difficulté qu'il aura à respecter ses engagements. Il n'a pas l'intention de frauder les droits du créancier, il répond seulement à une sujétion légitime dans le monde des affaires. Par ailleurs, même si le créancier prétendait qu'un dirigeant a fait preuve de mauvaise foi en cautionnant un crédit qui lui permettait d'acquérir un niveau de vie supérieur à celui auquel il pouvait prétendre selon les ressources dont il disposait¹⁶⁰⁷, celui-ci se verrait certainement reprocher la violation du principe de proportionnalité.

Dès lors, la mauvaise foi contractuelle de la caution dirigeante semble particulièrement difficile à établir et ne serait finalement caractérisée que par les fausses déclarations que celle-ci pourrait faire à propos de son patrimoine personnel au moment de la souscription du crédit par sa société et de la signature du contrat de cautionnement. En effet, lorsqu'un créancier subordonne l'octroi d'un crédit à une société à l'engagement personnel de son dirigeant, il prend normalement en compte l'importance du patrimoine personnel de la caution dirigeante parce qu'il n'a aucun intérêt à se constituer un garant plus insolvable que le débiteur principal¹⁶⁰⁸ ! Or, si la caution

1606 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *op. cit.*, n° 113.121, p. 53.

1607 Paris, 8^e ch. A, 10 avr. 1991 : *JurisData* n° 1991-21283.

1608 En pratique, il arrive cependant que certains cautionnements soient conclus sans que les créanciers ne se soient préalablement assurés de la solvabilité des cautions. De telles pratiques sont de plus en plus rares dans le secteur bancaire en raison du renforcement des processus de décision d'octroi des crédits aux entreprises (dans un contexte de crise économique, l'attribution de tels prêts est en effet généralement soumise à une analyse financière précise et à l'accord du comité de crédit ou du comité des engagements de l'établissement). En revanche, dans le cadre de certains autres cautionnements, notamment de ceux garantissant des contrats de fourniture de marchandises, la solvabilité des cautions est très rarement appréciée lors de la conclusion de la sûreté. Les créanciers signataires du cautionnement (au mieux les chefs d'agence, au pire les commerciaux) exigent de telles garanties uniquement pour répondre à une exigence de forme et satisfaire les demandes de leur hiérarchie. La solvabilité de la caution ne sera ainsi appréciée que lorsque celle-ci sera appelée en paiement. À cette occasion seulement, les personnes ou les sociétés chargées du recouvrement de ces créances feront procéder à une enquête sur le patrimoine de la caution (de telles enquêtes civiles représentent un coût moyen de 400 € HT pour une recherche et analyse complète de la situation et de la solvabilité d'une personne physique).

dirigeante dissimule au créancier la réalité de son patrimoine afin d'obtenir un crédit pour sa société, il semble possible d'établir une mauvaise foi contractuelle à son encontre.

À l'égard d'une caution dirigeante, la mauvaise foi contractuelle serait dès lors circonscrite à la notion de dol, voire effectivement au délit pénal de filouterie.

428. – La mauvaise foi procédurale de la caution dirigeante. La bonne foi procédurale – qui s'apprécie à l'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement ou d'une procédure de rétablissement personnel – impose au débiteur d'être « *sincère dans sa volonté de trouver une issue conforme à l'esprit de la loi, au moment où il saisit la commission de surendettement ou lorsqu'il sollicite du juge une mesure de rétablissement personnel* »¹⁶⁰⁹. *A contrario*, la mauvaise foi procédurale pourrait être assimilée à « *la notion de dol civil dans la formation des actes juridiques telle qu'elle est actuellement conçue en jurisprudence. (...) Le débiteur de mauvaise foi serait alors celui qui ment ou dissimule un fait qui, s'il avait été connu de la commission ou du juge, les aurait conduit à déclarer irrecevable la demande ou à modifier l'économie des mesures de désendettement* »¹⁶¹⁰.

La caution dirigeante ferait ainsi preuve de mauvaise foi procédurale lorsqu'elle accomplirait délibérément¹⁶¹¹ l'un des actes énumérés à l'article L. 332-2 du Code de la consommation, autrement dit, lorsqu'elle ferait de fausses déclarations ou remettrait des documents inexacts en vue d'obtenir le bénéfice des procédures de surendettement, détournerait ou dissimulerait tout ou partie de ses biens personnels, aggraverait son endettement par la souscription de nouveaux emprunts (ou cautionnements ?) ou encore signerait des actes de disposition sur son patrimoine pendant l'exécution du plan ou le déroulement de la procédure sans l'accord des créanciers ou du juge¹⁶¹².

La mauvaise foi procédurale de la caution dirigeante serait ainsi caractérisée, comme pour n'importe quel autre débiteur surendetté, par l'absence de

1609 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 34-35.

1610 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *Surendettement des particuliers*, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012, n° 113.102, p. 52.

1611 La simple négligence n'est pas sanctionnée par la Cour de cassation (Cass. 2^e civ., 20 oct. 2005, n° 04-04.139 : *Bull. civ.* II, n° 270).

1612 V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, 2^e éd., coll. Droit & professionnels, Paris, LexisNexis, 2012, n° 116, p. 84.

sincérité lorsqu'elle saisit la commission de surendettement ou sollicite du juge une mesure de rétablissement personnel¹⁶¹³. Dit autrement, lorsqu'elle n'a pas réellement la volonté de trouver une issue conforme à l'esprit du droit du surendettement mais qu'elle a uniquement l'intention dolosive d'échapper à son engagement de caution et de priver frauduleusement le créancier de ses droits en bénéficiant d'une procédure de traitement des situations de surendettement ou de rétablissement personnel.

429. – Une appréciation *in concreto* de la bonne foi de la caution dirigeante. Un arrêt rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 31 mars 2011 offrit une méthode concrète d'appréciation de la « bonne foi » des cautions dirigeantes, entérinant par la même la conception mixte de cette notion en droit du surendettement.

Dans les faits, les ressources moyennes mensuelles de la caution s'élevait à 715 euros pour des charges moyennes mensuelles s'élevant à 640 euros (sa capacité de remboursement était donc de 75 euros seulement) tandis que le montant total des cautionnements dépassait le million d'euros. En raison de l'importance de son passif, de la faiblesse de ses capacités de remboursement mensuelles et de l'absence de tout autre actif, la caution dirigeante était dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes.

La mauvaise foi contractuelle de la caution dirigeante aurait pu être retenue dans la mesure où elle s'était (subsidiairement) endettée dans une proportion tellement importante que son incapacité manifeste à rembourser les dettes cautionnées pouvait témoigner d'une intention de frauder les droits du créancier¹⁶¹⁴. Pourtant, le dirigeant faisait valoir deux arguments de poids devant les hauts magistrats. Premièrement, il rappelait, qu'en raison de la solution mixte développée par la Cour de cassation, les juges du fond n'auraient pas dû se contenter d'apprécier sa bonne foi à la date de souscription de ses engagements (soit quinze ans auparavant) mais qu'ils avaient l'obligation d'apprécier sa bonne foi au regard de l'ensemble des éléments qui leur était soumis au jour où ils statuaient. La Cour de cassation valida ce premier argument, réitérant ainsi la mixité attachée à la notion de bonne foi en matière de surendettement des particuliers et la prise en compte conjointe de la bonne foi contractuelle et procédurale (même à l'égard des

1613 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 34-35.

1614 En effet, en l'espèce, la caution avait nécessairement conscience qu'elle ne serait jamais en mesure de rembourser des dettes dépassant le million d'euros avec une capacité mensuelle de remboursement de 75 euros !

cautions dirigeantes). Plus pertinent encore, la caution dirigeante faisait valoir que l'appréciation de la bonne foi contractuelle ne devait pas uniquement se faire au regard du caractère excessif des engagements souscrits mais qu'il convenait également d'observer si elle avait eu l'intention délibérée d'acquiescer un niveau de vie supérieur à celui auquel elle pouvait prétendre selon les ressources dont elle disposait. La Cour de cassation approuva là encore et sans réserve ce raisonnement estimant que « *prive sa décision de base légale, le juge qui retient que le débiteur a souscrit des engagements de caution au profit de trois sociétés pour des montants manifestement excessifs, alors que les circonstances sont impropres à caractériser la mauvaise foi* »¹⁶¹⁵.

Ainsi, il ne suffit pas de constater que les ressources et le patrimoine de la caution dirigeante ne lui permettaient manifestement pas de rembourser les dettes cautionnées (élément objectif), il convient également d'établir son intention délibérée de créer ou d'aggraver l'endettement de sa société en fraude des droits du créancier¹⁶¹⁶(élément subjectif). Dans cet arrêt inédit, la Cour de cassation affirma implicitement mais sûrement que la souscription d'un cautionnement manifestement excessif ne permet pas de caractériser la mauvaise foi du dirigeant endetté et de lui fermer la voie des procédures de désendettement, restreignant ainsi la mauvaise foi de la caution dirigeante aux hypothèses de dol : « *la légèreté, l'insouciance, l'imprudence, même poussées jusqu'à l'inconscience et l'irresponsabilité, ne suffisent donc pas à caractériser la mauvaise foi du débiteur, dès lors qu'aucune manœuvre dolosive ne lui est imputable ; la Cigale de la fable aurait été éligible à la procédure, s'il s'était trouvé des Fourmis prêteuses pour encourager sa nonchalance* »¹⁶¹⁷.

B) L'exigence d'un lien de causalité direct entre la faute intentionnelle du dirigeant et l'endettement de la caution

430. – Une faute intentionnelle en rapport direct avec l'endettement. Si la mauvaise foi ne peut être caractérisée que par l'existence d'une faute intentionnelle, la Cour de cassation estime en sus que cette faute doit être en

1615 Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, n° 09-72.819, inédit : *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 125, note S. Gjidara-Decaix ; *RLDC* 2011/82, n° 4240, p. 35, obs. J.-J. Ansault.

1616 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 29.

1617 G. BIARDEAUD, *Le surendettement*, Fascicule théorique de l'École Nationale de la Magistrature, Paris, Lextenso, 2011, n° 49, p. 21.

rapport direct avec la situation du débiteur : « *la mauvaise foi du débiteur se rapporte soit directement et immédiatement aux conditions de l'endettement, soit aux conditions entourant le dépôt de sa demande ou présidant l'exécution, par lui, de la procédure de désendettement. La solution est par ailleurs opportune. Elle oblige la commission ou le juge à ne prendre exclusivement en compte dans l'appréciation de la condition de bonne foi que les comportements ayant effectivement et directement conduit à une situation de surendettement. Elle évite ainsi de tomber dans l'excès qui consisterait à sanctionner un débiteur pour des faits étrangers à son surendettement et à priver en conséquence sa famille des bienfaits de la procédure de désendettement. De l'exigence d'un rapport direct entre la mauvaise foi du débiteur et son surendettement, la Cour de cassation déduit à juste titre la règle qu'une faute, même intentionnelle, qui n'a qu'un lien de causalité indirect avec l'augmentation du passif, ne doit pas être prise en considération* »¹⁶¹⁸.

Selon la Cour de cassation, la faute intentionnelle du débiteur surendetté n'est pas de nature à l'exclure d'office du bénéfice des procédures de désendettement, encore faut-il que cette faute l'ait directement placé en situation de surendettement. La mauvaise foi d'un débiteur surendetté n'est ainsi caractérisée que par l'établissement d'un lien direct de causalité entre sa faute intentionnelle et sa situation de surendettement, de sorte que la faute intentionnelle commise postérieurement à sa situation de surendettement ne peut être en aucun cas être la cause de la situation de surendettement¹⁶¹⁹.

La Cour de cassation maintient cette exigence même lorsque le débiteur s'est livré à des comportements délictueux¹⁶²⁰ : une condamnation pénale ne peut démontrer, à elle seule, la mauvaise foi du débiteur. Il faut que l'infraction commise et réprimée ait directement causé la situation de surendettement. La nature et l'origine des dettes ne permettant pas de démontrer la mauvaise foi d'un débiteur¹⁶²¹, le comportement délictuel de celui-ci doit avoir directement créé ou aggravé sa situation financière.

431. – Une faute du dirigeant-caution en rapport direct avec l'endettement personnel de la caution dirigeante. La jurisprudence estime

1618 V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *op. cit.*, n° 101, p. 76-77.

1619 Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 90-04.065 : *Bull. civ. I*, n° 106.

1620 Cass. 2^e civ., 22 mars 2012, n° 11-14.280, inédit : *Contrats, conc. consom.* 2012, comm.

191, note G. Raymond.

1621 Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-04.125 : *Bull. civ. II*, n° 385.

qu'un débiteur surendetté est de mauvaise foi lorsque la faute délibérément commise a directement créé ou aggravé sa situation financière¹⁶²². À l'égard d'un débiteur surendetté *lambda*, l'imputation de la faute intentionnelle à la situation de surendettement n'est pas difficile à établir. La Cour de cassation a notamment admis qu'un débiteur, qui s'était sciemment abstenu de déclarer ses revenus pendant trois années consécutives et qui avait été condamné du chef de fraude fiscale, avait commis une faute intentionnelle ayant directement causé son endettement¹⁶²³.

À l'égard des cautions dirigeantes surendettées, ce lien de causalité est plus complexe à établir dans la mesure où la faute intentionnelle commise par un dirigeant n'a pas d'incidence directe sur son patrimoine personnel mais l'affectera indirectement lorsque celui-ci sera appelé en paiement *ès-qualités* de caution. En effet, si les fautes commises par un dirigeant ont une incidence directe sur la situation financière de sa société, les conséquences de cette faute sur son patrimoine personnel n'interviendront que lorsque la société sera déclarée défailante et que le créancier mettra à exécution le cautionnement, contrat qui causera à son tour la situation de surendettement de la caution. Dans pareille hypothèse, doit-on considérer que la caution dirigeante, responsable de la faillite de sa société, est également responsable de sa faillite personnelle ?

Lorsque la situation de surendettement est partiellement ou totalement imputable aux dettes cautionnées, il est tentant de répondre positivement à cette interrogation. En effet, si le dirigeant-caution n'avait pas commis une faute menant sa société à la ruine, le cautionnement n'aurait pas été mis à exécution et la caution ne serait pas ou serait moins endettée. Pourtant, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation apporta une réponse clairement négative estimant, dans un arrêt du 12 avril 2012, que le dirigeant jugé responsable de l'insuffisance d'actif de sa société n'en devenait pas pour autant un débiteur surendetté de mauvaise foi¹⁶²⁴. La Cour de cassation admit ainsi que même si le comportement du dirigeant n'était pas exclusif de toute mauvaise foi, il n'en devenait pas pour autant un débiteur de mauvaise foi au

1622 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *op. cit.*, n° 113.37, p. 47.

1623 Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2002, n° 01-04.137 : *Bull. civ.* I, n° 125.

1624 Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228 : *Bull. civ.* II, n° 77 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 395, note Ph. Roussel-Galle. La commission de surendettement et le juge avaient déclaré irrecevable la demande de traitement de la situation de surendettement au motif que le dirigeant surendetté avait fait l'objet d'une action en comblement de passif en raison de ses fautes de gestion, de sorte que ce dernier avait lui-même intentionnellement causé sa situation de surendettement. La Cour de cassation refusa cette lecture des textes, estimant que les dettes résultant d'une action en comblement de passif n'excluaient pas le bénéfice des mesures de traitement du surendettement.

sens des articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation¹⁶²⁵. Ainsi, même lorsque le dirigeant est condamné, sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce, à combler le passif de sa société bénéficiant d'une liquidation judiciaire (lorsque le tribunal estime que sa faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif), il n'est pas considéré responsable de son endettement personnel.

En poussant ce raisonnement à son paroxysme, il serait même envisageable que le fait de soustraire volontairement sa société à l'impôt en France¹⁶²⁶ ou de détourner l'actif social¹⁶²⁷ ne permette pas d'établir la mauvaise foi de la caution dirigeante surendettée dans la mesure où cette faute, commise par le dirigeant à l'égard de la société, n'a pas de rapport direct avec son endettement personnel. Le dirigeant qui détournerait l'actif de sa société ou augmenterait frauduleusement le passif de celle-ci en la soustrayant volontairement à l'impôt en France¹⁶²⁸ – menant celle-ci à la faillite et poussant le créancier à mettre à exécution le cautionnement (cause d'endettement du dirigeant) – ne serait pas obligatoirement un débiteur de mauvaise foi. En effet, la faute commise à l'égard de la personne morale cautionnée n'est qu'une cause indirecte de l'endettement de la caution personne physique, de sorte que la caution dirigeante ne peut pas être considérée comme un débiteur surendetté de mauvaise foi en raison des fautes intentionnelles (mêmes pénales) commises à l'égard de sa société.

§ 2 : Les conditions d'admission relatives à la situation de la caution dirigeante

432. – Plan. Conformément à l'esprit des textes régissant la matière, pour prétendre bénéficier d'une procédure de désendettement, les cautions dirigeantes ne doivent pas relever des procédures régies par le Livre VI du Code de commerce ou faire preuve de mauvaise foi contractuelle et procédurale. Les développements précédents ont démontré que les cautions dirigeantes ne rencontrent pas de difficultés particulières lorsqu'il s'agit de

1625 A. CERATI-GAUTHIER, « Le gérant personne physique condamné à supporter le passif social est éligible aux procédures de surendettement », *JCP E* 2012, 1338.

1626 Cass. com., 29 avril 2014, n° 13-12.563 : *Bull. civ. IV*, n° 75 ; *Act. proc. coll.* 2014, comm. 179, obs. C. Mascala ; *JCP E* 2014, 1447, obs. Ph. Pétel.

1627 Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-12.790, inédit.

1628 Cass. com., 29 avr. 2014, n° 13-12.563 : *Bull. civ. IV*, n° 75. Le dirigeant qui augmente frauduleusement le passif de sa société en se rendant volontairement coupable de fraude fiscale peut néanmoins être mis en faillite personnelle sur le fondement de l'article L. 653-4, 5° du Code de commerce.

réunir ces deux conditions, la grande majorité des cautions dirigeantes étant délaissées par les procédures commerciales et la notion de « mauvaise foi » étant circonscrites aux hypothèses de délit ayant directement causé leur endettement personnel.

En revanche, il existe une autre condition, une condition dite *objective* qui justifiait autrefois l'exclusion des cautions dirigeantes des dispositifs de désendettement. Une condition qui impose d'apprécier globalement la situation financière du débiteur et d'observer si celui-ci est dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles – lorsqu'il prétend bénéficier d'une procédure de traitement des situations de surendettement – ou dans une situation irrémédiablement compromise – lorsqu'il souhaite bénéficier d'une procédure de rétablissement personnel (I).

Pendant plusieurs années, les cautions dirigeantes ne bénéficiaient pas des procédures de désendettement des particuliers¹⁶²⁹ dans la mesure où le législateur du 1^{er} août 2003 avait expressément exclu les dirigeants de droit ou de fait de ces dispositifs. Cependant, avec la réforme du 4 août 2008, le législateur supprima la référence au dirigeant de droit ou de fait, de façon à ce que les cautions dirigeantes se trouvant dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de leurs dettes non professionnelles ou étant dans une situation irrémédiablement compromise puissent désormais bénéficier des procédures de désendettement des particuliers¹⁶³⁰ (II).

I – Une appréciation globale de l'endettement des particuliers

433. – La méthode d'appréciation de l'état d'endettement. L'article L. 330-1 du Code de la consommation prescrit une « *approche globale* »¹⁶³¹ consistant à comparer l'actif et le passif composant le patrimoine du débiteur. Un débiteur peut solliciter l'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement lorsqu'il se trouve dans « *l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes* ». Cette impossibilité est caractérisée lorsque « *la charge globale de remboursement échue et non*

1629 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 394, p. 128.

1630 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 253, p. 180.

1631 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, « Surendettement des particuliers », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2013, n° 41.

*échue excède les capacités de remboursement du débiteur »*¹⁶³². Ainsi, un débiteur est en situation de surendettement au sens de l'article L. 330-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation lorsque le montant total de ses dettes dépasse de plus d'un tiers le montant total de ses ressources et de son patrimoine. Doctrine et jurisprudence reconnaissent d'ailleurs unanimement que *« l'usage reconnu et pratiqué par tout système bancaire en matière de prêt aux particuliers, selon lequel l'endettement ne doit pas dépasser le tiers des ressources de l'emprunteur »*¹⁶³³ est utilement transposable au droit du surendettement des particuliers.

En revanche, le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel ne doit pas simplement être dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes. Conformément à l'alinéa 3 de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, le débiteur doit être *« dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement visées à l'alinéa précédent »*. Les procédures de rétablissement personnel ne sont ainsi envisageables, qu'à titre subsidiaire, si la mise en oeuvre une procédure de traitement des situations de surendettement s'avère impossible et *« s'il n'existe aucun autre moyen d'apurer le passif du débiteur dans les délais légaux, ni d'assurer le redressement du débiteur. En d'autres termes, l'article L. 330-1, alinéa 3, dispose que les mesures de traitement envisageables au titre de la procédure amiable, du plan imposé ou de la procédure de recommandation ne doivent pas être suffisantes pour mettre un terme définitif, dans le délai de huit ans à la situation d'endettement du débiteur, y compris en les combinant. Le débiteur ne doit pas pouvoir rembourser la moindre somme d'argent ; il doit n'avoir aucune capacité de remboursement, d'où la situation irrémédiablement compromise »*¹⁶³⁴.

Pour évaluer le taux d'endettement du débiteur et/ou le caractère irrémédiablement compromis de sa situation, l'ensemble de ses ressources (salaires, allocations¹⁶³⁵, pensions¹⁶³⁶, rentes, revenus fonciers, etc.) – sans

1632 Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1993, n° 91-04.136 : *Bull. civ. I*, n° 18 ; *RTD com.* 1993, p. 370, obs. G. Paisant.

1633 Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, n° 93-16.822, inédit : *RD bancaire et bourse* 1996, n° 54, p. 52.

1634 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 132.

1635 Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2002, n° 01-04.038 : *Bull. civ. I*, n° 57 (pour les allocations familiales) – Cass. 2^e civ., 6 mai 2004, n° 03-04.027 : *Bull. civ. II*, n° 221 (pour l'allocation aux adultes handicapés).

1636 Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-04.115 : *Bull. civ. II*, n° 383 (pour la pension de veuve de guerre).

qu'il y ait lieu de s'attacher à leur caractère impossible¹⁶³⁷ – ainsi que ses biens meubles¹⁶³⁸ et immeubles¹⁶³⁹ réalisables sont pris en considération¹⁶⁴⁰ et sont comparés avec l'ensemble des dettes dont il est redevable (dettes contractuelles, fiscales ou encore parafiscales¹⁶⁴¹), pourvu que celles-ci ne soient pas de nature professionnelle. Par ailleurs, toutes les dettes du débiteur sont prises en considération, qu'elles soient exigibles ou à échoir, de sorte qu'une procédure de traitement des situations de surendettement peut être envisagée à titre préventif sans avoir à attendre la déchéance du terme¹⁶⁴² lorsque les éléments existants lors de l'examen de la demande révèlent un risque prévisible et imminent de surendettement¹⁶⁴³.

434. – L'exclusion expresse des « dettes professionnelles » pour l'appréciation de l'état d'endettement. L'article L. 330-1 du Code de la consommation exclut en revanche expressément les dettes professionnelles

1637 Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1992, n° 91-04.008 : *Bull. civ. I*, n° 57 : *D.* 1992, p. 136 ; *RTD com.* 1992, p. 455, note G. Paisant.

1638 Notamment « *les véhicules, meubles, objets en tout genre, utilitaires ou non* » (V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *Surendettement des particuliers*, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012, n° 114.31, p. 60).

1639 N'est pas considéré « surendetté » au sens de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, le débiteur possédant un bien immobilier dont la vente permettrait de solder ses dettes tout en conservant un capital lui permettant de se reloger dans des conditions moins onéreuses (V. Paris, 13 mars 2007 : *JurisData* n° 2007-332014 – Douai, 22 mars 2007 : *JurisData* n° 2007-332429). Cependant, en vertu de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} juillet 2010, « *le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenue comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée* ». En d'autres termes, si la valeur vénale de la résidence principale ne permet pas au débiteur d'apurer ses dettes et d'assurer le coût de son logement, le débiteur est éligible à une procédure de traitement du surendettement des particuliers (Cass. 2^e civ., 10 mars 2005, n° 03-04.196 : *Bull. civ. II*, n° 67). L'article L. 330-1 du Code de la consommation, modifié par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, précise désormais expressément que « *le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée* ».

1640 L'actif liquidable est ainsi constitué par l'ensemble des biens appartenant à la caution dirigeante. Il est cependant également opportun de s'interroger sur le sort d'un dirigeant commun en biens. Les biens de la communauté composent-ils cet actif liquidable ? Selon le Professeur Hervé Lécuyer, « *C'est, sans nul doute dans les solutions dégagées dans le droit des procédures collectives qu'il faudra puiser pour décider de placer sous procédure, mais contre la lettre du Code de la consommation, les biens communs. Décider le contraire serait consacrer une spoliation inacceptable des créanciers.* » (H. LÉCUYER, « Le rétablissement personnel et le couple », *Contrats. conc. consom.* 2005, comm. 14). À l'égard d'une caution dirigeante, il conviendra toutefois également de se référer à l'article 1415 du Code civil disposant que « *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* ».

1641 Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, l'Administration fiscale et les organismes de Sécurité sociale ne bénéficient plus d'un régime dérogatoire et les créances dues à leur égard sont donc susceptibles d'être rééchelonnées « *dans les mêmes conditions que les autres dettes* » (C. consom., art. L. 331-7).

1642 TI Longjumeau, 11 oct. 1990 : *D.* 1991, p. 52, obs. B. Boulloc et P.-L. Chatain.

1643 Toulouse, 2^e ch., 29 oct. 1990 : *JurisData* n° 1990-047111 (*a contrario*).

du bénéfice des procédures de traitement des situations de surendettement et de rétablissement personnel : « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* ».

La difficulté consiste à définir ce qu'il faut entendre par dettes professionnelles¹⁶⁴⁴. Selon une circulaire en date du 24 mars 1999, les dettes professionnelles sont celles ayant un « *rapport direct ou indirect avec l'activité économique exercée par le débiteur* »¹⁶⁴⁵, telles que celles dues à un organisme de sécurité sociale au titre de l'exercice de son activité professionnelle¹⁶⁴⁶. La jurisprudence estima de son côté que les dettes professionnelles sont toutes les « *dettes nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle* »¹⁶⁴⁷.

Ainsi, seules les dettes non professionnelles, c'est-à-dire celles n'ayant pas de lien direct ou indirect avec l'activité professionnelle ou économique exercée par le débiteur doivent être prises en considération pour apprécier l'état d'endettement et pour calculer le taux d'endettement de celui-ci. Il convient immédiatement de préciser que l'exclusion des dettes professionnelles ne vaut qu'au stade de la recevabilité de la demande et que le caractère professionnel d'une dette n'est pas exclusif de l'application des procédures de traitement de situations de surendettement prévues par le Code de la consommation¹⁶⁴⁸. Ainsi, lorsque les dettes non professionnelles placent, à elles seules, le débiteur dans l'impossibilité manifeste de faire face à son passif, l'ensemble de ses dettes bénéficieront des mesures de rééchelonnement, y celles professionnelles¹⁶⁴⁹ ! En revanche, conformément à

1644 J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, 1^e éd., coll. Cours Montchrestien, Paris, Lextenso, 2009, n° 397, p. 426.

1645 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, « Surendettement des particuliers », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2013, n° 44.

1646 Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-20.980 : *Bull. civ. II*, n° 374 (à propos des dettes dues à la Caisse autonome et de prévoyance des infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, orthophonistes et orthoptistes).

1647 Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004, n° 03-04.013 : *Bull. civ. II*, n° 190 : *D.* 2004, p. 1383, obs. C. Rondey ; *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 166, note G. Raymond ; *RTD com.* 2004, p. 820, obs. G. Paisant ; *RDC* 2004, p. 953, obs. M. Bruschi.

1648 À l'inverse, certaines dettes non professionnelles – telles que les dettes alimentaires ou pénales – sont prises en compte dans l'évaluation du surendettement même si elles ne peuvent pas faire l'objet de mesures de traitement du surendettement (Cass. 2^e civ., 22 mars 2006, n° 04-04.124 : *Bull. civ. II*, n° 88 ; *D.* 2006, p. 1368, obs. C. Rondey ; *RTD com.* 2006, p. 678, obs. G. Paisant ; *JCP* 2006, IV 1912 ; *Dr. et patr.* 2007, n° 160, p. 90, obs. F. Macorig-Venier).

1649 Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-04.052 : *Bull. civ. II*, n° 373 ; *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. 83, note G. Raymond ; *D.* 2007, p. 370, obs. C. Rondey ; *JCP* 2007, II 10036, note F. Marmoz ; *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 120, obs. S. Piedelièvre ; *Dr. et patr.* 2007, n° 160, p. 92, obs. F. Macorig-Venier.

la lettre des articles L. 332-5 et suivants du Code de la consommation¹⁶⁵⁰, les dettes professionnelles ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'effacement dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel.

II – Une appréciation concrète de l'endettement des cautions dirigeantes

435. – Les dettes cautionnées par les dirigeants, des dettes autrefois professionnelles. Tandis que le législateur du 1^{er} août 2003 avait envisagé la situation des cautions surendettées dans le cadre des procédures de traitement des situations de surendettement en modifiant l'article L. 330-1 du Code de la consommation – pour y inclure les débiteurs ayant cautionné ou acquitté solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société –, il avait expressément exclu les cautions dirigeantes de droit ou de fait de ce dispositif. L'ancienne rédaction de cet article prévoyait en effet que « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci* ». L'exclusion légale des cautions dirigeantes (de droit ou de fait) imposait dès lors de se demander si les dettes cautionnées par le dirigeant étaient ou non de nature professionnelle afin de savoir si elles pouvaient être prises en considération dans l'appréciation de l'état d'endettement du dirigeant.

Selon la Cour de cassation, dès l'instant où le cautionnement était destiné à permettre l'activité d'une société à laquelle la caution était personnellement intéressée, les dettes issues du contrat de cautionnement revêtaient un caractère professionnel en ce qu'elles avaient été souscrites pour les besoins ou à l'occasion de son activité professionnelle¹⁶⁵¹ ; tel était bien évidemment le cas des cautions dirigeantes¹⁶⁵².

¹⁶⁵⁰ Douai, 2 mars 2006, n° 05/06985.

¹⁶⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 91-04.028 : *Bull. civ. I*, n° 107 ; *D.* 1992, p. 406, obs. E. Fortis.

¹⁶⁵² Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-18.500, inédit : *D.* 2010, p. 790, obs. H. Aubry ; *RTD com.* 2010, p. 436, obs. G. Paisant ; *LEDC* 2010, n° 1, p. 6, note N. Sauphanor-Brouillaud – Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 99-04.058 : *Bull. civ. I*, n° 285 ; *JCP G* 2001, IV 1010 : « *Mais attendu que le juge de l'exécution a retenu que M. X... s'est porté caution de la société anonyme dont il était le dirigeant ; qu'ayant ainsi fait apparaître, par ces seuls motifs, que la dette née de cet engagement avait été contractée pour les besoins ou à*

Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 4 août 2008, le caractère professionnel de la dette ne s'appréciait donc pas au regard de la nature de la dette principale mais simplement au regard de la qualité de celui qui l'avait souscrite¹⁶⁵³. Pour preuve, lorsque le cautionnement était souscrit plusieurs mois après que le dirigeant ait cessé d'exercer ses fonctions, la Cour de cassation estimait qu'il ne s'agissait plus de dettes professionnelles au sens de l'article L. 330-1 du Code de la consommation¹⁶⁵⁴ alors que l'ancien dirigeant était toujours associé dans la société cautionnée, conservant ainsi un intérêt personnel à la bonne marche de ses affaires !

Ainsi, seules les cautions dirigeantes encore en fonction au jour de la conclusion du contrat de cautionnement étaient exclues des dispositifs de désendettement. *« Cet état du droit antérieur était sévère pour les dirigeants de société, qui n'étaient plus passibles ni des procédures collectives du droit commercial, ni de celles prévues en cas de surendettement, à moins bien sûr que d'autres dettes, non professionnelles, leur permettent de mettre en oeuvre ces dernières. »*¹⁶⁵⁵

436. – La singularité des dettes cautionnées par un dirigeant. Depuis la réforme du 4 août 2008, la situation de surendettement peut être caractérisée par *« l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »*. La référence au *« dirigeant en droit ou en fait »* ayant été supprimée par le législateur du 4 août 2008, les cautions dirigeantes ne sont désormais plus expressément exclues des procédures de traitement du surendettement¹⁶⁵⁶. De même, l'article L. 332-9 du Code de la consommation prévoit désormais expressément que la clôture de la procédure de rétablissement personnel pour insuffisance d'actif entraîne *« aussi »* l'effacement de la dette résultant

l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur, le juge de l'exécution a justifié légalement sa décision. »

V. également : Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 90-04.024 : *Bull. civ. I*, n° 111 ; *D.* 1992, p. 317, note G. Paisant ; *RTD civ.* 1992, p. 457, note G. Paisant.

1653 J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, 1^e éd., coll. Cours Montchrestien, Paris, Lextenso, 2009, n° 397, p. 426-427.

1654 Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-18.500, inédit : *D.* 2010, p. 790, obs. H. Aubry ; *RTD com.* 2010, p. 436, obs. G. Paisant ; *LEDC* 2010, n° 1, p. 6, note N. Sauphanor-Brouillaud.

1655 J.-J. ANSAULT, « Traitement du surendettement : l'engagement de la caution est-il une dette professionnelle ? » *RLDC* 2010/71, n° 3809, p. 36.

1656 L'extension du domaine du surendettement des particuliers aux cautions dirigeantes, par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, est d'application immédiate pour les situations contractuelles non encore définitivement réglées (Cass. 2^e civ., 2 déc. 2010, n° 09-67.503, inédit : *Les Petites Affiches*, 29 juin 2011, n° 128, p. 20, note S. Brena).

de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

Ces articles ayant été retouchés à plusieurs reprises depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, on peut comprendre qu'une certaine confusion ait pu régner dans les prétoires et qu'il n'était pas facile d'admettre que le dirigeant puisse désormais se prévaloir de dettes autrefois exclues des procédures de désendettement en raison de leur caractère professionnel. Quelle position devait ainsi être retenue par la jurisprudence et à quelle interprétation des textes devait-elle se livrer ?

*« Le texte ne distinguant plus selon que ce cautionnement est donné par un dirigeant de la société débitrice ou pas, le juge ne peut pas discriminer entre ces deux situations. Quant aux personnes (...), pour quelle raison le législateur aurait-il levé l'obstacle à l'accès au droit du surendettement par les dirigeants cautionnant les dettes de leur société si ces derniers en étaient de toute manière exclus en tant que professionnels indépendants ? Une jurisprudence contraire aurait privé de toute utilité, sinon de sens, la modification législative intervenue. »*¹⁶⁵⁷

Se conformant à la volonté du législateur de 2008, la deuxième Chambre civile¹⁶⁵⁸ ainsi que la Chambre commerciale¹⁶⁵⁹ de la Cour de cassation s'accordèrent pour dire que la caution dirigeante d'une société, ne relevant pas du régime des procédures collectives, peut bénéficier dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers. La deuxième Chambre civiliste entérina cette position dans un arrêt en date du 27 septembre 2012, affirmant sans équivoque que « l'article L. 330-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, prévoit que caractérise une situation de surendettement l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner la dette d'une société, qu'elle en ait été ou non la dirigeante »¹⁶⁶⁰. Le dispositif prévu à l'article L. 330-1 du Code de la consommation s'applique donc sans aucun doute à toutes les personnes physiques qui se sont portées caution des dettes de leur entreprise (même si ces dettes ont un rapport avec l'activité économique exercée par le débiteur).

1657 S. BRENA, « Application dans le temps de l'extension du domaine du surendettement à la caution dirigeante de société », *Les Petites Affiches*, 29 juin 2011, n° 128, p. 20.

1658 Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984 : *Bull. civ.* II, n° 20.

1659 Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998 : *Bull. civ.* IV, n° 191.

1660 Cass. 2^e civ., 27 sept. 2012, n° 11-23.285, inédit.

Ainsi, il ressort des articles L. 330-1 et L. 332-9 du Code de la consommation, dans leur rédaction issue de la loi du 4 août 2008, et de la jurisprudence construite à partir de ces dispositions, que les dettes personnellement dues par un dirigeant en exécution du cautionnement consenti pour sa société n'entrent pas dans la dichotomie *dettes professionnelles / dettes non professionnelles*. Conformément à la structure du premier alinéa de l'article L. 330-1, du second alinéa de l'article L. 332-9 du Code de la consommation (ainsi qu'à l'ajout du mot « aussi » dans cette dernière disposition), il existe ainsi désormais deux catégories de dettes à prendre en compte pour apprécier l'état d'endettement du dirigeant : une catégorie générale regroupant l'ensemble des dettes non professionnelles et une catégorie spécifique regroupant les dettes résultant d'un engagement de cautionner, peu importe leur caractère professionnel ou non professionnel. La caution dirigeante, comme n'importe quelle autre caution peut donc se prévaloir de l'ensemble de ces dettes pour bénéficier d'une mesure de traitement des situations de surendettement et peut également bénéficier de l'effacement des dettes issues du cautionnement dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel.

« On voit que les temps sont bien à la protection des cautions même directement intéressées à la bonne marche de l'entreprise garantie »¹⁶⁶¹.

437. – Les dettes dues par un dirigeant condamné à combler le passif social. Supposons à présent que la caution dirigeante soit condamnée, en sus du paiement des dettes cautionnées, à combler le passif de sa société à l'égard des autres créanciers (non munis sûretés) ou même à l'égard des créanciers bénéficiaires d'un cautionnement pour la partie de la dette non couverte par la garantie.

S'il est désormais acquis que seules la confusion des patrimoines et la fictivité de la société permettent d'engager la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif, la qualification des dettes résultant de cette condamnation du dirigeant n'est pas forcément acquise. S'agit-il de dettes professionnelles exclues du dispositif du surendettement des particuliers pour le calcul du taux d'endettement et pour l'effacement des dettes (dans le cadre d'un rétablissement personnel) ou font-elles au contraire partie de l'ensemble de dettes non professionnelles du débiteur ?

¹⁶⁶¹ G. PAISANT, « Du caractère professionnel ou non d'une dette contractée en qualité de caution », *RTD com.* 2010, n° 2, p. 436.

« En supposant que les fonctions du gérant correspondent à son activité professionnelle, on conviendra que la condamnation au paiement du passif est bien née au titre de cette activité. Titulaire de cette dette professionnelle, le gérant continue-t-il de pouvoir prétendre aux procédures de surendettement ? Il est de jurisprudence constante que si "les dettes professionnelles ne doivent pas être prises en considération pour apprécier la situation de surendettement qui se caractérise par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir, leur existence n'exclut pas du bénéfice de la procédure le débiteur". »¹⁶⁶²

Dans un arrêt rendu le 12 avril 2012¹⁶⁶³, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation consacra cette position, affirmant qu'à la différence d'une extension de procédure collective au dirigeant, l'action en comblement de passif dont ce dernier peut faire l'objet ne le rend pas inéligible à la procédure de traitement du surendettement des particuliers.

Pour bénéficier des dispositions du Code de la consommation, celui-ci devra simplement prouver que les dettes non professionnelles et/ou les dettes cautionnées au bénéfice de sa société l'ont placé dans une situation de surendettement, sans qu'il puisse être tenu compte des dettes résultant de sa condamnation à payer du passif social, s'agissant bel et bien de dettes professionnelles.

La qualification de « dettes professionnelles » étant retenue pour les sommes dues par le dirigeant dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, il convient également de préciser que celles-ci ne pourront pas faire l'objet d'une mesure d'effacement dans le cadre d'un rétablissement personnel¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶² A. CERATI-GAUTHIER, « Le gérant personne physique condamné à supporter le passif social est éligible aux procédures de surendettement », *JCP E* 2012, 1338.

¹⁶⁶³ Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228 : *Bull. civ.* II, n° 77 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 395, note Ph. Roussel-Galle.

¹⁶⁶⁴ Ce bénéfice est réservé, selon l'article L. 332-9 du Code de la consommation, aux seules dettes non professionnelles du débiteur (à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé), ainsi qu'aux dettes résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

Section 2. Le traitement des situations de surendettement des cautions dirigeantes

438. – Plan. « *Les procédures de désendettement se superposent et s'entrecroisent sans jamais vraiment disparaître : règlement conventionnel, décisions de la commission de surendettement, mesures homologuées ordinaires ou extraordinaires, rétablissement personnel avec ou sans liquidation...* »¹⁶⁶⁵

Le choix de la procédure de désendettement la plus pertinente pour remédier à la situation d'un débiteur revient, dans un premier temps, à la commission de surendettement. Celle-ci doit s'interroger sur la nécessité de mettre en place une procédure de traitement, débutant obligatoirement par une phase amiable et tendant à l'adoption d'un plan entre le débiteur et ses principaux créanciers. Si le plan de redressement est adopté durant cette phase de conciliation, la convention conclue entre le débiteur et ses principaux créanciers sera appelée *plan conventionnel de redressement*¹⁶⁶⁶. Ce n'est qu'en cas d'échec de cette tentative amiable qu'un plan de redressement sera adoptée par la voie de mesures imposées et/ou recommandées par la commission du surendettement (§1).

Si la situation du débiteur est si irrémédiablement compromise qu'il est impossible d'apurer la totalité de son passif en adoptant un plan de redressement sur huit années, la nécessité d'ouvrir une procédure de rétablissement personnel, avec ou sans liquidation judiciaire, sera alors évoquée.¹⁶⁶⁷ « *La loi ne vise plus seulement à traiter la situation de surendettement mais bien à apurer le passif des débiteurs en leur donnant ainsi une deuxième chance (fresh start). Malgré des démarrages difficiles,*

1665 G. HENAFF, Appel à communication : « Les procédures de surendettement des particuliers, 10 ans après la loi sur le rétablissement personnel », Colloque de Rennes, 12-13 sept. 2013, Centre Interdisciplinaire d'Analyse des Processus Humains et Sociaux, Université Rennes 2.

1666 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *Surendettement des particuliers*, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012, n° 24, p. 163.

1667 Quelle que soit la procédure de désendettement envisagée – traitement des situations de surendettement ou rétablissement personnel –, il convient de préciser qu'à compter de la décision déclarant la recevabilité de la demande et durant toute la phase d'instruction du dossier, les procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur sont suspendues et la mise en oeuvre de nouvelles procédures à l'encontre de celui-ci est interdite depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 2010. En sa qualité de débiteur surendetté, la caution dirigeante bénéficie donc, conformément à l'article L. 331-3-1 du Code de la consommation, d'un répit pouvant durer jusqu'à une année lorsqu'elle sollicite l'ouverture d'une procédure de désendettement.

près d'un tiers des dossiers sont aujourd'hui orientés vers une procédure de rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire. »¹⁶⁶⁸ (§2).

§ 1 : L'application des procédures de redressement aux cautions dirigeantes

439. – Plan. Dans le cadre d'une procédure de traitement des situations de surendettement, le plan de redressement adopté au bénéfice d'une caution dirigeante endettée peut, soit reposer sur une liberté contractuelle encadrée, soit résulter d'une atteinte à la force obligatoire des contrats par la commission de surendettement ou par le juge.

Dans le cadre d'un *plan conventionnel de redressement*, le débiteur surendetté et ses principaux créanciers négocient ensemble les nouvelles modalités d'exécution des contrats « *sous l'égide de la la commission de surendettement. Cet accord remet de l'ordre dans les dettes préexistantes et permet de préciser les nouvelles modalités d'exécution des dettes communes* »¹⁶⁶⁹. Dans le cadre d'un *plan imposé* ou d'un *plan recommandé* – c'est-à-dire en cas d'échec de la procédure amiable – la commission de surendettement dispose d'un pouvoir de contrainte à l'égard des parties, principalement à l'égard des créanciers. À ce titre, elle peut leur imposer toutes les mesures qu'elle estime nécessaire pour remédier à la situation du particulier, dès lors que ces mesures entrent dans ses prérogatives propres. En revanche, en raison de leur gravité, la commission de surendettement – organe non juridictionnel – n'a pas le pouvoir de prononcer certaines mesures, telles que l'effacement partiel de dettes. Elle peut alors seulement recommander ces mesures au juge du tribunal d'instance, lui seul ayant le pouvoir de les prononcer (I).

Quelle que soit la nature du plan de redressement adopté au bénéfice d'une caution dirigeante (conventionnel, imposé ou recommandé), « *les textes sur le surendettement ne prévoient pas de principe d'égalité des créanciers dans le cadre de la mise en oeuvre d'un plan, et la Cour de cassation a expressément affirmé que les commissions ne sont pas obligées d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers* »¹⁶⁷⁰. Les principaux créanciers

¹⁶⁶⁸ G. HENAFF, *op. cit.*

¹⁶⁶⁹ Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, « Surendettement des particuliers », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2013, n° 91.

¹⁶⁷⁰ G. BIARDEAUD, Le surendettement, Fascicule théorique de l'École Nationale de la Magistrature, Paris, Lextenso, 2011, n° 105, p. 57 : « *La loi de programmation pour la*

– ceux ayant signé le plan conventionnel de redressement – et les créanciers ayant participé à la procédure sont ainsi contraints de se plier aux nouvelles modalités d'exécution du contrat de cautionnement et de surseoir aux poursuites, tandis que les créanciers non signataires ou les créanciers n'ayant pas participé à la procédure peuvent en principe librement poursuivre le recouvrement de leurs créances¹⁶⁷¹ (II).

I – La détermination des mesures de traitement des situations de surendettement

440. – Le plan conventionnel de redressement. La procédure amiable, aussi appelée phase de conciliation, est régie par l'article L. 331-6 du Code de la consommation. Selon cette disposition, la commission de surendettement a pour mission de concilier le débiteur et ses principaux créanciers, afin que ceux-ci adoptent un plan conventionnel de redressement approuvé par tous. *« Cet accord repose sur la liberté contractuelle des parties qui peuvent choisir, voire inventer des manières d'aménager leurs créances. Toutefois l'importance de la commission dans l'élaboration du plan laisse supposer qu'elle participe amplement à sa rédaction et qu'elle effectue un tri parmi les mesures envisagées par les parties. Cette volonté législative d'encadrer la liberté contractuelle se manifeste également par la présence de mesures expressément préconisées par le Code de la consommation. (...) Le créancier, s'il accepte de telles mesures, se trouve avec une créance affaiblie au regard de celle qu'il avait à l'origine. Mais il sait qu'il est préférable d'être assuré du paiement d'une créance (même diminuée) que de tout perdre ; d'où la participation volontaire des créanciers à la procédure. »*¹⁶⁷²

Le plan conventionnel de redressement – qui ne peut excéder une durée de huit années – est susceptible de comporter des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements, de remise des dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de fusion de dettes (consolidation), de création ou de substitution de garantie. À ce stade de la procédure de traitement du

cohésion sociale du 18 janvier 2005 a même conféré une priorité de règlement aux bailleurs : l'article L. 333-1-1 du Code de la consommation énonce ainsi que dans toutes les procédures de traitement du surendettement, "les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit et des sociétés de financement et aux crédits visés aux articles L. 311-1 et suivants" ».

1671 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 93.

1672 *Ibid.*, n° 88-89.

surendettement, toutes les dettes – sauf celles résultant d'amende pénale (C. consom, art. L. 333-1) – sont susceptibles de figurer dans le plan conventionnel de redressement, s'agissant d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers¹⁶⁷³. En contrepartie de l'acceptation de ces mesures par les créanciers, le débiteur peut s'engager à accomplir certains actes destinés à faciliter ou garantir le paiement de la dette (obligation de faire) ou, au contraire, accepter de ne pas accomplir certains actes qui aggraveraient son insolvabilité (obligation de ne pas faire).

En cas de caducité du plan de redressement – par la faute du débiteur qui n'aurait pas respecté les termes du contrat¹⁶⁷⁴ ou à sa demande lorsque, à la suite d'un fait nouveau, il n'est plus en mesure de respecter les mesures du plan conventionnel¹⁶⁷⁵ –, la commission de surendettement peut être à nouveau saisie par le débiteur afin que celle-ci prononce d'autres mesures ou demande l'ouverture d'un rétablissement personnel conformément aux articles L. 331-7-3 et R. 334-3 *in fine* du Code de la consommation. Enfin, si la phase de conciliation n'a pas permis d'aboutir sur l'adoption d'un plan conventionnel entre le débiteur et ses créanciers, la commission de surendettement dispose d'un pouvoir de contrainte qui lui permet d'imposer des mesures permettant de solutionner la situation du débiteur.

441. – Le plan de redressement imposé. Conformément à l'article L. 331-7 du Code de la consommation, lorsque la mission de conciliation de la commission de surendettement s'est soldée par un échec, le débiteur endetté (mais encore solvable) peut demander à la commission d'imposer aux créanciers des mesures qui n'ont pas pu être adoptées lors de la conciliation¹⁶⁷⁶. Après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations à propos des mesures qu'elle envisage, la commission de surendettement peut imposer le report ou le rééchelonnement du paiement des dettes de toute nature, l'imputation des paiements sur le capital, la réduction ou la suspension des intérêts ou encore la suspension de

¹⁶⁷³ *Ibid.*, n° 86.

¹⁶⁷⁴ La caducité du plan de redressement est automatique après une mise en demeure de respecter le plan restée infructueuse pendant un délai de 15 jours (C. consom., art. R. 334-3).

¹⁶⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1993, n° 92-04.090 : *Bull. civ. I*, n° 200 – Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, n° 93-04.222 : *Bull. civ. I*, n° 318. Constituent notamment des éléments nouveaux justifiant le non-règlement des échéances et permettant de former une nouvelle demande auprès de la commission : le fait de perdre son emploi, de divorcer ou encore de supporter de nouvelles charges. Le débiteur n'est ainsi pas contraint de démontrer un cas de force majeure (Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2000, n° 99-04.042 et 99-04.057 : *Bull. civ. I*, n° 317).

¹⁶⁷⁶ V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *Surendettement des particuliers*, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012, n° 311.09, p. 223.

l'exigibilité des créances (autres qu'alimentaires) pour une durée qui ne peut excéder deux ans.

La commission de surendettement peut également, en vertu de l'article L. 331-7-2 du Code de la consommation, subordonner le plan imposé à l'accomplissement d'actes destinés à faciliter ou à garantir le paiement de la dette par le débiteur. La commission de surendettement choisira la ou les mesures les plus appropriées à l'état d'endettement du débiteur « *au regard de l'instruction qui s'est déroulée durant la phase amiable* »¹⁶⁷⁷, des éléments survenus depuis et du comportement des créanciers durant la conciliation¹⁶⁷⁸. « *La possibilité ainsi donnée à la commission de contraindre le professionnel à se soumettre à des mesures de traitement du surendettement sans attendre l'aval du juge du tribunal d'instance a pour objectif d'accélérer la procédure et de la rendre ainsi plus efficace. C'est en même temps accorder à une autorité administrative de véritables pouvoirs juridictionnels : la commission décide seule de modifier le contrat, portant ainsi atteinte à sa force obligatoire. Dès lors, le législateur a donné de nouveaux pouvoirs à la commission sans toutefois aller trop loin : aucune mesure d'effacement d'une dette, même partiel, ne peut être imposée par la commission.* »¹⁶⁷⁹

En effet, si la commission de surendettement souhaite mettre en oeuvre d'autres mesures que celles limitativement énumérées à l'article L. 331-7-2 du Code de la consommation, notamment l'effacement de dettes au bénéfice du débiteur, celle-ci pourra seulement les proposer au juge.

442. – Le plan de redressement recommandé. À la demande du débiteur, la commission de surendettement peut recommander, par proposition spéciale et motivée, certaines mesures pour régler la situation du débiteur surendetté¹⁶⁸⁰. « *Parmi les recommandations possibles, l'effacement partiel d'une dette du débiteur est une mesure efficace mais qui traduit une véritable atteinte à la force obligatoire du contrat. La commission, organe non juridictionnel, va s'immiscer dans un contrat pour proposer la modification des obligations qui y étaient prévues. Elle ne peut pas, d'elle-*

1677 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 100.

1678 C. consom., art. L. 331-7, al. 3 : « *Pour l'application du présent article, la commission prend en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur.* »

1679 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 102.

1680 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *op. cit.*, n° 311.42, p. 227 : La motivation doit indiquer les éléments de fait (situation familiale et économique du débiteur) qui ont conduit la commission à choisir ces mesures.

même, effacer cette dette puisqu'il s'agit d'une proposition transmise au tribunal d'instance. Néanmoins, le Code de la consommation prévoit un réel pouvoir de révision du contrat dans les mains du juge. Cette possibilité porte atteinte aux principes du droit civil et révèle, une fois encore, le caractère dérogoire du droit de la consommation. C'est la raison pour laquelle une telle mesure doit faire l'objet d'une proposition spéciale et motivée. Auparavant, l'effacement partiel de la dette ne pouvait intervenir que si le moratoire n'avait pas été efficace et donc s'il n'avait pas permis d'apurer l'endettement du débiteur. Mais, depuis la loi du 5 mars 2007, cette mesure peut également être prononcée dès le début de la procédure (en dehors de tout échec du moratoire). La commission peut choisir de combiner l'effacement partiel avec des mesures qu'elle impose si, ensemble, elles sont de nature à effacer l'insolvabilité du débiteur. »¹⁶⁸¹

La loi du 1^{er} août 2003 ayant supprimé l'adjectif « total » à l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation, il convient désormais de dire que l'effacement des créances ne peut désormais s'opérer que de façon partielle dans le cadre d'un plan de redressement. Cependant, certaines juridictions refusent d'apprécier cet « effacement partiel » dette par dette, estimant que la suppression de cet adjectif par le législateur doit s'entendre de l'impossibilité d'effacer l'intégralité des dettes du débiteur mais en aucun cas de l'impossibilité d'effacer totalement certaines créances¹⁶⁸². La cour d'appel de Paris a d'ailleurs estimé que « l'effacement partiel n'est pas défini par la loi mais laissé à l'appréciation du juge »¹⁶⁸³.

II – Les effets des procédures de redressement des cautions dirigeantes

443. – Les effets à l'égard des principaux créanciers et des créanciers ayant participé à la procédure. *« Le plan conventionnel peut être considéré comme un contrat synallagmatique qui impose des obligations aux deux parties »¹⁶⁸⁴. En raison de la force obligatoire attachée à ce contrat, le débiteur endetté et ses principaux créanciers ont l'obligation de respecter les termes du plan de redressement. L'article L. 331-6, I du Code de la*

¹⁶⁸¹ Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 115.

¹⁶⁸² G. BIARDEAUD, *Le surendettement*, Fascicule théorique de l'École Nationale de la Magistrature, Paris, Lextenso, 2011, n° 133, p. 68.

¹⁶⁸³ Paris, 24 mai 2006 : *JurisData* n° 2006-308300.

¹⁶⁸⁴ V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, 2^e éd., coll. Droit & professionnels, Paris, LexisNexis, 2012, n° 431, p. 299.

consommation réserve cependant les effets du plan conventionnel de redressement aux « principaux créanciers ».

*« En permettant la conclusion d'un plan conventionnel sans l'accord de tous les créanciers, le Code entend tarir des risques d'opposition aux plans. (...) La qualification de créancier principal est toutefois malaisée. C'est une qualification de faits. Au moindre doute sur l'importance du créancier, il faut, conformément à l'esprit du texte évoqué à l'instant, regarder ce créancier comme un créancier principal, sauf à risquer la conclusion de conventions vouées à l'échec. Le motif pour lequel la loi évince les créanciers secondaires de la conclusion du plan donne aussi une solution à un problème pratique auquel la lettre de la loi n'apporte pas de solution. Il s'agit des cas où la multiplicité des créanciers secondaires est telle que leurs créances représentent une part non négligeable de l'endettement du débiteur. En ce cas, il nous semble conforme à l'esprit de la loi que la commission s'efforce de faire approuver le plan par une partie de ces créanciers, fussent-ils secondaires, faute de quoi, il lui appartient de dresser un constat d'échec de la négociation. Autrement, la "masse" des petits créanciers risque, par ses poursuites individuelles, faire échouer l'application du plan, de façon aussi certaine qu'un créancier principal pourrait y parvenir. »*¹⁶⁸⁵

Ainsi, suite à l'adoption d'un plan conventionnel de redressement, le débiteur a l'obligation de rembourser ses dettes selon les modalités définies dans le plan et les principaux créanciers signataires s'interdisent d'exercer des poursuites contre le débiteur tant que le plan est respecté¹⁶⁸⁶. Il convient de préciser que les créanciers titulaires d'un cautionnement du dirigeant font en principe partie de la catégorie des « principaux créanciers » au regard des montants généralement cautionnés par les dirigeants au bénéfice de leur société. Dès lors, la réussite d'un plan conventionnel de surendettement est subordonnée à l'accord de ces créanciers. Sans leur accord, la phase de conciliation se soldera par un échec et le plan conventionnel de

¹⁶⁸⁵ *Ibid.* n° 450, p. 310.

¹⁶⁸⁶ Cass. 2° civ., 23 sept. 2004, n° 02-13.856 : *Bull. civ. II*, n° 430 ; *RTD com.* 2004, p. 822, obs. G. Paisant : « En cas de défaillance du débiteur dans l'exécution du plan de redressement judiciaire civil contenant une clause de caducité, les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle sans avoir à saisir au préalable le juge de l'exécution » selon les termes du contrat initialement signé avec le débiteur (Cass. 2° civ., 7 juill. 2005, n° 03-17.535 : *Bull. civ. II*, n° 187). En revanche, en l'absence de texte interdisant une telle action, les principaux créanciers peuvent, pendant l'exécution du plan de redressement, saisir le juge pour obtenir un titre exécutoire dont l'exécution sera différée pendant la durée du plan (Cass. 1° civ., 5 déc. 2000, n° 98-20.656, inédit – Cass. 2° civ., 18 nov. 2004, n° 03-11.936 : *Bull. civ. II*, n° 500).

surendettement voulu par la caution dirigeante endettée ne verra jamais le jour.

Dans le cadre d'un plan de redressement imposé ou recommandé, les mesures imposées et/ou recommandées par la commission et définitivement homologuées par le juge¹⁶⁸⁷ sont opposables à tous les créanciers qui ont participé à la procédure de surendettement. Conformément aux articles L. 331-8 et L. 331-9 du Code de la consommation, les créanciers qui ont participé à la procédure de surendettement sont tous ceux dont l'existence a été signalée par le débiteur ou dont la commission a eu connaissance. Dès lors, ces derniers ne sont plus en mesure d'exercer des procédures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur pendant la durée d'exécution du plan de redressement¹⁶⁸⁸. Cette affirmation reste vraie même si la créance a été écartée de la procédure de surendettement à la suite de la vérification de validité¹⁶⁸⁹. Ainsi, il suffit que la caution dirigeante ait déclaré la créance issue du contrat de cautionnement à la commission de surendettement pour que cette dernière soit en droit d'imposer (ou de faire imposer par le tribunal d'instance) des mesures au créancier bénéficiaire de cette sûreté personnelle.

444. – Les effets à l'égard des créanciers n'ayant pas participé à la procédure. Précisons tout d'abord que tous les créanciers, principaux ou secondaires, participant ou non à la procédure, subissent les conséquences de l'ouverture d'une procédure de désendettement au profit de leur débiteur. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, la décision déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. L'article L. 331-3-1, alinéa 1 du

¹⁶⁸⁷ Lorsque la commission de surendettement recommande l'homologation de mesures au tribunal d'instance, les parties disposent d'un délai de 15 jours pour les contester (C. consom., art. R. 334-7, al. 3). Si aucune contestation n'est formée dans ce délai, le juge vérifiera simplement que les mesures recommandées sont conformes aux dispositions régissant la matière et qu'elles ont été formulées dans le respect de la procédure mais il ne peut ni les modifier, ni les compléter, opérant ainsi un simple contrôle formel (C. consom., art. R. 334-11). En revanche, si une contestation est formée dans le délai légal, le juge retrouve « ses pouvoirs de pleine juridiction » et peut ainsi vérifier que les conditions de fond de la procédure de surendettement sont remplies (C. consom., art. L. 332-2).

¹⁶⁸⁸ Cass. 2^e civ., 4 juin 2009, n° 08-14.416, inédit : *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 31, G. Raymond. En revanche, comme dans le cadre d'un plan conventionnel de redressement, ces créanciers peuvent saisir le juge du fond pour obtenir un titre exécutoire mais l'exécution de celui-ci ne sera possible qu'en cas d'échec de la procédure de recommandation (Cass. 2^e civ., 28 juin. 2006, n° 05-13.619, inédit).

¹⁶⁸⁹ Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.081 : *Bull. civ.* II, n° 384 ; *RTD com.* 2004, p. 821, obs. G. Paisant.

Code de la consommation précise en outre que l'interdiction et la suspension perdurent jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement, jusqu'à la décision imposant les mesures, jusqu'à l'homologation par le juge des mesures recommandées ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire dans la limite d'une année.

Ensuite, lorsqu'un plan conventionnel de redressement est adopté, les mesures obtenues par la voie de la conciliation ne sont opposables qu'aux créanciers ayant accepté de ratifier le plan. *A contrario*, les autres créanciers, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas participé à la conciliation parce qu'ils ne représentent qu'une part négligeable de l'endettement du débiteur et qu'ils n'ont pas signé le plan, conservent leur droit de poursuite individuelle à l'encontre de débiteur surendetté (comme si le plan de surendettement n'existait pas)¹⁶⁹⁰. Une telle solution est de nature à mettre en péril la viabilité du plan conventionnel de redressement dans la mesure où ces petits créanciers peuvent faire échouer l'exécution du plan en exerçant leur droit de poursuite individuelle.

Dans le cadre d'un plan de redressement imposé ou recommandé, il est désormais certain que conformément aux articles L. 331-8 et L. 331-9 du Code de la consommation, les créanciers qui ont participé à la procédure de surendettement – c'est-à-dire tous ceux dont l'existence a été signalée par le débiteur ou dont la commission a eu connaissance – ne sont plus en droit d'exercer des procédures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur pendant la durée d'exécution du plan¹⁶⁹¹ et sont obligatoirement soumis aux mesures imposées ou recommandées par la commission¹⁶⁹².

Par ailleurs, il convient de préciser que l'ouverture d'une procédure de surendettement saisit la commission ou le juge de l'ensemble des dettes du débiteur et qu'en conséquence, ce dernier ne peut pas choisir d'exclure une dette de la procédure afin de payer un créancier par préférence¹⁶⁹³.

1690 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIÈRE, *Surendettement des particuliers*, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012, n° 252.11, p. 207.

1691 Cass. 2^e civ., 4 juin 2009, n° 08-14.416, inédit : *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 31, G. Raymond – Cass. 2^e civ., 28 juin. 2006, n° 05-13.619, inédit.

1692 *A contrario*, les mesures imposées et/ou recommandées par la commission de surendettement et homologuées définitivement par le tribunal d'instance ne sont pas opposables aux créanciers dont l'existence n'aurait pas été signalée par le débiteur. Cependant, cette hypothèse est relativement rare, notamment à l'égard des principaux créanciers – tels que ceux titulaires d'un cautionnement du dirigeant – puisque la caution dirigeante a grandement intérêt à déclarer cette créance lorsqu'elle sollicite une mesure de traitement des situations de surendettement.

1693 Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1993, n° 92-04.102 : *Bull. civ.* I, n° 199 ; *RJDA* 1993, n° 750.

445. – L'obligation de laisser un « reste à vivre » à la caution dirigeante.

Quelque soit l'origine des mesures adoptées dans un plan de redressement (mesures conventionnelles, mesures imposées ou mesures recommandées), le montant des remboursements mis à la charge du débiteur doit lui permettre de continuer à faire face aux dépenses courantes du ménage¹⁶⁹⁴. L'exigence d'un minimum vital étant d'ordre public, le débiteur ne peut y renoncer¹⁶⁹⁵, et le juge et la commission de surendettement doivent, conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 331-2 du Code de la consommation, laisser un « reste à vivre » au débiteur surendetté lorsqu'ils établissent les modalités du plan de redressement.

Ce « reste à vivre » – qui ne peut pas être inférieur au montant forfaitaire du revenu de solidarité active prévu à l'article L. 262-2 du Code de l'action sociale et des familles – constitue une limite importante aux droits des créanciers dans la mesure où le montant des remboursements qu'ils percevront en exécution du plan de redressement sera fixé en tenant compte de ce minimum vital. Depuis 2011, toutes les commissions de surendettement ont d'ailleurs adopté, au niveau national, un « *forfait charges courantes* » commun d'environ 680 € pour un débiteur vivant seul et pouvant aller jusqu'à 1.400 € pour un débiteur ayant quatre personnes à charge dans son foyer¹⁶⁹⁶. Nettement supérieur au montant forfaitaire du revenu de solidarité active, ce « reste à vivre » amoindrit considérablement la capacité de remboursement des débiteurs endettés.

Tous les créanciers, principaux ou secondaires, participant ou non à la procédure, sont donc nécessairement affectés par l'obligation de laisser un « *reste à vivre* » au débiteur surendetté. En effet, les créanciers secondaires et les créanciers ne participant pas à la procédure subissent également l'exigence de laisser un minimum vital à leur débiteur puisque l'assiette dont ils disposent en pratique pour forcer l'exécution des obligations du débiteur sera finalement réduite au reliquat constaté entre ce « *reste à vivre* » et la quotité insaisissable des ressources, ce qui s'avère être une très faible somme¹⁶⁹⁷.

1694 C'est-à-dire aux dépenses relatives au logement, à l'électricité, au gaz, au chauffage, à l'eau, à la nourriture, à la scolarité et la garde de ses enfants, aux déplacements professionnels ainsi qu'aux frais de santé.

1695 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, « Surendettement des particuliers », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2013, n° 84.

1696 G. BIARDEAUD, *Le surendettement*, Fascicule théorique de l'École Nationale de la Magistrature, Paris, Lextenso, 2011, n°102, p. 54.

1697 Les principaux créanciers et les créanciers participant à la procédure subissent, quant à eux, directement l'obligation de laisser un minimum vital au débiteur puisqu'elle détermine la capacité de remboursement mensuelle de celui-ci.

À l'égard d'un créancier bénéficiaire d'un cautionnement du dirigeant, la notion de « reste à vivre » peut même devenir hautement problématique lorsque l'engagement contracté par la caution dirigeante est conséquent (ce qui est souvent le cas au regard des sommes allouées aux entreprises) et que sa capacité de remboursement est si faible (une fois le « reste à vivre » déduit), que la commission ou le juge conclut à l'impossibilité pour la caution endettée de rembourser ce passif dans le délai légal de 8 ans et retient que la situation du débiteur est si irrémédiablement compromise qu'elle permet l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel.

§ 2 : L'application des procédures de rétablissement aux cautions dirigeantes

446. – Plan. Lorsque la situation du débiteur apparaît irrémédiablement compromise, c'est-à-dire lorsque l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement afin d'apurer son passif sur une durée maximale de huit ans est constatée¹⁶⁹⁸, l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel au bénéfice du débiteur est envisagée.

Une telle procédure peut s'ouvrir de trois manières : « *la procédure de rétablissement personnel peut tout d'abord être ouverte ab initio, c'est-à-dire lors de l'examen du dossier présenté par le débiteur devant la commission. Celle-ci appréciant sa situation, considère que dès le début, il apparaît que sa situation est irrémédiablement compromise* »¹⁶⁹⁹. La commission de surendettement recommande alors au juge du tribunal d'instance une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire¹⁷⁰⁰ ou bien saisit, avec l'accord du débiteur, ce même juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire¹⁷⁰¹. Conformément à l'article L. 330-1 du Code de la consommation, une procédure de rétablissement personnel peut également être demandée par le débiteur à l'occasion d'un recours exercé devant le juge du tribunal d'instance pour contester la décision de la commission en matière d'orientation du dossier vers des mesures de traitement¹⁷⁰². Enfin, « *il se peut*

1698 Cass. 2^e civ., 22 mai 2008, n° 07-11.329, inédit : *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 253, note G. Raymond.

1699 J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, 1^e éd., coll. Cours Montchrestien, Paris, Lextenso, 2009, n° 413, p. 455.

1700 C. consom., art. L. 330-1, 1^o.

1701 C. consom., art. L. 330-1, 2^o.

1702 Paris, 9 nov. 2005 : *JurisData* n° 2005-288912 : L'ouverture d'une procédure de

que la situation compromise n'apparaisse pas tout de suite. Le dossier est alors orienté vers des mesures de traitement (plan conventionnel ou recommandations) et c'est lors de leur exécution que la réelle situation du débiteur apparaît. Dans ce cas, il peut demander à la commission de saisir le juge d'une demande de rétablissement personnel. La commission examine alors la situation : si les conditions sont à ce moment là remplies (situation irrémédiablement compromise et bonne foi), alors elle saisit le juge »¹⁷⁰³.

Quelque soit le mode d'ouverture d'un rétablissement personnel, cette décision est fondée sur une appréciation *objective* et *globale* du patrimoine du débiteur : si celui-ci ne détient que des biens insaisissables, un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire sera envisagé. Dans le cas contraire, le débiteur bénéficiera d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire (I).

Selon les chiffres communiqués trimestriellement par la Banque de France, les procédures de rétablissement personnel ont connu de « *timides démarrages* »¹⁷⁰⁴ mais les efforts du législateur, notamment ceux accomplis à l'égard des cautions dirigeantes, permettent aujourd'hui d'affirmer qu'elles représentent la mesure phare du droit du surendettement puisque près d'un tiers des dossiers déposés aux commissions de surendettement sont désormais orientés vers des procédures de rétablissement personnel¹⁷⁰⁵. Par ailleurs, la récente réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives par l'ordonnance du 12 mars 2014 atteste du succès rencontré par les procédures de rétablissement personnel, dans la mesure où le législateur a souhaité introduire une procédure jumelle au

rétablissement personnel peut être décidée par le juge à l'occasion des recours exercés devant lui pour contester les décisions de la commission en matière d'orientation du dossier ou en application des articles L. 331-4 et L. 332-2 du Code de la consommation. L'ancienne rédaction de l'article L. 332-5 du Code de la consommation prévoyait que le débiteur pouvait directement saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel lorsque, au terme d'un délai de neuf mois à compter du dépôt du dossier, la commission n'avait pas décidé de son orientation. Cependant, la loi du 1er juillet 2010 supprima ce mode de saisine directe et, par voie de conséquence, la seule hypothèse dans laquelle le débiteur pouvait directement saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel.

1703 J. JULIEN, *op. cit.*, n° 413, p. 455.

1704 G. HENAFF, Appel à communication : « Les procédures de surendettement des particuliers, 10 ans après la loi sur le rétablissement personnel », Colloque de Rennes, 12-13 sept. 2013, Centre Interdisciplinaire d'Analyse des Processus Humains et Sociaux, Université Rennes 2.

1705 En effet, selon les données d'activité communiquées par la Banque de France pour la période allant de janvier 2009 à décembre 2013 : sur 960.333 dossiers déclarés éligibles aux procédures de désendettement, pas moins de 277.985 dossiers ont été orientés vers les procédures de rétablissement personnel (BANQUE DE FRANCE, « Baromètre du surendettement – 4^e trimestre 2013 », DGAFF – Direction des Particuliers, 2013, p. 1. En 2013, les procédures de rétablissement personnel ont concerné plus de 35 % des dossiers déclarés recevables aux procédures de désendettement).

rétablissement personnel dans le Livre VI du Code du commerce sous le nom de « procédure de rétablissement professionnel » (II).

I – La détermination des procédures de rétablissement personnel

447. – Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Lorsque les ressources ou l'actif réalisable du débiteur ne permettent pas de mettre en oeuvre une procédure de traitement des situations de surendettement – autrement dit, lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise – la commission de surendettement peut, conformément à l'article L. 330-1 du Code de la consommation, recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire¹⁷⁰⁶. Cette forme de rétablissement personnel peut être envisagée, selon le texte précité, uniquement si le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou lorsque l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale. Saisi d'une telle demande et en l'absence de contestation, le juge du tribunal d'instance opère un contrôle restreint : il vérifie simplement le bien-fondé de la mesure et le respect de la procédure¹⁷⁰⁷. En cas d'irrégularité de la procédure ou lorsque la recommandation n'est pas fondée, le juge renvoie le dossier devant la commission sans homologuer la recommandation. Dans le cas contraire, il l'homologue et prononce le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire au bénéfice du débiteur.

En cas de contestation de la recommandation dans le délai imparti, le juge du tribunal d'instance dispose de pouvoirs plus étendus lui permettant de mener des investigations sur la situation du débiteur et de s'assurer de l'impossibilité manifeste de mettre en oeuvre les mesures de traitement prévues par les articles L. 331-7 et L. 331-7-1 du Code de la consommation. En vertu des articles L. 332-5, alinéa 2 et L. 332-5-1, alinéa 3 du Code de la consommation, si les conditions précitées sont remplies, le juge prononce le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire par voie de jugement. Ce jugement d'ouverture entraîne alors l'effacement de toutes les dettes non

¹⁷⁰⁶ Le débiteur peut solliciter l'ouverture d'une telle procédure auprès du juge du tribunal d'instance uniquement lorsqu'il conteste (devant celui-ci) les mesures imposées et/ou recommandées par la commission.

¹⁷⁰⁷ C. consom., art. R. 334-21.

professionnelles du débiteur, à l'exception de celles visées aux articles L. 331-1 et L. 331-1-2 du Code de la consommation¹⁷⁰⁸ et des dettes dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques.

Suite aux investigations menées sur la situation du débiteur et conformément à l'article L. 332-5-1 du Code de commerce, le juge du tribunal d'instance peut également refuser de prononcer l'ouverture d'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Deux situations sont alors susceptibles de se présenter : soit le juge constate que la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise, il renvoie alors le dossier devant la commission de surendettement pour qu'elle mette en oeuvre une procédure de traitement des situations de surendettement ; soit le juge constate que le débiteur, en situation irrémédiablement compromise, possède malgré tout des biens saisissables et lui propose alors l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

448. – Le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. La procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire étant la mesure la plus attentatoire aux droits des débiteurs surendettés, celle-ci n'est envisageable qu'avec l'accord de ceux-ci¹⁷⁰⁹. La procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, comme celle sans liquidation judiciaire, est subordonnée à l'impossibilité manifeste de mettre en oeuvre les mesures de traitement prévues par les articles L. 331-7 et L. 331-7-1 du Code de la consommation, c'est-à-dire à une situation irrémédiablement compromise du débiteur de bonne foi. En revanche, elle se distingue du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire en ce que les débiteurs qui en font l'objet disposent encore de biens saisissables¹⁷¹⁰.

Saisi d'une telle demande ou se saisissant d'office avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance procède à l'examen des conditions précitées. Si l'une d'entre elles fait défaut, il rend alors une ordonnance de refus et renvoie

¹⁷⁰⁸ Il est fait référence aux dettes alimentaires, réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale, dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des organismes de protection sociale, amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale et dettes issues de prêts sur gage souscrits auprès des caisses de crédit municipal.

¹⁷⁰⁹ Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, « Surendettement des particuliers », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2013, n° 140.

¹⁷¹⁰ C'est-à-dire d'autres biens que ceux meublants nécessaires à la vie courante et non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou lorsque l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale.

le dossier à la commission de surendettement afin que celle-ci mette en oeuvre les mesures de traitement des situations de surendettement¹⁷¹¹. En revanche, si les conditions précitées sont régulièrement réunies, le tribunal d'instance rend un jugement d'ouverture qui entraîne automatiquement la suspension des procédures d'exécution civiles en cours¹⁷¹² et le « *dessaisissement du débiteur de la disposition de ses biens* »¹⁷¹³. Le juge du tribunal d'instance procède ensuite à la désignation d'un mandataire¹⁷¹⁴ chargé de faire publier le jugement au BODACC et de recenser les créanciers qui ont produit leur créance dans le délai de deux mois à compter de cette publication¹⁷¹⁵. En fonction de l'état du patrimoine dressé par le mandataire, le juge peut ensuite rendre trois sortes de décisions. Premièrement, s'il estime que la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise et qu'un plan composé des mesures prescrites aux articles L. 331-7 et suivants est encore envisageable, le juge peut renvoyer le dossier à la commission de surendettement ou, à titre exceptionnel, décider de mettre lui-même en oeuvre ces mesures¹⁷¹⁶. Ensuite, en vertu de l'article L. 332-9 du Code de la consommation, si le juge estime que l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser les créanciers, il prononce la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif¹⁷¹⁷. Enfin, si le juge estime que l'actif réalisable est suffisant pour désintéresser les créanciers, il procède à la désignation d'un liquidateur ayant pour mission de vendre les biens saisissables du débiteur et de répartir les sommes issues de ces ventes entre les créanciers (en appliquant les règles relatives au rang des sûretés).

449. – L'insuffisance d'actif de la caution dirigeante. Il ressort des textes

1711 À titre exceptionnel, le juge peut élaborer lui-même un plan de redressement composé de mesures qui auraient pu être imposées ou recommandées par la commission ou encore décider d'un moratoire laissant du temps au débiteur pour procéder à la vente amiable de ses biens saisissables (G. BIARDEAUD, *Le surendettement*, Fascicule théorique de l'École Nationale de la Magistrature, Paris, Lextenso, 2011, n°154, p. 79).

1712 E. PUTMAN, « Le sort des procédures civiles d'exécution en cas de surendettement », *Dr. et procéd.* 2007, p. 248.

1713 C. consom., art. L. 322-8, al. 2.

1714 À défaut de désignation d'un mandataire, le greffe du juge du tribunal d'instance accomplira les missions dévolues à celui-ci (C. consom., art. L. 332-6, al. 3).

1715 Passé ce délai, l'article L. 332-7 du Code de la consommation condamne les créanciers *négligents* à l'extinction de leur créance. Le mandataire dispose alors d'un délai de quatre mois pour vérifier les créances déclarées et pour recenser l'actif et le passif du débiteur endetté (C. consom., art. R. 334-39).

1716 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 151.

1717 Ce jugement de clôture produit les mêmes effets que ceux d'une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, à savoir l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques (C. consom., art. L. 332-9, al. 2).

législatifs et réglementaires régissant la matière, d'une part, que « *la clôture pour insuffisance d'actif peut être prononcée à deux moments. Elle peut l'être, premièrement, lorsque les créances ont été arrêtées, le bilan économique et social ayant été déposé et démontrant l'absence d'actif réalisable. Deuxièmement, la clôture pour insuffisance d'actif peut être décidée lors de l'audience d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel (...) si les conditions de reconnaissance d'une insuffisance d'actif sont déjà remplies. D'autre part, la procédure de rétablissement personnel peut être close parce que le passif a été apuré et les créanciers désintéressés ; on parle alors d'extinction du passif* »¹⁷¹⁸.

Ainsi, lorsque l'actif réalisé est insuffisant pour désintéresser les créanciers de la caution dirigeante, le juge prononce la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Le dirigeant bénéficie alors de l'effacement (total ou partiel) de la dette résultant de l'engagement qu'il avait donné de garantir sa société et le créancier bénéficiaire du cautionnement ne pourra plus poursuivre ou engager une procédure à son encontre.

La caution dirigeante peut même bénéficier, comme n'importe quel autre particulier surendetté, « *d'une mesure d'aide ou d'action sociale qui peut comprendre un programme d'éducation budgétaire, notamment une mesure d'accompagnement social personnelle* »¹⁷¹⁹.

En revanche, le dirigeant fera l'objet d'une inscription au Fichier national des Incidents de remboursement des Crédits aux Particuliers (FICP)¹⁷²⁰ pour une période de cinq ans à compter de la date du jugement de clôture de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, conformément à l'article L. 333-4, III du Code de la consommation. L'unique « punition » prévue par le droit du surendettement des particuliers apparaît toutefois peu dissuasive à l'égard des cautions dirigeantes dans la mesure où la consultation du fichier n'est obligatoire que pour les banques et les établissements de crédit avant l'octroi d'un financement, d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai supérieur à un mois ou de la reconduction annuelle d'un contrat de crédit renouvelable. Ainsi, les cautions dirigeantes ayant bénéficié de ce dispositif rencontreront simplement quelques difficultés passagères pour obtenir personnellement de

1718 Y. PICOD, V. VALETTE-ERCOLE, *op. cit.*, n° 158.

1719 V. AVENA-ROBARDET, F. FERRIERE, *Surendettement des particuliers*, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012, n° 413.104, p. 325.

1720 Le FICP recense les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux découverts et aux crédits accordés à des personnes physiques pour des besoins non professionnels, ainsi que les informations relatives aux situations de surendettement.

tels crédits mais elles seront tout à fait en mesure de créer une nouvelle société et de se porter à nouveau caution des dettes contractées par celle-ci. Dès lors, les créanciers sociaux sont vivement encouragés à se renseigner sur la solvabilité passée du dirigeant et à consulter le Fichier national des Incidents de remboursement des Crédits aux Particuliers – même si cela n'est pas obligatoire – lorsqu'ils sollicitent de tels cautionnements.

II – Le rétablissement personnel et professionnel des cautions dirigeantes

450. – La compassion tardive du législateur à l'égard des cautions dirigeantes. *« Initialement, la jurisprudence considérait que l'engagement de caution ne pouvait être compris comme une dette non professionnelle que si la caution n'en retirait aucun intérêt patrimonial, ce qui bien sûr excluait l'hypothèse où la caution était le dirigeant social de la société débitrice garantie. La solution fut d'ailleurs consacrée par le législateur qui précisa l'article L. 330-1 du Code de la consommation afin que la situation de surendettement soit appréciée en tenant compte de l'engagement du débiteur à "cautionner ou acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci." »*¹⁷²¹

Avec la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, le législateur ratifia une jurisprudence établie à l'égard des cautions dirigeantes¹⁷²² mais il procéda également pour la première fois à une distinction expresse entre les cautions personnes physiques et choisit d'isoler les cautions dirigeantes des autres personnes physiques ayant accepté de cautionner les dettes d'un entrepreneur individuel ou d'une société. *« Néanmoins, la loi du 4 août 2008 [et la loi du 1^{er} juillet 2010] a fait preuve de compassion à l'égard des cautions dirigeantes en admettant que l'état de surendettement peut résulter de la dette de cautionnement d'une entreprise ou d'une société et en supprimant l'exclusion des dirigeants-cautions »*¹⁷²³.

Depuis lors, l'article L. 332-5, alinéa 2 du Code de la consommation dispose

1721 V. LEGRAND, « Le sort des cautions dirigeantes... », *Les Petites Affiches*, 18 juill. 2012, n° 143, p. 7.

1722 Il convient toutefois de préciser que si la réécriture de l'article L. 330-1 du Code de la consommation validait sans ambiguïté la jurisprudence établie à l'égard des cautions dirigeantes, elle interdisait d'exclure des procédures de désendettement les dettes d'un entrepreneur individuel ou d'une société cautionnées par toute autre personne physique (même celle qui en retirait un intérêt patrimonial).

1723 V. LEGRAND, « Le sort des cautions dirigeantes... », *op. cit.*, p. 7.

que le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne « aussi » l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel¹⁷²⁴ ou d'une société, sans distinguer entre les cautions dirigeantes et les autres cautions personnes physiques. De la même façon, aux termes de l'article L. 332-9, alinéa 2 du Code de la consommation, la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire entraîne désormais « aussi » l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le dirigeant a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette de sa société.

451. – Le rétablissement personnel de la caution dirigeante. Même si la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ces modifications législatives, les décisions rendues par les juridictions du fond depuis l'adoption de la loi du 4 août 2008 démontrent que les cautions dirigeantes usent de la compassion manifestée par le législateur à leur égard et n'hésitent plus à recourir à une procédure de rétablissement personnel lorsque le cautionnement des dettes de leur société les placent dans une situation financière irrémédiable.

Il convient de s'arrêter sur un arrêt rendu par la cour d'appel de Toulouse le 6 mars 2013, pourvu d'une motivation particulièrement détaillée et pédagogique, fondée sur l'esprit de la loi du 4 août 2008. Dans les faits, un dirigeant s'était porté caution du remboursement de deux prêts accordés à sa société pour un montant total de 60.000 euros. Pour infirmer le jugement déféré, prononcer la clôture de la procédure de rétablissement personnel de la caution dirigeante pour insuffisance d'actif et l'effacement de la dette résultant des engagements donnés par le dirigeant en garantie des prêts consentis à sa société, les conseillers toulousains motivèrent leur décision comme suit :

« Attendu qu'antérieurement au 6 août 2008, l'article L. 332-9, alinéa 2, du Code de la consommation disposait seulement que la clôture de la procédure de rétablissement personnel pour insuffisance d'actif "entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé".

Attendu que l'article 14 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de

¹⁷²⁴ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2013, n° 227, p. 149.

modernisation de l'économie a complété le deuxième alinéa de cet article par la phrase suivante : "La clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société."

Attendu qu'à défaut de dispositions particulières prévues dans la loi, le texte ainsi modifié s'est trouvé applicable à compter du lendemain du jour de la publication de la loi, soit le 6 août 2008 (...)

Attendu que l'article 14 de la loi du 4 août 2008 est inséré dans un chapitre relatif à l'instauration d'un statut de l'entrepreneur individuel ;

que cet article élargit la définition du surendettement des personnes physiques dans le but de répondre aux difficultés fréquemment rencontrées par les chefs d'entreprise se portant caution pour les dettes de leur entreprise ;

que, dans cet esprit, cet article a pour but d'effacer, en cas de jugement pour clôture d'insuffisance d'actif, la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner la dette d'une société, qu'il soit ou non gérant de cette société, peu important, dans ce cas, le caractère professionnel de cette dette ;

que d'ailleurs, pour stigmatiser la situation de la caution dirigeante et distinguer cette hypothèse du sort des autres dettes non professionnelles du débiteur, le législateur a pris soin, dans l'ajout introduit par la loi du 4 août 2008, d'utiliser l'adverbe "aussi" révélant par là-même la spécificité du sort réservé à l'engagement de caution donné en faveur d'une entrepreneur individuel ou d'une société »¹⁷²⁵.

La loi ne distinguant plus entre les dirigeants (de droit ou de fait) et les autres cautions personnes physiques ayant accepté de cautionner la dette d'autrui, les cautions dirigeantes sont désormais indéniablement éligibles aux

¹⁷²⁵ Toulouse, 6 mars 2013, n° 10/05935. Dans le même sens mais moins didactique, la motivation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris : Paris, 20 mars 2012, n° 11/00049 : « Considérant que les dettes professionnelles sont celles nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle et si la loi du 1^{er} août 2003 déclarait éligible à la procédure de traitement du surendettement l'engagement donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, la loi du 4 août 2008 a supprimé cette restriction qui excluait de la procédure la caution ou le codébiteur si l'intéressé était dirigeant de droit ou de fait de l'entreprise garantie ; que la cour n'a donc pas à suivre les parties dans leurs discussions sur le caractère commercial (et donc professionnel) ou non du cautionnement des dettes de la société dans la mesure, où cette qualification est indifférente, puisque d'une part, les [cautions dirigeantes] peuvent faire constater un état de surendettement voire une situation irrémédiablement compromise eu égard à ce cautionnement et d'autre part, la cour peut constater l'effacement de la dite dette. »

procédures de rétablissement personnel sans qu'il y ait lieu de les stigmatiser. Le travail de motivation et de persuasion réalisé par les conseillers toulousains obligent toutes les juridictions – y compris la Cour de cassation – à assurer une égalité de traitement entre les cautions personnes physiques d'entreprises individuelles ou de sociétés et à accepter que la distinction autrefois opérée entre les cautions intéressées et non intéressées, les cautions dirigeantes et non dirigeantes, continue de céder du terrain¹⁷²⁶.

452. – L'application de la nouvelle procédure de rétablissement professionnel à certaines cautions dirigeantes. L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives inséra un nouveau dispositif dénommé « rétablissement professionnel » dans le Code de commerce. Cette nouvelle procédure, très fortement inspirée du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, a vocation à s'appliquer aux débiteurs exclus des procédures de désendettement des particuliers en vertu de l'article L. 333-3 du Code de la consommation¹⁷²⁷.

La procédure de rétablissement professionnel sans liquidation, prévue aux articles L. 645-1 et suivants du Code de commerce, est ainsi ouverte à tout débiteur personne physique (commerçants, artisans, agriculteurs et personnes exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale), autre qu'une EIRL, éligible aux procédures collectives sans en faire l'objet¹⁷²⁸.

Le rétablissement professionnel est une procédure dite « *volontariste* »¹⁷²⁹ qui ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur : « *en réalité, le débiteur saisit le tribunal aux fins d'ouverture d'une liquidation judiciaire en application de l'article L. 640-4 du Code de commerce. Dans cet acte de saisine, et si le débiteur y est éligible*¹⁷³⁰, *il peut solliciter le bénéfice de la*

1726 L. AYNÈS, Ph. DUPICHOT, « Novembre 2007 – août 2008 : sécurité, efficacité », *Dr. et patr.* 2008, n° 174, p. 90.

1727 P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., coll. Mémentos Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, p. 129 et s.

1728 F.-X. LUCAS, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *Bull. Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 111.

1729 L.-C. HENRY, « L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et l'ouverture des procédures », *Gaz. Pal.* 6-8 avr. 2014, n° 98, p. 15.

1730 La procédure de rétablissement professionnel est réservée aux personnes physiques de bonne foi visées à l'article L. 640-2 du Code de commerce (à l'exception des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée) qui n'ont pas fait l'objet, depuis moins de 5 ans, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel (C. com., art. L. 645-2), dont l'actif déclaré à une valeur

*procédure de rétablissement professionnel. Cette procédure est clairement conçue comme un avantage pour le débiteur, mais il peut préférer la procédure classique »*¹⁷³¹.

La clôture d'une procédure de rétablissement professionnel entraîne l'effacement des dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, si celles-ci ont été portées à la connaissance du juge commis (par le débiteur) et ont fait l'objet de l'information prévue à l'article L. 645-8 du Code de commerce¹⁷³². *« La solution doit être rapprochée de celle posée dans le rétablissement personnel intéressant les particuliers par l'article L. 332-5, alinéa 2, du Code de la consommation, avec toutefois une différence majeure : dans le rétablissement personnel dudit Code, seules les dettes non professionnelles sont effacées. Ici, l'effacement des dettes a lieu sans distinction entre les dettes professionnelles ou non »*¹⁷³³.

Depuis la réforme du 12 mars 2014, les cautions dirigeantes et associées de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite simple exerçant une activité commerciale – exclues du champ d'application des procédures de désendettement des particuliers en raison de leur qualité de commerçant – peuvent donc désormais bénéficier d'une procédure similaire au rétablissement personnel et obtenir, *via* la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation, l'effacement de l'ensemble de leurs dettes professionnelles et non professionnelles.

Le droit positif reconnaît ainsi aujourd'hui le bénéfice d'une procédure de rétablissement (personnelle ou professionnelle) à toutes les cautions dirigeantes. Cela étant dit, il convient à présent de s'intéresser au sort des cautions dirigeantes qui bénéficiaient jusqu'alors uniquement du droit subsidiaire du surendettement et qui étaient écartées des procédures régies par le Livre VI du Code de commerce. Peuvent-elles bénéficier de la

inférieure à 5000 euros (art. 111 du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014) et qui n'ont employé aucun salarié au cours des 6 derniers mois (C. com., art. L. 645-1, al. 1).

1731 P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 12, p. 733.

1732 L'article 10 de l'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 – complétant l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives et modifiant l'article L. 645-11 du Code de commerce – a précisé la nature des dettes expressément exclues de la mesure d'effacement. Il s'agit exhaustivement : des créances des salariés, des créances alimentaires, des créances relatives aux actions portant sur des biens acquis au titre d'une succession ouverte pendant la procédure, des créances trouvant leur origine dans une infraction pour laquelle la culpabilité du débiteur a été établie ou portant sur des droits attachés à la personne du créancier ou enfin des créances payées (à la place du débiteur) par les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie (C. com., art. L. 643-11).

1733 P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, p. 733.

nouvelle procédure de rétablissement professionnel et peuvent-elles cumuler alternativement la procédure de rétablissement personnel et celle de rétablissement professionnel ?

453. – Un rétablissement professionnel bénéficiant aux cautions dirigeantes exclues du Livre VI du Code de commerce ? Précisons en premier lieu que les articles régissant la nouvelle procédure de rétablissement professionnel ont été insérés dans le Livre VI du Code de commerce et que l'article L. 645-1 du Code de commerce renvoie à l'article L. 640-2 pour déterminer quels débiteurs sont limitativement concernés par ce nouveau dispositif. Les dirigeants agissant au nom de la société qu'ils représentent et n'exerçant pas une activité commerciale, artisanale ou professionnelle indépendante au sens de l'article L. 640-2 n'entrent donc pas dans le champ d'application de ce dispositif¹⁷³⁴ et ne semblent, dès lors, pas pouvoir bénéficier de la procédure de rétablissement professionnel instituée dans le Livre VI du Code de commerce¹⁷³⁵. Ces cautions dirigeantes continueraient donc de bénéficier uniquement des procédures subsidiaires de désendettement des particuliers et ne pourraient pas bénéficier de l'effacement de leurs dettes professionnelles tandis que les cautions dirigeantes ayant la qualité de commerçant en auraient désormais la possibilité¹⁷³⁶.

Cependant, il est intéressant de noter que si l'article L. 645-1 du Code de commerce réserve l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel sans liquidation aux personnes physiques visées à l'article L. 640-2 du Code de commerce (à l'exception des entrepreneurs individuels à

1734 P.-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., coll. Mémentos Dalloz, Paris, Dalloz, 2014, p. 130.

1735 Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998 : *Bull. civ.* IV, n° 191 ; *D.* 2008, p. 2929, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2009, p. 607, note P. Roussel-Galle ; *Act. proc. coll.* 2008, n° 310, obs. C. Regnaut-Moutier ; *JCP E* 2009, 1023, note Ch. Lebel ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 15, note J.-P. Legros ; *Bull. Joly* 2009, p. 278, note P.-M. Le Corre.

1736 Les effets produits par le jugement de clôture du rétablissement professionnel et le jugement de clôture du rétablissement personnel ne sont pas identiques : la nouvelle procédure de rétablissement professionnel permet d'effacer toutes les dettes contractées par un débiteur personne physique – les textes ne distinguant pas – tandis que, conformément à l'article L. 332-9 du Code de la consommation, la procédure de rétablissement personnel ne permet pas d'effacer les dettes professionnelles (par exemple, les dettes résultant d'une condamnation du dirigeant à combler le passif de sa société en vertu de l'article de l'article L. 651-2 du Code de commerce). Ainsi, le dirigeant d'une SARL ou d'une SA, caution des dettes contractées par sa société et débiteur de dettes professionnelles, aurait intérêt à solliciter l'ouverture d'une procédure de désendettement pour obtenir l'effacement de l'ensemble de ses dettes non professionnelles et des dettes dues en qualité de caution dans le cadre d'un rétablissement personnel ainsi que l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel sans liquidation dans le but d'obtenir l'effacement de ses dettes professionnelles.

responsabilité limitée) qui n'ont pas fait l'objet, depuis moins de 5 ans, au titre de l'un quelconque de leurs patrimoines, d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel, l'ordonnance du 12 mars 2014 a laissé un véritable vide juridique sur la possibilité de cumuler alternativement les procédures de désendettement du droit de la consommation avec les procédures relevant du Livre VI du Code de commerce.

En théorie, la question ne devrait pas se poser puisque les procédures instituées par le Code de la consommation ne peuvent être ouvertes qu'à titre subsidiaire lorsque les procédures relevant du Livre VI du Code de commerce sont inapplicables à un débiteur. Cependant, l'ordonnance du 12 mars 2014 n'ayant pas expressément interdit ce cumul¹⁷³⁷, il est possible d'imaginer qu'une caution dirigeante puisse bénéficier successivement de ces deux procédures. En effet, suite à la faillite de sa société, le dirigeant pourrait, dans un premier temps, faire procéder à l'effacement de ses dettes non professionnelles et de ses dettes dues en qualité de caution *via* une procédure de rétablissement personnel. Puis, en vertu du « *fresh start* » dont la caution dirigeante profite en raison de la procédure collective ayant bénéficié à sa société et de la procédure de désendettement lui ayant personnellement bénéficié, elle pourrait prendre un nouveau départ et créer une nouvelle entreprise en tant que « *personne physique visée à l'article L. 640-2 du Code de commerce* »¹⁷³⁸. Si cette nouvelle entreprise était, elle aussi, ultérieurement confrontée à l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, l'ex-caution dirigeante, encore débitrice de dettes professionnelles au titre de son ancienne activité, pourrait alors demander l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel et ainsi obtenir l'effacement de ses anciennes dettes professionnelles. Pour ce faire, elle devrait simplement démontrer, conformément à l'article L. 645-1 du Code de commerce, qu'elle détient un actif inférieur à un montant de 5.000 euros¹⁷³⁹ et qu'elle n'a pas employé de salarié au cours des 6 derniers

1737 L'article L. 645-2 du Code de commerce interdit simplement le recours à cette procédure lorsque le débiteur a fait l'objet, depuis moins de 5 ans, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel.

1738 C'est-à-dire en tant que commerçant, artisan, agriculteur ou n'importe quelle autre personne exerçant une activité professionnelle indépendante (y compris une profession libérale à l'exception des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée).

1739 Conformément à l'article 111 du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

mois dans cette nouvelle entreprise.

Les textes n'ayant pas expressément prévu ce cas de figure, la jurisprudence sera nécessairement appelée à se prononcer sur la possibilité, pour une même personne physique, de bénéficier successivement de ces deux mesures d'effacement de dettes. S'il semble difficile d'interdire *a priori* une telle pratique en l'absence de disposition contraire, la jurisprudence conserve néanmoins une petite marche de manoeuvre dans la mesure où la nouvelle procédure de rétablissement professionnel, comme celle de rétablissement personnel, est conditionnée à la « bonne foi » du débiteur et qu'une ex-caution dirigeante ayant déjà bénéficié de l'effacement de ses dettes non professionnelles et des dettes dues en qualité de caution pourrait éventuellement être qualifiée de débitrice de mauvaise foi si elle fondait une nouvelle entreprise dans l'unique but de la mener à la faillite et de faire judiciairement procéder à l'effacement de ses anciennes dettes professionnelles.

454. – Conclusion chapitre 2. Conformément aux textes régissant la matière, un débiteur de bonne foi ne peut solliciter l'ouverture d'une procédure de désendettement que s'il est en situation de surendettement caractérisée.

La bonne foi requise pour l'ouverture d'une procédure de désendettement n'est pas un obstacle pour les cautions dirigeantes, bien au contraire. En effet, un débiteur ne peut être exclu du bénéfice de telles procédures que s'il commet une faute intentionnelle ayant directement créé ou aggravé son endettement. Or, même si une caution dirigeante commet une faute intentionnelle, elle cause ou aggrave directement l'endettement de sa société et sa faute n'a qu'une incidence indirecte sur sa situation personnelle. Dans de telles conditions, la jurisprudence estime que même si le comportement du dirigeant n'est pas exclusif de mauvaise foi, celui-ci n'en devient pas pour autant une caution endettée de mauvaise foi au sens des articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation. De ce point de vue, la caution dirigeante est donc favorisée par rapport aux autres débiteurs endettés puisqu'elle peut être à l'origine de son propre endettement sans être exclue des procédures de désendettement, faute de lien direct de causalité entre sa faute et son endettement¹⁷⁴⁰.

D'autre part, jusqu'en 2008, les dettes cautionnées par un dirigeant étaient considérées comme des dettes professionnelles, exclues des procédures de désendettement. La loi Dutreil fit l'étonnant choix d'exclure expressément les cautions dirigeantes de droit ou de fait de ces dispositifs. En effet, alors que le législateur du 1^{er} août 2003 s'était appliqué, dans tous les autres dispositifs envisagés par cette loi (formalisme, principe de proportionnalité, étendue du cautionnement, etc.), à décourager les effets de stigmatisation des cautions dirigeantes par la jurisprudence et à prôner une égalité de traitement entre les cautions personnes physiques, il avait pourtant choisi d'exclure expressément les cautions dirigeantes pour la première fois de l'histoire des interventions législatives en droit du cautionnement. Que fallait-il en conclure ? Que les cautions dirigeantes étaient seulement éligibles aux dispositifs relatifs au droit commun du cautionnement et que les textes relatifs au « *formalisme*

¹⁷⁴⁰ La faute intentionnelle étant commise à l'égard de la société cautionnée, celle-ci fait écran. La Cour de cassation considère dès lors obligée que l'endettement de la caution dirigeante résulte directement de la faillite de la société et non de sa faute intentionnelle (ayant seulement causé la faillite de sa société).

informatif »¹⁷⁴¹ n'avaient effectivement pas leur place dans le Code de la consommation et devaient être rapatriés au plus vite dans le Code civil ? Que les dispositifs caractéristiques du droit de la consommation devaient exclure les cautions dirigeantes en ce qu'elles ne devaient pas être traitées comme de simples consommateurs surendettés ?

La loi du 4 août 2008 mit fin à ces interrogations en réécrivant les articles L. 330-1 (relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement) et L. 332-9 (relatif aux procédures de rétablissement personnel) du Code de la consommation et en supprimant toute référence au « dirigeant de droit ou de fait ». Depuis lors, les sommes dues par un dirigeant au titre des dettes cautionnées pour sa société n'entrent plus dans la catégorie des dettes professionnelles et sont désormais intégrées dans la catégorie des dettes résultant d'un engagement de cautionner comme n'importe quelle autre caution personne physique¹⁷⁴². La jurisprudence dut ainsi plier devant cette nouvelle intervention législative et admettre que le domaine du droit du surendettement a été élargi pour répondre aux difficultés fréquemment rencontrées par les dirigeants se portant caution des dettes de leur société¹⁷⁴³. Au-delà de la compassion manifestée par le législateur à l'égard des cautions dirigeantes, il fallait sans doute en conclure que contrairement au législateur du 1^{er} août 2003, celui du 4 août 2008 avait enfin eu le courage d'avouer que les cautions dirigeantes étaient devenues de simples particuliers surendettés pouvant bénéficier de tous les dispositifs caractéristiques du droit de la consommation.

1741 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

1742 Les cautions dirigeantes peuvent ainsi bénéficier des mesures de traitement des situations de surendettement ou d'un effacement des dettes issues du cautionnement dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel (G. PAISANT, « Du caractère professionnel ou non d'une dette contractée en qualité de caution », *RTD com.* 2010, n° 2, p. 436).

1743 Toulouse, 6 mars 2013, n° 10/05935.

455. – Conclusion titre 2. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 fut la grande première réforme à intégrer l'évidence selon laquelle le sauvetage des entreprises affectées par la crise économique et financière passe par la protection des intérêts des cautions dirigeantes. Ainsi, lorsque le législateur mit au point une procédure visant à anticiper les difficultés des entreprises (la procédure de sauvegarde), il s'assura de son succès en l'accompagnant de mesures favorables aux dirigeants-cautions qui accepteraient d'y recourir. Lorsqu'il instaura la procédure de sauvegarde, le législateur souhaitait que les chefs d'entreprise agissent préventivement, avant la cessation des paiements. Le sort des cautions dirigeantes était dès lors instrumentalisé pour assurer la sauvegarde des entreprises et, avec elle, la relance économique.

Cependant, avec l'aval de la jurisprudence, la procédure de sauvegarde devint rapidement une arme de gestion¹⁷⁴⁴ permettant aux dirigeants-cautions d'échapper à leurs obligations, quelque soit la nature des difficultés rencontrées par leur société¹⁷⁴⁵. Loin d'en déplaire au législateur, celui-ci accentua la tendance¹⁷⁴⁶ et modifia son objectif : le droit des entreprises en difficulté n'instrumentaliserait plus seulement le sort de la caution dirigeante pour prévenir les difficultés des entreprises, il serait également utilisé pour prévenir les difficultés économiques personnellement rencontrées par les cautions dirigeantes. La loi du 4 août 2008 s'inscrivait d'ailleurs déjà dans la volonté d'aider les chefs d'entreprises, personnellement endettés par les engagements souscrits en garantie des dettes de leur société, en les intégrant dans les dispositifs du droit du surendettement. Depuis lors, les dettes sociales cautionnées par un dirigeant de droit ou de fait – considérées comme des dettes professionnelles exclues des procédures de désendettement par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 – peuvent bénéficier des mesures de traitement des situations de surendettement prévues par le Code de la consommation.

« Dans un contexte difficile où le crédit est souvent vital aux entreprises, les

1744 M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde à l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

1745 Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990 : *Bull. civ.* IV, n° 33 ; *JCP E* 2011, 1215, note A. Couret et B. Dondero ; *D.* 2011, p. 743, obs. A. Lienhard ; *D.* 2011, p. 919, note P.-M. Le Corre ; *JCP E* 2011, 1263, obs. Ph. Pétel ; *D.* 2011, p. 1441, obs. L. Arcelin Lécuyer ; *Rev. sociétés* 2011, p. 404, obs. B. Grelon.

1746 Notamment depuis la réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives du 12 mars 2014 (ordonnance n° 2014-326).

dirigeants n'ont pas d'autre choix que de s'engager personnellement aux côtés de la société, mais pas toujours de bonne grâce. Aussi n'hésitent-ils pas à faire "flèche de tout bois" lorsque face à la défaillance de la société ils sont appelés à tenir leurs engagements de garants. »¹⁷⁴⁷ Certes, les cautions dirigeantes sont désormais éligibles aux procédures de désendettement mais font-elles, pour autant, « *flèche de tout bois* » ? Recourent-elles fréquemment aux procédures de désendettement des particuliers lorsqu'elles font face à la défaillance de leur société et qu'elles sont appelées à tenir leurs engagements de garants ?

Selon les données d'activité communiquées par la Banque de France, 960.333 dossiers ont été déclarés éligibles aux procédures de désendettement de janvier 2009 à décembre 2013¹⁷⁴⁸. Ces chiffres démontrent l'engouement suscité par les procédures de désendettement des particuliers. Cependant, à ce jour, aucune étude ne recense le nombre de cautions dirigeantes ayant effectivement sollicité l'ouverture d'une procédure de désendettement. Il est difficile de recenser le nombre de cautions dirigeantes ayant sollicité l'ouverture d'une procédure de désendettement et de se livrer à une quelconque interprétation des chiffres communiqués par la Banque de France, puisque celle-ci procède à une répartition statistique des débiteurs en fonction de leur catégorie socio-professionnelle. Or, en raison de la diversité de leur situation socio-professionnelle, les cautions dirigeantes sont susceptibles de rentrer dans pratiquement toutes les catégories retenues par la Banque de France : celle des chefs d'entreprise si la caution est (exceptionnellement) encore dirigeante de sa société ou qu'elle dirige ou a créé une autre société¹⁷⁴⁹, celle des personnes exerçant une activité professionnelle salariée si la caution dirigeante a trouvé un emploi depuis qu'elle a cessé d'exercer ses fonctions de dirigeant dans la société cautionnée¹⁷⁵⁰ ou encore la catégorie des personnes inactives ou sans activité professionnelle¹⁷⁵¹. Ensuite, la nomenclature des dettes dressée par la Banque de France et leur mode de ventilation ne permettent pas d'en savoir

1747 V. LEGRAND, « Le sort des cautions dirigeantes... », *Les Petites Affiches*, 18 juill. 2012, n° 143, p. 7.

1748 BANQUE DE FRANCE, « Baromètre du surendettement – 4^e trimestre 2013 », DGAFP – Direction des Particuliers, 2013, p. 1.

1749 Catégorie socio-professionnelle qui représente, en comptant les artisans et les commerçants, seulement 0,5 % de la population totale des débiteurs surendettés (*Ibid.*, p. 19).

1750 Catégorie socio-professionnelle qui représente plus de 64,5% de la population totale des débiteurs surendettés (*Loc. cit.*).

1751 Catégorie socio-professionnelle qui représente environ 3% de la population totale des débiteurs surendettés (*Loc. cit.*).

d'avantage sur le nombre de dettes cautionnées par les dirigeants dans les procédures de désendettement¹⁷⁵². Il est impossible de connaître la proportion exacte de *dettes dues en tant que caution dirigeante* puisque la catégorie des *dettes dues en tant que caution* concerne aussi bien les dettes cautionnées à titre professionnel qu'à titre privé¹⁷⁵³. En matière de surendettement des particuliers, les *dettes dues en tant que caution dirigeante* sont donc littéralement noyées dans la masse des *dettes dues en tant que caution*¹⁷⁵⁴.

Les enquêtes typologiques menées par la Banque de France ne permettent donc pas de recenser le nombre de cautions dirigeantes ayant sollicité l'ouverture d'une procédure de désendettement. Cependant, certains chiffres communiqués par la Banque de France révèlent d'autres informations éventuellement exploitables sur les cautions dirigeantes. En effet, lorsque les *dettes dues en tant que caution* sont présentes dans une procédure de désendettement, elles constituent la cause principale de l'endettement du débiteur puisque les chiffres de la Banque de France pour 2012 témoignent d'un endettement moyen de 58.110 euros au titre des *dettes dues en tant que caution* pour un endettement global moyen de 38.064 euros ! En effet, les *dettes dues en tant que caution* atteignent des montants particulièrement conséquents et se placent au second rang de l'endettement moyen constaté, immédiatement après les dettes afférentes aux prêts immobiliers qui représentent un endettement moyen de 100.000 euros et largement avant les dettes professionnelles qui arrivent seulement en troisième position avec un endettement moyen dépassant 18.000 euros¹⁷⁵⁵. Ainsi, même si le nombre de *dettes dues en tant que caution dirigeante* ne ressort pas de ces données statistiques, l'endettement moyen constaté pour les *dettes dues en tant que caution* et l'augmentation du montant de ces « *dettes diverses* » depuis que le

1752 Pour la Banque de France, les *Dettes dues en tant que caution*, c'est-à-dire les *Dettes du débiteur en tant que caution*, *débiteur caution actionnée pour une dette professionnelle*, *débiteur caution actionnée pour une dette non professionnelle* sont répertoriées dans la catégorie *Autres dettes* et dans la sous-catégorie *Dettes diverses*. La catégorie *Autres dettes* recense les *Dettes diverses* (les frais d'huissier ou d'avocat, prêts contractés par le débiteur auprès de sa famille, les dommages et intérêts civils, les chèques impayés, les dettes dues auprès d'une caution ou encore les dettes dues en tant que cautions), *les dettes sociales* (celles dues aux organismes d'aides sociales, à l'employeurs et au comité d'entreprise, à la sécurité sociale, ASSEDIC ou encore caisses de retraite), *les dettes professionnelles* ainsi que *les dettes pénales* et *les réparations pécuniaires* (*Ibid.*, p. 37).

1753 *Ibid.*, Annexe 1 : Nomenclature de l'endettement, p. 37.

1754 Cela semble parfaitement logique dans la mesure où le législateur du 4 août 2008 a accepté de faire des cautions dirigeantes des particuliers surendettés ordinaires.

1755 BANQUE DE FRANCE, *op. cit.*, Tableau 1 : Structure de l'endettement pour l'ensemble des dossiers recevables, p. 42. Les chiffres relevés à propos des seules procédures de rétablissement personnel ouvertes en 2012 vont dans le même sens puisque la sous-catégorie des « dettes dues en tant que caution », bien que ne concernant qu'1 % des dossiers, représente un endettement moyen d'environ 52.000 euros par débiteur pour un montant total dépassant 39,5 millions d'euros.

législateur a décidé de faire bénéficier les cautions dirigeantes des procédures de rétablissement personnel – de moins de 270 millions en 2010¹⁷⁵⁶ à plus de 421 millions en 2012 – permettent de penser que les cautions dirigeantes ont régulièrement recours aux procédures de désendettement et que le droit du surendettement a une réelle influence sur les effets des cautionnements consentis par les dirigeants en garantie des dettes contractées par leur société.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 32.

456. – Conclusion partie 2. Au terme de cette seconde partie, force est de constater que le législateur a lui-même impulsé la redéfinition de la « caution dirigeante », contraignant la Cour de cassation à renoncer à la distinction entre les cautions averties et les cautions profanes : *là où la loi ne distingue pas, la bouche de la loi ne doit pas distinguer*.

La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 ne mit pas simplement fin à la stigmatisation des cautions dirigeantes, elle érigea un véritable « *droit des cautions personnes physiques* »¹⁷⁵⁷, indifférent au contexte de conclusion du contrat (dans cadre d'une profession ou à titre privé). La seule catégorisation des cautions encore admise aujourd'hui sans méconnaître l'esprit de la loi Dutreil concerne donc la distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales. Si le législateur du 1^{er} août 2003 avait clairement voué la caution dirigeante à une progressive disparition, celui du 26 juillet 2005 comprit que la singularité de sa relation avec le débiteur principal pouvait jouer un rôle conséquent pour la relance économique. Le droit des entreprises en difficulté devait dès lors instrumentaliser le sort des cautions dirigeantes. Une vaste opération de séduction à destination des dirigeants-cautions fut ainsi engagée afin de promouvoir le traitement préventif des difficultés des entreprises. Cependant, dès 2008, il n'était plus vraiment question d'utiliser le sort et le statut des cautions dirigeantes aux fins de sauvegarde des entreprises mais il était déjà question d'aider les chefs d'entreprise mis en difficulté par leur engagement de caution. À ce titre, le législateur du 4 août 2008 permit aux cautions dirigeantes de bénéficier des procédures de désendettement jusqu'alors réservées aux seuls particuliers surendettés, faisant de la caution dirigeante, un *quidam* du droit de la consommation.

La bienveillance manifestée à l'égard des cautions dirigeantes n'est plus dissimulable, le droit des sûretés, le droit des entreprises en difficulté et le droit de la consommation ont été réformés pour leur permettre de rebondir en tant qu'acteur économique. De ce point de vue, loin d'être stigmatisée par rapport aux autres personnes physiques, la caution dirigeante est désormais une caution privilégiée par le droit positif, elle est celle disposant du *droit* le plus conséquent de *ne pas payer ses dettes*¹⁷⁵⁸.

1757 N. PICOD, *La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, n° 283, p. 213.

1758 G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH*. 1936, chron. 57.

CONCLUSION GÉNÉRALE

457. – La disparition de la caution dirigeante. Les réformes entreprises au début du XXI^e siècle – principalement celles du 1^{er} août 2003 et du 26 juillet 2005 – permettent d'affirmer que le législateur a milité pour l'abandon de la distinction prétorienne entre les cautions averties et les cautions profanes, préférant distinguer entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales. Les lois susmentionnées refusant de distinguer entre les cautions personnes physiques, la jurisprudence dut plier et participer à la création d'un nouveau droit en faveur de toutes les cautions personnes physiques, y compris au bénéfice des cautions dirigeantes. Selon la formule retenue par Nathalie Picod, « *on assiste ainsi à l'éclosion d'un droit des cautions personnes physiques* »¹⁷⁵⁹.

La Cour de cassation manifeste pourtant encore une certaine forme de réticence. Même dans ses décisions les plus récentes, elle n'a pas renoncé à opérer une différenciation entre les cautions personnes physiques averties et les cautions personnes physiques profanes, maintenant cette distinction chaque fois que le législateur lui en laisse l'opportunité. Elle renonce néanmoins à stigmatiser *in abstracto* les cautions dirigeantes et à présumer le caractère averti de leur seule qualité de dirigeant.

La Cour de cassation considère désormais qu'une caution personne physique avertie est un contractant suffisamment impliqué dans les affaires du débiteur principal pour accéder aux informations lui permettant de se renseigner sur la portée réelle de son engagement et une caution détenant une compétence particulière en financement, gestion et stratégie d'entreprise¹⁷⁶⁰ la qualifiant pour analyser les informations qui étaient à sa portée. Si une caution dirigeante ne remplit pas ces deux critères cumulatifs, elle devra être considérée comme une caution profane, bien qu'agissant dans le cadre de sa profession et étant intégrée et directement intéressée aux affaires du débiteur principal. À ce titre, elle bénéficiera de tous les

¹⁷⁵⁹ N. PICOD, *op. cit.*, n° 283, p. 213.

¹⁷⁶⁰ Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-26.262, inédit.

dispositifs du nouveau « *droit des cautions personnes physiques* » et des fondements que la jurisprudence réservait autrefois aux seules cautions profanes ayant conclu un engagement en dehors de leur activité professionnelle, aux cautions désintéressées et extérieures aux affaires du débiteur principal.

La conséquence prévisible de ces réformes législatives – et de la disparition corrélative de la caution dirigeante en jurisprudence – est que les créanciers risquent de se détourner massivement du contrat de cautionnement au profit d'autres sûretés personnelles et que les financements accordés aux entreprises cautionnées par leur dirigeant soient réduits à peau de chagrin. En effet, la présomption de contractant averti pesant auparavant sur les chefs d'entreprises permettait d'assurer un certain équilibre entre les parties au contrat et maintenait la fonction primaire du droit des sûretés qui est d'assurer l'octroi de crédits. Cependant, en accordant une telle protection aux cautions dirigeantes, cet équilibre a été rompu, les créanciers n'ont plus confiance en l'institution du cautionnement et hésitent à contracter.

Dès lors, en l'état du droit positif, quelles solutions peut-on envisager – pas tellement pour sauver la notion de « caution dirigeante » qui ne revêt plus grand intérêt eu égard à la diversité des profils des dirigeants – mais pour sauver l'institution du cautionnement souscrit par un dirigeant pour sûreté des dettes de sa société¹⁷⁶¹ ?

458. – L'intérêt de ressusciter la caution dirigeante. Pour éradiquer le flot de contentieux que la jurisprudence a longtemps canalisé en presumant que la caution dirigeante était une caution avertie, il est intéressant de proposer une réforme visant à doter les cautions dirigeantes de ces compétences

1761 Pour tenter de résoudre cette problématique, il convient premièrement de rappeler que d'un point de vue jurisprudentiel, une caution avertie est désormais une caution qui détient non seulement les moyens matériels lui permettant de se renseigner sur la portée réelle de son engagement mais qui possède également les moyens intellectuels lui permettant de mesurer les risques de l'opération dans laquelle elle s'engageait – formation spécifique en gestion d'entreprise et compétence particulière en matière financière (Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013, n° 69, p. 56). Même si la caution dirigeante n'est plus considérée comme la caution présumée informée par excellence et qu'elle suit désormais le même régime jurisprudentiel que toutes les autres *cautions capables de se renseigner*, elle est toujours présumée détenir les moyens matériels lui permettant de se renseigner sur la portée réelle de son engagement. En effet, en tant que caution intégrée et intéressée aux affaires de la société cautionnée, il semble toujours difficile, pour une caution dirigeante, d'établir, sauf circonstances exceptionnelles, qu'elle n'avait pas les moyens effectifs de se renseigner sur la situation de sa propre société et sur la portée de son engagement. En revanche, une caution dirigeante a éminemment moins de difficultés à prouver qu'elle ne détenait aucune compétence particulière la qualifiant pour mesurer les risques de l'opération dans laquelle elle s'engageait.

particulières en matière financière et en gestion d'entreprise et de redéfinir le profil des chefs d'entreprises. Au moins à l'égard des cautions dirigeantes, le contrat de cautionnement doit redevenir une contrainte légitime, connue et maîtrisée par tous les dirigeants.

Une réforme en ce sens permettrait, avant toute autre chose, de mettre un terme à une politique de relance ayant propulsé un trop grand nombre de dirigeants néophytes et inaptes à la gestion d'entreprise dans la vie entrepreneuriale et présentant *in fine* davantage d'effets indésirables que de propriétés thérapeutiques pour la relance économique.

Comme le Professeur Corinne Saint-Alary-Houin, il convient de préconiser l'encadrement de l'exercice de l'activité entrepreneuriale : « *il faut cesser de penser qu'est "entrepreneur qui veut". L'incitation législative à la création d'entreprise sans vérification de compétence contribue à grossir le nombre des défaillances* »¹⁷⁶². La sauvegarde des cautionnements souscrits par les dirigeants en garantie des dettes de leur société ne passera que par l'encadrement de l'exercice de l'activité entrepreneuriale. L'incitation législative à la création et à la sauvegarde des entreprises sans prendre en considération les compétences des dirigeants a eu pour conséquence de propulser un grand nombre de dirigeants inaptes à la gestion de société vers une activité entrepreneuriale et de les laisser personnellement s'endetter pour des obligations qui, au regard de la conjoncture économique et de leur incompétence personnelle, allaient inévitablement venir grever leur patrimoine personnel et aggraver la crise financière, économique et sociale.

Au lieu d'avoir véritablement relancé l'économie par la création et la sauvegarde d'entreprises, celle-ci est aujourd'hui accablée par les conséquences des faillites d'entreprises gérées et cautionnées par des dirigeants profanes et le surendettement des cautions dirigeantes. Redéfinir le profil des chefs d'entreprises, redonner les compétences et les qualités nécessaires aux dirigeants pour gérer et comprendre la portée de leurs engagements restreindra certes la liberté d'entreprendre aux seuls dirigeants avertis mais elle permettra surtout de préserver l'ordre public économique.

S'il n'est plus envisageable de limiter l'application du nouveau « *droit de la caution personne physique* »¹⁷⁶³ aux cautions dirigeantes, il est encore temps de ne pas systématiser, à leur bénéfice, un « *droit de ne pas payer ses*

1762 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. – Rapport de clôture », *Rev. proc. coll.* 2010/6, dossier 14, n° 15.

1763 N. PICOD, *op. cit.*, n° 283, p. 213.

dettes »¹⁷⁶⁴ qui devient un véritable fléau pour les créanciers qui finiront par refuser d'allouer des crédits aux entreprises cautionnées par leur dirigeant ou se tourneront vers d'autres sûretés personnelles moins protectrices des intérêts de celui-ci.

À trop vouloir relancer l'économie par la création et la sauvegarde d'entreprises massivement cautionnées par leur dirigeant et en instrumentalisant le sort des cautions dirigeantes dans le droit des sûretés, le droit des entreprises en difficultés et le droit du surendettement, le législateur aurait finalement fait perdre tout intérêt au contrat de cautionnement souscrit par un dirigeant en garantie des dettes de sa société. Les cautions dirigeantes peuvent désormais trop facilement se délier de leurs engagements en invoquant les dispositifs relatifs au « *formalisme informatif* »¹⁷⁶⁵, à l'étendue ou à la proportionnalité de leur engagement ou encore au manquement aux obligations légales d'information. Le droit du cautionnement ne rassure plus les créanciers, il ne joue plus sa fonction primaire. Confrontée à cette volonté du législateur et à l'arrivée massive de cautions dirigeantes profanes dans l'activité entrepreneuriale, la jurisprudence n'a pas été en mesure de conserver l'équilibre autrefois trouvé pour préserver l'intérêt des créanciers et l'institution du cautionnement.

459. – L'instauration d'un permis d'entreprendre. L'une des propositions envisageables serait ainsi de créer des « *barrières à l'entrée dans l'univers impitoyable des entreprises* »¹⁷⁶⁶ et d'obliger tout futur chef d'entreprise à se doter de compétences particulières. Afin que les cautions dirigeantes jouent efficacement leur rôle « *d'amortisseur social* »¹⁷⁶⁷ et que le cautionnement du dirigeant redevienne une sûreté personnelle de confiance pour les créanciers, il conviendrait de se rallier aux rares propositions doctrinales en faveur d'un permis d'entreprendre¹⁷⁶⁸. Si l'on veut maintenir le cautionnement du

1764 G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH*, 1936, chron. 57.

1765 Selon A.-S. Barthez, D. Houtcieff et J. Ghestin, l'expression « *formalisme informatif* » ressort des écrits de L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121-122 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, n° I-30, p. 24 (A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir.), *Les sûretés personnelles*, Paris, LGDJ, 2010, n° 509, p. 370, note de bas de page n° 50).

1766 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 41, p. 45.

1767 P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D*, 2014, n° 12, p. 733.

1768 F. PÉROCHON, *op. cit.*, n° 41, p. 45.

dirigeant comme la sûreté personnelle de prédilection et assurer une véritable relance économique *via* la création et la sauvegarde d'entreprises, il est devenu nécessaire de former les dirigeants en matière financière et en gestion d'entreprise et de doter ceux-ci des compétences nécessaires pour apprécier les risques des opérations dans lesquelles ils vont personnellement s'engager ou engager leur société.

D'ailleurs, selon un rapport établi par l'OCDE sur la formation des dirigeants de PME, la mauvaise gestion est la principale cause de faillite des petites et moyennes entreprises : *« dans les économies fondées sur le savoir, les performances des entreprises dépendent des compétences des chefs d'entreprise. (...) Des études démontrent qu'il existe une corrélation positive entre le niveau de formation des dirigeants et les performances d'une PME. Il existe des signes avant-coureurs de l'incidence d'une formation formelle des dirigeants sur la réduction du taux d'échec des petites entreprises, qui courent de plus grands risques de faire faillite que les grandes entreprises, surtout au cours des premières années »*¹⁷⁶⁹. Or, pour l'heure, en France, aucune qualification professionnelle n'est exigée des chefs d'entreprises, sauf en ce qui concerne les activités réglementées et les personnes qui demandent leur immatriculation au Répertoire des Métiers. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 82-1091 du 23 décembre 1982¹⁷⁷⁰, seuls les créateurs d'activités artisanales sont dans l'obligation de suivre un *« stage de préparation à l'installation »* dispensé par les Chambres de Commerce et d'Industrie (CCI)¹⁷⁷¹ avant toute immatriculation au Répertoire des Métiers. Cependant, ce stage, d'une durée moyenne de trente heures, n'est pas suffisant pour doter les dirigeants d'une compétence particulière en financement et en gestion d'entreprise. Le programme de ces formations dispensées par les CCI vise seulement à familiariser ces nouveaux entrepreneurs avec les aspects commerciaux, financiers, juridiques et les usages utiles à la création puis à la gestion d'une entreprise¹⁷⁷².

1769 D. STOREY (dir.), « Rapport sur la formation des dirigeants de PME », *Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)*, 2002.

1770 Ainsi que les décrets d'application n° 83-517 du 24 juin 1983 et n° 93-888 du 2 juillet 1993.

1771 Pour les activités commerciales, de services ou industrielles, les CCI de France ont seulement mis en place des formations facultatives intitulées *« stage 5 jours pour Entreprendre »* destinées aux personnes qui sollicitent pour la première fois leur immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés ou aux dirigeants d'entreprise commerciale en exercice depuis moins d'un an.

1772 Si ces trente heures de formation permettent d'évoquer brièvement les thèmes suivants : *l'étude de marché et la stratégie commerciale, le financement de projet, la fiscalité des entreprises, les formes juridiques et les formalités d'immatriculation, le statut social du dirigeant* ou encore *les aides aux chômeurs, créateurs ou repreneurs d'entreprise*, elles ne

Suite à ces constations, une première suggestion de réforme pourrait être faite en faveur d'une formation obligatoire à destination de tous les futurs chefs d'entreprise, y compris ceux qui demandent leur immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés. Tout futur chef d'entreprise, quelque que soit la nature de l'activité qu'il souhaite exercer, devrait dès lors obligatoirement suivre une formation qualifiante. Pour ce faire, on peut s'inspirer de l'ébauche que constitue le stage obligatoire de préparation à l'installation d'une durée de trente heures organisé par les CCI pour les activités artisanales et proposer de transformer ce stage manifestement initiatique en une véritable formation qualifiante à la gestion d'entreprise et à la matière financière. Il est également possible de s'inspirer des formations obligatoires déjà existantes pour certaines activités réglementées¹⁷⁷³. Préalablement à toute immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés ou au Répertoire des Métiers, le futur dirigeant d'une société exerçant une activité non réglementée aurait ainsi l'obligation de suivre une formation d'une durée suffisamment conséquente (trente heures n'étant pas satisfaisant) pour être spécifiquement formé aux problématiques relatives au financement et à la gestion d'entreprise afin que celui-ci puisse mesurer les risques des opérations dans lesquelles il est susceptible de s'engager personnellement pour créer, financer les projets de son entreprise ou tout simplement pour maintenir celle-ci *in bonis*.

Pour réellement parler de « permis d'entreprendre » et afin de restreindre la création d'entreprise aux seuls entrepreneurs compétents, la fin de cette formation pourrait même être sanctionnée par la réussite d'un examen. L'obligation de suivre une telle formation pourrait – comme tel est déjà le cas pour le stage obligatoire de préparation à l'installation dispensé par les CCI pour les activités artisanales – néanmoins faire l'objet de dispenses pour

permettent assurément pas aux créateurs d'activités artisanales de devenir des professionnels en matière de financement, de stratégie et de gestion d'entreprise.

¹⁷⁷³ L'obligation d'obtenir un agrément pour tout futur dirigeant d'une entreprise de sécurité privée (depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2005-1122 du 6 septembre 2005) est un exemple intéressant. L'obtention de cet agrément nécessite de suivre une formation obligatoire et payante (à titre d'exemple, la formation dispensée par l'École Nationale Supérieure de la Police s'élève à 6.000 euros – non assujetti à la TVA) d'une durée minimale de 240 heures dispensées par des centres de formations agréés. Cette formation dispense bien évidemment des enseignements spécifiques à l'activité de sécurité privée mais le module le plus conséquent en terme de volume horaire concerne étrangement les modalités de création ou de reprise d'une entreprise, les aspects juridiques et financiers de la gestion d'entreprise ou encore l'analyse des risques inhérents à la création et à la gestion d'entreprise. Ce type de formation obligatoire, d'une durée moyenne de six semaines, formerait évidemment plus spécifiquement les futurs dirigeants aux problématiques de gestion et de financement d'entreprise. La création d'un « permis d'entreprendre » pourrait être calquée sur ce modèle.

les personnes titulaires d'un diplôme sanctionnant déjà de telles compétences ou justifiant d'une expérience suffisante en tant que dirigeant d'entreprise. Dans cette dernière hypothèse, la dispense devrait cependant être plus difficilement acquise – avoir été chef d'entreprise ne signifiant pas pour autant être un dirigeant doté de compétences particulières –, elle devrait dès lors également nécessiter la réussite d'un examen.

460. – La conciliation du permis d'entreprendre avec la liberté d'entreprendre. D'aucuns prétendent que de telles mesures ne pourront être adoptées par le législateur sans méconnaître la liberté d'entreprendre qui permet à toute personne physique ou morale de pouvoir exercer l'activité économique de son choix¹⁷⁷⁴. La liberté d'entreprendre connaît cependant déjà de nombreuses limites et le Conseil Constitutionnel admet volontiers que le législateur puisse porter des atteintes proportionnées à cette liberté pour satisfaire d'autres exigences constitutionnelles (ordre public, santé publique, etc.) ou des objectifs d'intérêt général¹⁷⁷⁵. D'ailleurs, lorsque le Conseil Constitutionnel dut se prononcer sur la compatibilité de la liberté d'entreprendre avec la soumission de l'exercice des activités artisanales à une qualification professionnelle préalable, il affirma sans surprise que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre était proportionnée à l'objectif de protection des atteintes à l'ordre public, objectif à valeur constitutionnelle¹⁷⁷⁶.

Or, si le Conseil Constitutionnel considère que la préservation de l'ordre public permet au législateur de réserver l'exercice d'une activité artisanale, *« pouvant présenter des dangers pour ceux qui les exercent ou pour ceux qui y ont recours »*¹⁷⁷⁷, à des professionnels qualifiés et qu'un tel objectif justifie de restreindre la liberté d'entreprendre, il n'y a aucune raison de penser qu'un tel encadrement législatif serait jugé inconstitutionnel à propos des activités devant faire l'objet d'une immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés. En effet, l'exercice d'une activité artisanale n'est pas la seule à présenter des dangers pour ceux qui les exercent ou pour ceux qui y ont recours. Par ailleurs, dans une autre décision QPC datée du 13 mai 2011, le

1774 Principe posé par le décret d'Allarde du 2 et 17 mars 1791 (réaffirmé dans le préambule de la Constitution de 1946 - article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) : *« Il est libre à toute personne d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon. »*

1775 G. LECUYER, M. ROUSSILLE, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit des affaires », in *J.-Cl.Commercial*, LexisNexis, 2013, Fasc. 32, n° 62.

1776 Conseil Constitutionnel, Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011 : *JORF* du 25 juin 2011, n° 0146, p. 10841.

1777 H. AZARIAN, A. MARON, « Droit de l'artisanat », *JCP E* 2011, 1898.

Conseil Constitutionnel avait reconnu que le législateur se devait d'opérer une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général afin de préserver l'ordre public économique¹⁷⁷⁸. Or, au regard de l'actuel contexte économique, personne ne pourrait valablement contester que l'encadrement de l'exercice de l'activité entrepreneuriale est une orientation de l'économie dans un sens qui paraît conforme à l'utilité publique.

461. – Le financement du permis d'entreprendre. Afin de ne pas fixer une limite exclusivement pécuniaire à la liberté d'entreprendre, il convient de prévoir d'éventuels modes de financement pour ce permis d'entreprendre. Premièrement, il ne faut pas écarter d'office la participation financière du futur dirigeant à cette formation, fut-elle obligatoire. Outre la détermination et la motivation qu'une telle participation suggère de la part du futur chef d'entreprise, le financement partiel de cette formation par le principal intéressé permettrait de pallier la suppression d'un capital social minimum autrefois exigé lors de la création d'une société¹⁷⁷⁹. Si l'exigence d'un capital social minimum ne tenait plus son rôle depuis longtemps et ne rassurait plus les créanciers tant il était absorbé rapidement pour les besoins du démarrage de l'activité de l'entreprise, le financement partiel de cette formation par le futur dirigeant remplacerait « l'obstacle » pécuniaire qu'incarnait naguère l'exigence d'un capital social minimum et permettrait aux créanciers d'avoir davantage confiance en une société à l'égard de laquelle le dirigeant aurait déjà investi en numéraire et en industrie.

Ensuite, le coût d'inscription à cette formation pourrait être réduit par divers financements publics ou privés. Les financements publics existants déjà pour le stage facultatif « *5 jours pour Entreprendre* » ou pour le stage obligatoire de préparation à l'installation organisé par les CCI pourraient être maintenus¹⁷⁸⁰ et même accompagnés d'incitations fiscales à destination des

1778 Conseil Constitutionnel, Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011 : *JORF* du 14 mai 2011, n°0112, p. 8400. « L'ordre public économique » a notamment été défini par Gérard FARJAT comme « *L'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat.* » (G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. Berthold Goldman, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1963).

1779 Le montant du capital social est librement défini dans les statuts depuis la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 pour la SARL (C. com., art. L. 223-2 : « *Le montant du capital de la société est fixé par les statuts* ») et depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 pour la SAS (C. com., art. L. 227-2, al. 2 : « *Le montant du capital social est fixé par les statuts* »), de sorte qu'il désormais possible de créer une SARL ou une SAS avec seulement 1 euro de capital social.

1780 Les fonds publics alloués à telles formations ne devraient en aucun cas être considérés

futurs dirigeants (impôt sur le revenu). Par ailleurs, selon la situation ou le statut social du futur dirigeant, d'autres moyens de financement pourraient être envisagés. Lorsque le chef d'entreprise en devenir est demandeur d'emploi, celui-ci pourrait bénéficier des aides déjà allouées par Pôle Emploi dans le cadre d'une création d'entreprise (notamment l'ARCE¹⁷⁸¹) afin de financer cette formation. Lorsque le futur chef d'entreprise était auparavant salarié et a acquis des sommes au titre du Droit Individuel à la Formation (DIF)¹⁷⁸², il serait intéressant que celui-ci puisse en profiter pour financer la formation préalable à la création de son entreprise¹⁷⁸³. Ainsi, au regard de la palette de solutions de financement s'offrant aux futurs chefs d'entreprise, le permis d'entreprendre ne doit pas être réduit à une vision ploutocratique de la création d'entreprise.

462. – Péroraison. Ainsi, si la « caution dirigeante » n'a jamais eu de fondement, d'existence ou même de reconnaissance, sa création par la jurisprudence – ou plus précisément la création d'un régime prétorien réservé aux personnes physiques ayant cautionné les dettes de leur société – jouait un rôle d'amortisseur économique, social et juridique. Si la Cour de cassation stigmatisait autrefois les cautions dirigeantes, c'était avant tout pour protéger l'institution du cautionnement. Cependant, « *les lois aspirant à susciter un "baby-boom" des entreprises* »¹⁷⁸⁴ ont finalement tué la « caution dirigeante » et, avec elle, l'efficacité de leur cautionnement.

Dans un tel contexte, deux solutions se présentent désormais au législateur : soit encadrer l'exercice de l'activité entrepreneuriale et cesser de penser qu'est "entrepreneur qui veut" en incitant à la création d'entreprise sans

comme une dépense inutile mais davantage comme une logique d'investissement qui serait rapidement plus rentable que de faire face aux conséquences des faillites des entreprises et aux procédures de désendettement des cautions dirigeantes.

1781 Dans le cadre de l'Aide à la Reprise ou à la Création d'Entreprise (ARCE), 50 % du montant des allocations sont versées par Pôle Emploi lors de la création de l'entreprise. Ce dispositif est destiné à faciliter le lancement d'un projet de création d'entreprise par un demandeur d'emploi.

1782 Le droit individuel à la formation a pour objectif de permettre à tout salarié de se constituer un crédit d'heures de formation de 20 heures par an, cumulable sur six ans dans la limite de 120 heures (C. trav., art. L. 6323-1 à L. 6323-20 et D. 6323-1 à D. 6323-3). Il est nécessaire de préciser que, suite à l'adoption de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, le « *compte personnel de formation* » se substituera au DIF et permettra de mobiliser pendant 6 ans les heures non consommées au titre du DIF (dispositif entrant en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2015).

1783 Lorsque le demandeur d'emploi en fait la demande, les sommes acquises au titre du DIF permettent déjà de financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de VAE ou de formation. Le paiement de la somme est assuré par l'OPCA dont relève la dernière entreprise dans laquelle l'intéressé a acquis des droits.

1784 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 41, p. 45

jamais vérifier les compétences des dirigeants¹⁷⁸⁵ ; soit accorder la même protection à tous les dirigeants souscrivant une sûreté personnelle en garantie des dettes de leur société. Pour ce faire, il faudrait réformer le droit des sûretés et le droit du surendettement¹⁷⁸⁶, le droit des entreprises en difficulté ayant déjà été harmonisé « *de façon à désamorcer toute stratégie des créanciers dans le but de contourner les nouvelles dispositions favorables aux cautions personnes physiques, la loi de sauvegarde des entreprises assimile quasi-systématiquement aux cautions les coobligés ainsi que les garants autonomes. Le pragmatisme l'emporte ici sur toute considération juridique* »¹⁷⁸⁷. Cependant, sans entrer dans les détails des mécanismes ou des règles régissant les autres sûretés personnelles, ni même évoquer le pouvoir de requalification du juge en la matière, il convient de se ranger à l'avis de la doctrine majoritaire estimant que les règles protectrices du cautionnement l'ont tué et qu'il ne faut pas procéder à l'identique s'agissant des autres sûretés personnelles¹⁷⁸⁸. Ainsi, le législateur n'aurait pas d'autres choix que d'endiguer l'incitation à la création d'entreprise sans vérification des compétences des dirigeants – premier facteur de faillite des TPE et PME selon l'OCDE¹⁷⁸⁹ et, par voie de conséquence, cause de surendettement des cautions dirigeantes – en procédant à l'encadrement de l'exercice d'une activité entrepreneuriale.

L'objectif d'une réforme en ce sens est multiple : elle permettrait premièrement de maintenir l'application du « *droit des cautions personnes physiques* » à tous les dirigeants qui garantissent les dettes de leur société et qui méritent, comme n'importe quelle autre caution personne physique, de connaître précisément l'étendue de leur engagement, de ne pas être tenus au-

1785 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. – Rapport de clôture », *Rev. proc. coll.* 2010/6, dossier 14, n° 15.

1786 L'article L. 330-1 du Code de la consommation ne vise en effet que le cautionnement et les engagements solidaires, excluant les garanties autonomes, la promesse de porte-fort, la délégation ou encore la lettre d'intention alors même que la réforme des procédures collectives avait partiellement tenu compte du constat selon lequel l'objet de l'engagement est identique (une personne s'engage à payer la dette d'un autre) et avait harmonisé le régime du cautionnement et des garanties autonomes (D. LEGAIS, « Cautionnement et surendettement », *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 133).

1787 N. PICOD, *La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Institut de Droit des Affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, n° 6, p. 29-30.

1788 M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010, n° 36, p. 33 et 34.

1789 Selon les chiffres communiqués par l'INSEE et la Banque de France, le nombre de faillites d'entreprises ne cesse d'augmenter. En 2013, les défaillances ont touché 62.429 unités légales dont 53.919 PME. Sur l'ensemble des PME, le nombre de défaillances est en hausse de 2,1 % sur douze mois, principalement du fait des micro-entreprises (BANQUE DE FRANCE, « Les défaillances d'entreprises France », *Stat Info*, janvier 2014).

delà du montant expressément cautionné ou encore d'être informés de l'évolution de la créance et de ses droits par le créancier. Il n'y a pas lieu de priver les cautions dirigeantes de ces droits, ils participent d'ailleurs à une forme de moralisation de la vie des affaires et des pratiques commerciales et bancaires¹⁷⁹⁰. Ensuite, une réforme en ce sens permettrait à la jurisprudence de jouer à nouveau son rôle de conciliateur et de rétablir l'équilibre perdu entre la protection des intérêts du dirigeant et la protection des intérêts du créancier dans le contrat de cautionnement. Nul besoin de modifier les nouvelles lignes jurisprudentielles ou de revenir à une stigmatisation des cautions dirigeantes : en encadrant simplement l'accès à l'activité entrepreneuriale et en cessant de penser qu'est chef d'entreprise qui veut, la Cour de cassation pourrait tout à fait maintenir sa position actuelle, consistant à affirmer qu'une caution avertie est un contractant détenant une compétence particulière en matière financière¹⁷⁹¹ et en gestion d'entreprise la qualifiant pour mesurer les risques des opérations dans lesquelles elle s'engageait. Ces cautions professionnelles ne pourront dès lors plus se retrancher derrière toutes les faveurs prétoriennes réservées aux seules cautions profanes et les créanciers reprendront confiance en l'institution du cautionnement et soutiendront plus volontiers le développement des entreprises. Enfin, s'il est difficile de faire marche arrière sur la récente écriture d'un « droit d'annihiler les effets du cautionnement » en droit des entreprises en difficulté ou d'un « *droit de ne pas payer ses dettes* »¹⁷⁹² en droit du surendettement, on peut légitimement penser qu'un dirigeant particulièrement compétent et qualifié, qui a eu la volonté de se former et de faire céder toutes les « *barrières à l'entrée dans l'univers impitoyable des entreprises* »¹⁷⁹³ agira avant tout dans l'intérêt de sa société et ne recourra aux procédures de désendettement que lorsque toutes les solutions envisageables pour sauver sa société ont malheureusement échoué. L'impératif de justice distributive dispensera alors seulement de leur obligation au paiement les cautions dirigeantes qui le méritent, les victimes de la crise économique¹⁷⁹⁴.

1790 Il serait d'ailleurs souhaitable que la même protection soit accordée à tous dirigeants s'engageant dans une sûreté personnelle en garantie des dettes de leur société, l'objet de leur engagement étant *in fine* identique : une personne physique s'engage à payer la dette d'un autre (*loc. cit.*).

1791 Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-26.262, inédit.

1792 G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH.* 1936, chron. 57.

1793 F. PÉROCHON, *op. cit.*, n° 41, p. 45

1794 M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014, n° 945, p. 276.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET COURS

ALBIGES (Ch.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.),

Droit des sûretés, 4^e éd., coll. Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2013.

AUBERT (J.-L.), FLOUR (J.), SAVAUX (É.),

Les obligations, 1. L'acte juridique, 15^e éd., coll. Sirey Université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2012.

AUBRY (Ch.), RAU (Ch.-F.),

Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 4^e éd. revue et complétée, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie, 1869-1883.

AVENA-ROBARDET (V.), FERRIÈRE (F.),

Surendettement des particuliers, 4^e éd., coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2012.

AYNÈS (L.), CROCQ (P.), MALAURIE (Ph.),

Les sûretés : la publicité foncière, 7^e éd., coll. Droit civil, Defrénois, 2013.

AYNÈS (L.), MALAURIE (Ph.), STOFFEL-MUNCK (Ph.),

Les obligations, 6^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ Lextenso, 2013.

BARTHEZ (A.-S.), HOUTCIEFF (D.), GHESTIN (J.),

Les sûretés personnelles, Paris, LGDJ, 2010.

BÉNABENT (A.),

- *Droit des obligations*, 13^e éd., coll. Domat Droit privé, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2012.

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2013.

BIHR (Ph.), BIHR (M.-H.),

Droit civil général, 19^e éd., coll. Mémentos Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013.

BLAISE (J.-B.),

Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution, 7^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013.

BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.),

Droit des sûretés, 4^e éd., coll. Sirey université (Série droit privé), Paris, Sirey, 2014.

BOURIN (G.-X.), CARDINI (C.), VIGNEAU (V.),

Droit du surendettement des particuliers, 2^e éd., coll. Droit & professionnels, Paris, LexisNexis, 2012.

CABRILLAC (M.), CABRILLAC (S.), MOULY (Ch.), PÉTEL (Ph.),

Droit des sûretés, 9^e éd., coll. Manuels, Paris, Litec, 2010.

CABRILLAC (R.),

Droit des obligations, 11^e éd., coll. Cours Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2014.

CARBONNIER (J.),

Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22^e éd. Refondue, coll. Thémis droit privé, Paris, PUF, 2000.

CASTALDO (A.), LÉVY (J.-Ph.),

Histoire du droit civil, 2^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2010.

**CHABAS (F.), MAZEAUD (H.), MAZEAUD (J.), MAZEAUD (L.),
PICOD (Y.),**

Leçons de droit civil. Tome 3. Premier volume. Sûretés, publicité foncière, 7^e éd. par Y. PICOD, Paris, Montchrestien, 1999.

CORNU (G.),

Vocabulaire juridique, 10^e éd., coll. Quadriges, Paris, PUF, 2014.

DEBARD (Th.), GUINCHARD (S.),

Lexique des termes juridiques, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

DELEBECQUE (Ph.), SIMLER (Ph.),

Droit civil : les sûretés, la publicité foncière, 6^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2012.

JACQUEMONT (A.),

Droit des entreprises en difficulté, 8^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2013.

JOSSERAND (L.),

Cours de droit civil positif français, 2. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939.

JULIEN (J.),

Droit de la consommation et du surendettement, 1^e éd., coll. Cours Montchrestien, Paris, Lextenso, 2009.

LE CORRE (P.-M.),

Droit des entreprises en difficulté, 6^e éd., coll. Mémentos Dalloz, Paris, Dalloz, 2014.

LÉCUYER (H.), LUCAS (F.-X.),

La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2006.

LEGEAIS (D.),

Sûretés et garanties du crédit, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2013.

LEQUETTE (Y.), SIMLER (Ph.), TERRÉ (F.),

Droit civil : les obligations, 11^e éd., coll. Précis Dalloz (Série droit privé), Paris, Dalloz, 2013.

PÉROCHON (F.),

Entreprises en difficulté, 9^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ-Lextenso, 2012.

PICOD (Y.),

Droit des sûretés, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011.

PIEDELIEVRE (S.),

Droit des sûretés, coll. Cours magistral, Paris, Ellipses, 2008.

ROMAN (B.),

Droit du cautionnement, coll. Mise au point, Paris, Ellipses, 2005.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

Droit des entreprises en difficulté, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Paris, LGDJ, 2013.

II – OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

ATIAS (Ch.),

« Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », in
Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Litec, 1999, p. 340.

BIARDEAUD (G.),

Le surendettement, Fascicule théorique de l'École Nationale de la
Magistrature, Paris, Lextenso, 2011.

BOURASSIN (M.),

L'efficacité des garanties personnelles, préf. V. Brémont et M.-N. Jobard-
Bachelier, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006.

BOURASSIN (M.), REVEL (J.),

*Réformes du droit civil et vie des affaires : actes du séminaire organisé par
le Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique*, coll.
Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2014.

**BOUTIRON (X.), CASTANET (P.-J.), LÉCUYER (H.), MARÉCHAL
(C.),**

L'entrepreneur et ses patrimoines, coll. Les Intégrales, Paris, Lextenso,
2012.

BUFNOIR (C.),

*Propriété et contrat : théorie des modes d'acquisition des droits réels et des
sources des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1900.

CAPITANT (H.),

De la cause dans les obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs,
Paris, Dalloz, 1923.

CARBONNIER (J.),

Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2014.

CROCQ (P.),

- « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 340.

- « Sûretés et proportionnalité », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz-Litec, 2006.

DOMAT (J.),

Les lois civiles dans leur ordre naturel, 2^e éd. revue et corr. suivant la copie, Paris, chez la Vve de J.-B. Coignard et J.-B. Coignard fils, 1695.

DUPICHOT (Ph.),

Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, Préf. Michel Grimaldi, coll. Thèses (Université Panthéon-Assas), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005.

DURKHEIM (É.),

Leçons de sociologie, 3^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 1997.

FABRE-MAGNAN (M.),

De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, préf. J. Ghestin, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1992.

FARJAT (G.),

L'ordre public économique, préf. B. Goldman, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1963.

FENET (P.-A.),

Recueil des travaux préparatoires du Code civil, t. XIII, Paris, Videcoq, 1829.

GUINCHARD (S.), MOUSSA (T.),

Droit et pratique des voies d'exécution, 7^e éd., Coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2012.

HOUTCIEFF (D.),

Le principe de cohérence en matière contractuelle, préf. H. Muir Watt, Coll. Institut droit des affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, Vol. 2.

JÉHANNIN (D.), ROLLAND (B.), SCHULTZ (Ph.),

Cautionnement de dettes professionnelles : juridique, fiscal, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Levallois, F. Lefebvre, 2008.

JESTAZ (Ph.),

« L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 295.

JOURDAIN (P.),

« La bonne foi dans les relations entre particuliers dans la formation du contrat, Rapport français », in *La bonne foi - Journées louisianaises du 14 au 17 mai 1992*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, Litec, 1994, t° 43, p. 121.

LEGEAIS (D.),

« La caution dirigeante », in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 599 et s.

LIENHARD (A.),

- *Sauvegarde des entreprises en difficultés : nouvelles pratiques issues de la réforme*, 2^e éd., coll. Ce qu'il vous faut savoir, Paris, Delmas-Dalloz, 2007.

- *Procédures collectives : prévention et conciliation, sauvegarde, sauvegarde financière accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, sanctions, procédure*, 5^e éd., coll. Ce qu'il vous faut savoir, Paris, Delmas-Dalloz, 2013.

MOULY (Ch.),

Les causes d'extinction du contrat de cautionnement, préf. M. Cabrillac, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairies techniques, 1979.

MOUSSERON (J.-M.), TEYSSIÉ, (B.)

Dix ans de droit de l'entreprise, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairies techniques, 1978 (avant-propos).

PETIT (B.), ROBBEZ-MASSON (Ch.),

Le statut du chef d'entreprise, coll. Droit de l'entreprise, Paris, Liaisons, 1994.

PICOD (N.),

La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Institut de Droit des Affaires, Aix-en-

Provence, PUAM, 2008.

ROUTIER (R.),

Obligations et responsabilités du banquier, 3^e éd., coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2011.

VALETTE (É),

Une nouvelle interprétation de l'article 2 du Code civil, Saint-Étienne, Impr. de La Loire républicaine, 1908.

III – ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

ALEXANDRE-CASELLI (C.),

« La société à directoire en chiffres : état des lieux », *RLDA* 2007/18, suppl., n° 1131, p. 45.

ANSAULT (J.-J.),

- « Le cautionnement disproportionné du dirigeant », *RLDC* 2010/72, n° 3848, p. 30.

- « Traitement du surendettement : l'engagement de la caution est-il une dette professionnelle ? » *RLDC* 2010/71, n° 3809, p. 36.

ARCELIN LÉCUYER (L.),

« Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé », *D.* 2011, n° 21, p. 1441.

ATIAS (Ch.),

« Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation », *D.* 2003, n° 38, p. 2620.

ATTARD (J.),

« Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », *RTD com.* 2011, n° 1, p. 11.

AVENA-ROBARDET (V.),

- « Mention manuscrite et bénéfice de subrogation : sévérité de la première Chambre civile à l'égard des cautions », *D.* 2002, n° 30, p. 2403.

- « La situation irrémédiablement compromise du débiteur exploitée par la caution », *D.* 2003, n° 33, p. 2308.

- « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, n° 30, p. 2083.
- « Caution dirigeante : information de la défaillance du débiteur », *D.* 2008, n° 1, p. 7.

AYNÈS (A.),

« EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* 2011/86, n° 4380, p. 28.

AYNÈS (L.),

- « Vice du consentement : dol par réticence de la banque qui n'indique pas à la caution la situation réelle du débiteur », *D.* 1990, n° 42, p. 385.
- « Vice du consentement : erreur de la caution dont l'engagement a une fausse cause », *D.* 1990, n° 42, p. 384.
- « Commencement de preuve par écrit la qualité de gérant est un complément de preuve », *D.* 2001, n° 8, p. 690.
- « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr.* 2003, n° 120, p. 29.
- « L'actualité du droit des sûretés personnelles en 2003 », *RLDC* 2004/5 suppl., n° 210, p. 27.

AYNÈS (L.), DUPICHOT (Ph.),

« Novembre 2007 – août 2008 : sécurité, efficacité », *Dr. et patr.* 2008, n° 174, p. 90.

AZARIAN (H.), MARON (A.),

« Droit de l'artisanat », *JCP E* 2011, 1898.

BAZIN (E.),

« En cas de prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal s'agissant de créances non échues, la déchéance du terme convenu, n'ayant d'effet qu'à l'égard du débiteur, ne peut pas être étendue à la caution », *D.* 1994, n° 40, p. 557.

BERLIOZ (G.),

« Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G* 1979, I 2954.

BESNARD GOUDET (R.),

« La coexistence de deux régimes pour les cautions dirigeants », *Dr. sociétés* 2010, étude 16.

BETOULLE (J.),

« L'aspect délictuel du dol dans la formation des contrats », *Rapport annuel Cour de cassation* 2001, Études et documents, p. 259.

BIARDEAUD (G.), FLORES (Ph.),

« Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux ? », *D.* 2007, n° 3, p. 174.

BOIZARD (M.),

« La réception de la notion de violence économique en droit », *Les Petites Affiches*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

BONNEAU (Th.),

« La réforme des établissements de crédit. – Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013 », *JCP E* 2013, 1429.

BOULOC (B.),

« Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Rev. sociétés* 1992, n° 1, p. 1.

BOUT (R.), BRUSCHI (M.), LUBY (M.), POILLOT-PÉRUZZETTO (S.),

« La notion de consommateur », in *Lamy Droit Économique*, 2014, 4908.

BOUTEILLER (P.),

- « Incidence de la loi du 1er mars 1984 sur le contrat de cautionnement », *JCP E* 1984, I 13512.

- « Loi pour l'initiative économique : le renforcement de la protection des cautions », *RLDA* 2003/64, p. 5.

BRENA (S.),

« Application dans le temps de l'extension du domaine du surendettement à la caution dirigeante de société », *Les Petites Affiches*, 29 juin 2011, n° 128, p. 20.

CABRILLAC (M.),

- « Etablissements de crédit. Cautionnement. Lutte contre les exclusions », *RTD com.* 1998, n° 4, p. 899.

- « La responsabilité d'une banque pour soutien abusif est tempérée par le principe de non-ingérence », *RTD com.* 1999, n° 3, p. 733.

- « L'inobservation de l'obligation annuelle d'information est sanctionnée par

la seule déchéance du droit aux intérêts sauf dol ou faute lourde », *RTD com.* 2001, n° 3, p. 751.

CAMPANA (M.-J.),

« Le cautionnement et l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 25 nov. 1986, p. 717.

CERATI-GAUTHIER (A.),

« Le gérant personne physique condamné à supporter le passif social est éligible aux procédures de surendettement », *JCP E* 2012, 1338.

CHAMPAUD (C.), DANET (D.),

- « Cautionnement. Dirigeant de société, Cessation des fonctions », *RTD com.* 1993, n° 2, p. 327.

- « Cautionnement. Dirigeant. Crédit-bail. Absence de viabilité de l'opération. Responsabilité du créancier », *RTD com.* 1999, n° 3, p. 683.

- « Dirigeants sociaux. Cautionnement. Disproportion de l'engagement. Impossibilité pour la banque de se prévaloir de l'engagement. Article L. 341-4 du Code de la consommation », *RTD com.* 2010, n° 3, p. 552.

CHAUVEL (P.),

« Violence », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, janv. 2013.

CHAZAL (J.-P.),

« La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 2000, n° 43, p. 879.

CLAVEL-THORAVAIL (J.),

« Preuve de l'erreur sur la solvabilité du débiteur cautionné », *RLDC* 2013/102, n° 5010, p. 31.

COLBEAUX (J.),

« Forme du cautionnement », in *Lamy Droit du Dirigeant d'Entreprise*, 2013, 330-31.

COURET (A.), DEVÈZE (J.), PARACHKÉVOVA (I.), POULAIN-REHM (T.), TELLER (M.),

- « Responsabilité du créancier de l'entreprise en difficulté en cas d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur », in *Lamy Droit du financement*, 2014, 3510.

- « Problème du cautionnement par acte authentique », in *Lamy Droit du Financement*, 2014, 4058.

CROCQ (P.),

- « L'obligation d'information annuelle de la caution et la loi relative à la lutte contre les exclusions : chronique de difficultés jurisprudentielles à venir ! », *RTD civ.* 1998, n° 4, p. 955.
- « Le triste sort de l'ancien dirigeant social demeuré caution », *RTD civ.* 2008, n° 2, p. 329.
- « L'obligation d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal s'applique même lorsque la caution est un dirigeant social », *RTD civ.* 2008, n°2, p. 330.
- « Exigence d'une mention manuscrite et notion de créancier professionnel », *RTD civ.* 2009, n°4, p. 758.
- « Droit des sûretés avril 2011- avril 2012 », *D.* 2012, n° 24, p. 1573.
- « L'appréciation de la proportionnalité de l'engagement de la caution par rapport à ses biens et revenus doit-elle tenir compte du succès éventuel de l'opération garantie ? », *RTD civ.* 2012, n° 3, p. 556.

DANET (D.),

- « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD com.* 1994, n° 2, p. 173.

DE GENTILI-PICARD (L.),

- « Sanctions de l'inexécution de l'obligation d'information annuelle de la caution », *JCP G* 2003, II 10152.

DEHARVENG (J.),

- « Le nouveau tarif des administrateurs et des mandataires judiciaires peut-il influencer le traitement des procédures collectives rénovées par la loi de sauvegarde ? », in *Dossier – La loi de sauvegarde : bilan d'étape*, *Cah. dr. entr.* 2007, dossier 11.

DELPECH (X.),

- « L'asymétrie d'information, cause de responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *D.* 2005, n° 37, p. 2588.

DEMEYERE (D.),

- « La loi du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires dans la sauvegarde et le redressement judiciaire », *RLDA* 2012/73, n° 4120, p. 26.
- « Nouvelles précisions de la Cour de cassation sur le régime de responsabilité des fournisseurs de concours dans le cadre de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2013/78, n° 4390, p. 19.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.),

- « La nature civile ou commerciale du cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 72.
- « La saga des mentions manuscrites des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », *Gaz. Pal.* 4-5 déc. 2013, n° 339, p. 13.

EDELMAN (B.),

- « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, n° 29, p. 2315.

FAGES (B.), MESTRE (J.),

- « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », *RTD Civ.* 2000, n° 4, p. 827.
- « Violence morale et dépendance économique », *RTD civ.* 2002, n° 3, p. 502.

FILIOL DE RAIMOND (M.),

- « L'action en comblement du passif n'exclut pas le bénéfice d'une procédure de surendettement », *RLDA* 2012/72, n° 4070, p. 23.

GAUILLONNEAU (M.), HAEHL (J.-Ph.), MUNOZ-PEREZ (B.),

- Rapport sur la prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011*, Ministère de la Justice, 2013.

GHESTIN (J.),

- « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G* 2011, doct. 703.

GHESTIN (J.), SERINET (Y.-M.),

- « Erreur », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2006.

GOMBAULT (V.),

- « Deux ménages sur trois disposent d'internet chez eux », *Insee Première* n° 1340, mars 2011.

GRELON (B.),

- « La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt *Coeur Défense* », *Rev. sociétés* 2011, n° 7, p. 404.

GUENZOU (Y.),

« La crainte révérencielle », *D.* 2010, n° 16, p. 984.

GUYADER (H.),

« Appréciation du caractère disproportionné de l'engagement de caution », *RLDA* 2012/73, n° 4128, p. 34.

HENAFF (G.),

« Dirigeants de personnes morales et surendettement des particuliers », *D.* 2004, n° 41, p. 2991.

HENRY (L.-C.),

« L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et l'ouverture des procédures », *Gaz. Pal.* 6-8 avr. 2014, n° 98, p. 15.

HEUGAS-DARRASPEN (H.),

« Engagement disproportionné de la caution dirigeante, apprécié souverainement par les juges du fond au regard des perspectives de développement de l'entreprise qu'il a créée », *RDI* 2012, n° 7, p. 396.

HOANG (P.),

« De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, n° 21, p. 1458.

HUET (J.),

« Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques », *RLDI* 2011/72, n° 2387, p. 30.

HYEST (J.-J.),

Rapport sur la législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale n° 3451 – Sénat n° 120, déc. 2001, p. 17.

JALLAMION (C.) et C. LISANTI (C.),

« Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaine », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 46.

JOURDAIN (P.),

« Nouvelles précisions sur les conditions et la preuve du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RTD civ.* 2010, n° 1, p. 109.

JUILLET (Ch.),

« Le domaine d'application de l'obligation annuelle d'information de la caution de l'article L. 341-6 du Code de la consommation », *D.* 2013, n° 8, p. 547.

LALOST (R.), RÉGIS (N.),

« Le formalisme en matière de cautionnement », *Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*, septembre 2012.

LASSERE CAPDEVILLE (J.),

- « Harmonisation du statut de l'établissement de crédit à l'échelle de l'Union Européenne », *JCP G* 2013, 805.
- « Précisions à propos des mentions manuscrites requises en matière de cautionnement », *JCP G* 2013, 1074.
- « Champ d'application de l'obligation d'information de la caution figurant à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier », *JCP G* 2014, 301.

LAURIN (B.),

« La GmbH, un modèle de forme sociale », *JCP E* 2012, 1043.

LE CORRE (P.-M.),

- « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.* 2011, n° 13, p. 919.
- « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins...chez la mère : la loi Petroplus du 12 mars 2012 », *Rev. sociétés* 2012, n° 7, p. 412.
- « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 12, p. 733.

LE GAC-PECH (S.), « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC* 2012/97, n° 4838, p. 87.

LÉCUYER (H.),

- « Responsabilité pour manquement aux obligations de conseil, d'information et de mise en garde : débats autour du fait générateur comme des préjudices réparables », *Bull. Joly Bourse*, 1^{er} mai 2014, n° 5, p. 261.
- « Le rétablissement personnel et le couple », *Contrats, conc. consom.* 2005,

comm. 14.

LECUYER (G.), ROUSSILLE (M.),

« La question prioritaire de constitutionnalité et le droit des affaires », in *J.-Cl. Commercial*, LexisNexis, 2013, Fasc. 32.

LEGEAIS (D.),

- « Les groupements de prévention agréés », in *La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application*, Journée d'étude de l'Institut de Droit de l'Entreprise de l'Université de Poitiers (15 mai 1987), *JCP E* 1987, 15066.
- « Conditions de l'engagement par la caution-dirigeant de la responsabilité d'une banque pour soutien abusif à une société en difficultés », *JCP E* 1998, p. 182.
- « Une caution dirigeante peut se prévaloir d'un dol commis par un établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt », *JCP E* 1998, p. 1831.
- « Conditions de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *JCP E* 1999, p. 1730.
- « Conséquences pour le droit des garanties de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 230.
- « Responsabilité du créancier envers la caution », *RTD com.* 2008, n° 2, p. 405.
- « Responsabilité du banquier service du crédit », in *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, LexisNexis, 2008, Fasc. 151.
- « Les obligations d'information mises à la charge des créanciers profitent à l'ensemble des cautions », *RTD com.* 2008, n° 1, p. 169.
- « Cautionnement. Prise en compte de l'engagement de caution du dirigeant pour l'appréciation du surendettement », *RTD com.* 2008, n° 4, p. 835.
- « Cautionnement et surendettement », *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 133.
- « Critère de l'immixtion fautive de l'établissement de crédit. Nécessité de l'existence d'actes positifs de gestion », *RTD com.* 2008, n° 1, p. 161.
- « Étendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de qualification de caution avertie », *JCP E* 2009, 1305.
- « Cautionnement. Créancier professionnel », *RTD com.* 2009, n° 4, p. 796.
- « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E* 2012, 1274.
- « Responsabilité pour fourniture d'un crédit à une entreprise en difficulté fondée sur l'article L. 650-1 du Code de commerce. Exigence d'un crédit fautif », *RTD com.* 2012, n° 2, p. 384.

- « Conditions de la responsabilité d'une banque à l'égard d'un dirigeant pour la fourniture d'un crédit excessif », *Rev. sociétés* 2012, n° 10, p. 562.
- « Conditions de mise en jeu du devoir de mise en garde », *RTD com.* 2012, n° 2, p. 382.
- « Champ d'application des dispositions du Code de la consommation », *RTD com.* 2012, n° 1, p. 177.
- « Validité d'une mention manuscrite d'un cautionnement solidaire substituant le terme "banque" à ceux de "prêteur" et de "créancier" », *JCP E* 2013, 1268.
- « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés*, 2013, n° 12, p. 680.

LEGRAND (V.),

« Le sort des cautions dirigeantes... », *Les Petites Affiches*, 18 juill. 2012, n° 143, p. 7.

LEGROS (J.-P.), ref. par ANSAULT (J.-J.),

« Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in *J.-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2013, Fasc. 36-50.

LICARI (F.-X.),

- « Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information qui incombe à l'établissement de crédit », *JCP G* 2002, II 10043.

LIENHARD (A.),

- « Immunité en cas de soutien abusif : application dans le temps », *D.* 2012, n° 26, p. 1670.
- « Plan de sauvegarde : reprise des poursuites contre les garants », *Dalloz Actualité*, 18 janv. 2012.
- « Mesures conservatoires : décret d'application de la loi "Petroplus" du 12 mars 2012 », *Dalloz Actualité*, 30 oct. 2012.
- « Ordonnance de réforme : mesures relatives à la sauvegarde », *D.* 2014, n° 11, p. 662.

LISANTI (C.),

« Caution simple et plan de continuation », *D.* 2005, n° 9, p. 653.

LUCAS (F.-X.),

« Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *Bull. Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 111.

LUTUN (O.),

« L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RD bancaire et fin.* 2003, dossier 100048.

MACORIG-VENIER (F.),

- « Détection des difficultés des entreprises. Analyse de l'information / contrôle de gestion », *RTD com.* 2003, n° 4, p. 806.
- « Le soutien abusif », in *Le banquier au coeur des risques – Réflexions croisées*, *RLDA* 2008/24, n° 1497, p. 119.

MARRAUD DES GROTTES (G.),

« Caution, sauvegarde, mesure conservatoire et titre exécutoire : un beau programme ! », *RLDC* 2012/91, n° 4587, p. 34.

MARTIN-SERF (A.),

« Cautionnement. Liquidation, Déchéance du terme, Opposabilité à la caution. Possibilité d'une clause contraire », *RTD com.* 1995, n° 1, p. 204.

MAZEAUD (D.),

« Régime de la violence économique », *D.* 2002, n° 37, p. 2844.

MAZUYER (E.),

« Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information », *D.* 2004, n° 4, p. 262.

MESTRE (J.),

- « La clôture d'une procédure collective pour insuffisance d'actif n'éteint pas les créances », *RTD civ.* 1994, n° 2, p. 360.
- « La difficile preuve de la novation », *RTD civ.* 1998, n° 2, p. 377.

MONSÉRIÉ-BON (M.-H.),

« La mise en oeuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » in *Dossier La loi de sauvegarde a l'âge de raison, Dr. et patr.* 2013, n° 223, p. 53.

MONTELS (B.),

« La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002, n° 3, p. 417.

MORVAN (P.),

- « Le cautionnement contracté par un dirigeant social n'est limité à la durée

de ses fonctions que si cela est précisé dans l'acte », *D.* 1991, n° 13, p. 177.

- « Absence de validité du cautionnement solidaire signé sous l'emprise d'une violence morale », *D.* 1992, n° 13, p. 166.

NETTER (E.),

« Caution et établissement de crédit : retour sur le devoir de mise en garde et les garanties disproportionnées », *RLDC* 2012/96, n° 4776, p. 23.

NOTTÉ (G.),

« Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. – Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, 230.

PAISANT (G.),

« Du caractère professionnel ou non d'une dette contractée en qualité de caution », *RTD com.* 2010, n° 2, p. 436.

PALVADEAU (E.),

« Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* 2012, n° 218, p. 36.

PELLIER (J.-D.),

« Cautionnement et droit de gage général », *JCP G* 2014, 207.

PÉROCHON (F.),

« Procédures collectives et cautionnement », in *Le Cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, V^e rencontres de l'ARNU Montpellier-Nîmes-Avignon-Perpignan tenues à Nîmes le 7 févr. 2008, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 77.

PÉTEL (Ph.),

« Le dirigeant garant », *Rev. proc. coll.* 2010/6, dossier 7.

PETIT (B), ROUXEL (S.),

- « Contrats et obligations. – Obligation d'information. », *J.-Cl. Civil Code (art. 1136 à 1145)*, LexisNexis, 2011, Fasc. 50, n° 21.

- « Contrats et obligations. – Violence », *J.-Cl. Civil Code (art. 1111 à 1115)*, LexisNexis, 2013, Fasc. unique, n° 33.

PICOD (Y.),

« Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, n° 24, p. 1971.

PICOD (Y.), VALETTE-ERCOLE (V.),

« Surendettement des particuliers », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2013.

PIEDELIEVRE (A.),

« Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 1982, n° 1, p. 85.

PIEDELIEVRE (S.),

- « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP G* 1998, I 170.

- « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003 », *Defrénois* 2003, art. 37827, p. 1371.

- « La notion de créancier professionnel en matière de cautionnement », *D.* 2009, n° 32, p. 2198.

- « Saisie conservatoire et procédures collectives », *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 21.

PIETTE (G.),

« Cautionnement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009.

PUTMAN (E.),

« Le sort des procédures civiles d'exécution en cas de surendettement », *Dr. et procéd.* 2007, p. 248.

RAYMOND (G.),

« Définition du créancier professionnel », *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 255.

RIASSETTO (I.),

- « Le dirigeant, l'associé et les conditions de formation d'un cautionnement », *Rev. sociétés* 2012, n° 9, p. 487.

- « Soumission du cautionnement du dirigeant au formalisme du Code de la consommation », *Rev. sociétés* 2012, n° 5, p. 286.

- « Caution avertie et disproportion : méthodes d'appréciation des conditions », *Rev. sociétés* 2012, n° 1, p. 44.

- « Devoir de mise en garde envers le dirigeant caution », *Rev. sociétés* 2013, n° 7, p. 423.

RICHARD (È.),

« L'obligation d'information annuelle de la caution dirigeante », *RD*

bancaire et fin. 2011, étude 20.

RIPERT (G.),

« Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH.* 1936, chron. 57.

ROBINE (D.),

« La Cour de cassation consolide l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDA* 2012/73, n° 4119, p. 21.

ROCHFELD (J.),

« Cause », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2012.

ROUSSEL GALLE (Ph.),

- « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *Les Petites Affiches*, 12 juill. 2006, n° 138, p. 10.

- « La procédure de sauvegarde. – Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », *JCP E* 2006, 2437.

- « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté ! », *JCP E* 2012, 192.

- « Le gérant de SARL poursuivi en comblement de passif, peut bénéficier d'une procédure de surendettement », *Rev. sociétés* 2012, n° 6, p. 395.

SAINT-ALARY (B.),

« L'évolution législative du sort du dirigeant caution », *RLDC* 2009/58 suppl., n° 3364, p. 39.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- « Les remises du plan bénéficient aux cautions non solidaires », *RTD com.* 2005, n° 3, p. 594.

- « Les privilèges de la procédure », *Les Petites Affiches*, 14 juin 2007, n° 119, p. 70.

- « Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. – Rapport de clôture », *Rev. proc. coll.* 2010/6, dossier 14.

SAINT-PAU (J.-C.),

« Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Fait générateur. – Inexécution imputable au débiteur » in *J.-Cl. Civil Code (art. 1146 à 1155)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 11-20.

SAINTOURENS (B.),

« Adhésion d'un commerçant ou d'un artisan à un groupement de prévention agréé », *RTD com.* 2003, n° 4, p. 693.

SIMLER (Ph.),

- « Étendue du devoir d'information (C. mon. fin., art. L. 313-22) en cas de cautionnement d'une ouverture de crédit en compte courant », *JCP G* 2012, 327.

- « Cautionnement. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats », in *J.-Cl. Civil Code (art. 2288 à 2320)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 20.

- « Cautionnement. – Étendue » in *J.-Cl. Civil Code (art. 2288 à 2320)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 30.

- « Cautionnement. – Extinction par voie principale » in *J.-Cl. Civil Code (art. 2288 à 2320)*, LexisNexis, 2013, Fasc. 70.

STORCK (M.),

« L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », in *Problématiques autour du droit du crédit*, Colloque tenu à l'Université Robert Schuman de Strasbourg le vendredi 20 juin 2008, *RLDA* 2008/31, n° 1907, p. 82.

VILLANI (D.),

« Les cautions "informées" sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD com.* 1995, n° 2, p. 291.

VUILLEMIN-GONZALEZ (C.),

« La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, n° 41, p. 3338.

IV – NOTES, OBSERVATIONS, AVIS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

ALBIGES (Ch.),

- note sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-12.226, *Gaz. Pal.* 5-6 mai 2010, n° 126, p. 16.

- note sous Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-15.038, *JCP G* 2014, 899.

ANCEL (P.),

- note sous Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.626, *D.* 1990, p. 3.

ANSAULT (J.-J.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910, *RLDC* 2009/66, n° 3646, p. 24.
- obs. sous Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-19.268, *RLDC* 2010/69, n° 3744, p. 30.
- obs. sous Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-66.309, *RLDC* 2010/72, n° 3848, p. 30.
- obs. sous Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69.807, *RLDC* 2011/79, n° 4129, p. 33.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, n° 09-72.819, *RLDC* 2011/82, n° 4240, p. 35.
- obs. sous Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-19.564, *RLDC* 2011/85, n° 4348, p. 34.

ARCELIN LÉCUYER (L.),

- obs. sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *D.* 2011, p. 1441.

AUBERT (J.-L.),

- obs. sous Cass. com., 6 juin 1985, n° 83-15.356, *Defrénois* 1985, p. 1454.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18.003, *Defrénois* 1990, p. 741.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, n° 91-12.115, *Defrénois* 1993, p. 730.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, n° 93-17.388, *Defrénois* 1995, p. 1399.

AUBRY (H.),

- obs. sous Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-18.500, *D.* 2010, p. 790.

AVENA-ROBARDET (V.),

- obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, n° 96-22.035, *D.* 2001, p. 1793.
- obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14.486, *D.* 2001, p. 1795.
- obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, n° 99-12.124, *D.* 2001, p. 1795.
- note sous Cass. com., 29 mai 2001, n° 97-11.151, *D.* 2001, p. 2122.
- obs. sous Cass. com., 6 nov. 2001, n° 99-12.124, *D.* 2001, p. 3615.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511, *D.* 2003, p. 2309.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2003, n° 01-02.664, *D.* 2003, p. 2308.

- obs. sous Cass. com., 3 déc. 2003, n° 99-12.653, *D.* 2004, p. 206.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863, *D.* 2006, p. 2907.
- obs. sous Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308, *D.* 2007, p. 651.
- obs. sous Cass. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *D.* 2007, p. 1782.
- obs. sous Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-12.284, *D.* 2007, p. 3066.
- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *D.* 2008, p. 7.
- obs. sous Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13.735, *D.* 2008, p. 474.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.173, *D.* 2009, p. 2860.
- obs. sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *D.* 2010, p. 1620.
- obs. sous Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69.807, *D.* 2011, p. 156.
- obs. sous Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358, *D.* 2011, p. 1132.
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630, *D.* 2012, p. 276.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *D.* 2012, p. 1120.
- obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720, *D.* 2013, p. 1113.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-18.478, *D.* 2013, p. 1615.
- obs. sous Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278, *D.* 2013, p. 2332.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, n° 12-28.977, *Dalloz Actualité*, 19 sept. 2014.

AYNÈS (L.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1986, n° 84-11.117, *D.* 1987, p. 446.
- obs. sous Cass. com., 3 mars 1987, n° 85-15.157, *D.* 1987, p. 449.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1987, n° 85-15.760, *D.* 1987, p. 442.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1989, n° 87-17.599, *D.* 1990, p. 384.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294, *Defrénois* 1989, p. 131.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294, *D.* 1990, p. 385.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18.003, *Defrénois* 1990, p. 441.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1990, n° 89-13.270, *D.* 1991, p. 385.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992, n° 90-21.183, *D.* 1993, p. 311.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 1995, n° 92-18.988, *D.* 1996, p. 266.
- note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Defrénois* 1997, p. 1424.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163, *Defrénois* 1997, p. 1425.
- obs. sous Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-12.493, *D.* 2001, p. 690.
- obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *D.* 2001, p. 3236.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 99-18.017, *D.* 2002, p. 3334.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *RLDA* 2006/10, n° 567, p. 49.

AYNÈS (L.), DUPICHOT (Ph.),

- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *Dr. et patr.* 2008, n° 174, p. 92.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2012, n° 11-11.461, *Dr. et patr.* 2012, n° 216, p. 102.

BANDRAC (M.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1990, n° 89-13.270, *RTD civ.* 1991, p. 149.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1992, n° 90-17.735, *RTD civ.* 1992, p. 602.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163, *RTD civ.* 1997, p. 970.

BARBIER (H.),

- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *RTD civ.* 2013, p. 607.

BARBIÉRI (J.-F.),

- note sous Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-11.238 et 01-01.204, *Bull. Joly* 2004, p. 220.
- obs. sous Aix-en-Provence, 1^{re} ch. A, 11 sept. 2007, n° 06/06990, *Bull. Joly* 2008, p. 401.

BARTHEZ (A.-S.),

- obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720, *RDC* 2013, p. 1450.

BENSAMOUN (A.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188, *D.* 2006, p. 1025.

BIARDEAUD (G.), FLORES (Ph.),

- obs. sous TGI Tulle, 22 sept. 2005, n° 04/00067, *D.* 2007, p. 174.

BOCCARA (M.), GUILLOT (J.-L.),

- note sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, *Banque* 2012, p. 84.

BONNEAU (Th.),

- obs. sous Cass. com., 12 mai 1992, n° 90-13.077, *Dr. sociétés* 1992, comm. 196.
- note sous Cass. com., 5 oct. 1993, n° 90-20.313, *Dr. sociétés* 1994, comm. 3.
- obs. sous Cass. com., 17 mai 1994, n° 92-13.103, *Dr. sociétés* 1994, comm. 164.
- note sous Cass. com., 11 avr. 1995, n° 93-10.575, *Dr. sociétés* 1995, comm. 59.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1996, n° 94-10.789, *Dr. sociétés* 1996, comm. 143.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *Dr. sociétés* 2002, comm. 126.
- obs. sous Cass. 3^e civ., 23 juin 2004, n° 02-14.289, *Banque et droit*, sept.-oct. 2004, p. 86.
- obs. sous Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677, *Banque et droit*, janv.-févr. 2008, p. 26.
- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *Banque et droit*, mars-avr. 2008, p. 17.
- obs. sous Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13.735, *Banque et droit*, mars-avr. 2008, p. 17.
- obs. sous Rouen, 18 déc. 2008, *Banque et droit*, mars-avr. 2009, p. 32.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 07-12.134, *Banque et droit*, mai-juin 2009, p. 24.
- obs. sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *Banque et droit*, janv.-févr. 2010, p. 20.
- obs. sous Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-19.564, *Banque et droit*, sept.-oct. 2011, p. 20.
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, *Banque et droit*, mars-avr. 2012, p. 21.
- obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *Banque et droit* mai-juin 2012, p. 22.
- obs. sous Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, *Banque et droit* janv.-févr. 2013, p. 22.

BOULOC (B.),

- obs. sous Versailles, 13^e ch., 28 juin 1990, *JurisData* n° 1990-043078, *D.* 1991, p. 53.

BOULOC (B.), CHATAIN (P.-L.),

- note sous TI Le Raincy, 18 mai 1990 : *D.* 1991, p. 54.
- obs. sous TI Longjumeau, 11 oct. 1990, *D.* 1991, p. 52.

BOULOC (B.), FERRIÈRE (F.),

- obs. sous Riom, 22 mai 1991 : *D.* 1992, p. 106.

BOUSQUET (J.-C.),

- note sous Cass. com., 21 janv. 1980, n° 78-16.308, *D.* 1981, p. 34.

BRENA (S.),

- note sous Cass. 2^e civ., 2 déc. 2010, n° 09-67.503, *Les Petites Affiches*, 29 juin 2011, n° 128, p. 20.

BRENNER (C.),

- note sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Les Petites Affiches*, 18 juillet 2003, n° 143, p. 12.

BRETON (A.),

- note sous Cass. civ., 30 mai 1927, *S.* 1928, I, p. 105.

BRUSCHI (M.),

- obs. sous Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004, n° 03-04.013, *RDC* 2004, p. 953.

BUY (G.),

- note sous Cass. com., 1^{er} oct. 2002, n° 00-13.189, *JCP G* 2003, II 10072.

CABRILLAC (M.),

- obs. sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *RTD com.* 1997, p. 662.
- obs. sous Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088, *RTD com.* 1999, p. 733.
- obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14.486 ; *RTD com.* 2001, p. 751.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *RTD com.* 2002, p. 524.

CABRILLAC (M.), TEYSSIÉ (B.),

- obs. sous Cass. com., 20 déc. 1982, n° 81-12.579, *RTD com.* 1983, p. 446.
- obs. sous Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-19.872, *RTD com.* 1993, p. 146.
- obs. sous Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15.183, *RTD com.* 1993, p. 698.
- obs. sous Cass. com., 9 nov. 1993, n° 91-18.337, *RTD com.* 1994, p. 86.

CABRILLAC (S.),

- obs. sous Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358, *Defrénois* 2012, p. 235.
- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *Defrénois* 2014, p. 434.

CAGNOLI (P.)

- note sous Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-18.018, *Act. proc. coll.* 2014, comm. 188.

CARON (Ch.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 80.

CARON (Ch.), TOURNAFOND (O.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *D.* 2002, p. 927.

CASEY (J.),

- note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *D.* 1998, p. 208.
- note sous Paris, 27 nov. 1998, 15^e ch., n° 1997/22306, *JCP G* 1999, II 10092.
- note sous Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-12.653, *JCP G* 1999, II 10184.

CERATI-GAUTHIER (A.),

- note sous Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *JCP E* 2012, 1338.

CERLES (A.),

- obs. sous Cass. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 145.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009, n° 07-20.250, *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 121.
- obs. sous Cass. com., 13 avr. 2010, n° 08-20.923, *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 63.
- obs. sous Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.171, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 9.
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 45.
- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 130.

CERLES (A.), LEGEAIS (D.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 126.

CHABAS (F.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 4 mai 1983, n° 79-16.575, *RTD civ.* 1984, p. 113.

CHAMPAUD (C.), DANET (D.),

- obs. sous Cass. com., 23 juin 1998, n° 95-16.117, *RTD com.* 1999, p. 683.
- obs. sous Cass. com., 18 mai 1999, n° 96-13.796, *RTD com.* 1999, p. 686.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2004, n° 02-19.445, *RTD com.* 2004, p. 748.
- obs. sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *RTD com.* 2010, p. 552.

CHAUVEL (P.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, n° 93-17.388, *D.* 1997, p. 20.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Dr et patr.* 2000, n° 86, p. 100.
- note sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *JCP E* 2002, 764.

CHAUVIN (P.), CRETON (C.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *D.* 2009, p. 747.

CHAZAL (J.-P.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *D.* 2000, p. 879.

CHAZAL (J.-P.), GRIDEL (J.-P.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *D.* 2002, p. 1860.

CHÉRIGNY (F.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *JCP E* 2003, 278.

CONSTANTIN (A.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *JCP G* 2001, I 330.

CONTAMINE-RAYNAUD (M.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1988, n° 86-17.495, *RD bancaire et bourse* 1988, p. 203.
- obs. sous Cass. com., 18 avr. 1989, n° 86-13.867, *RD bancaire et bourse* 1989, p. 217.
- obs. sous Rennes, 1^e ch., 10 avr. 1991, *JurisData* n° 1991-044756, *RD bancaire et bourse* 1992, p. 80.
- obs. sous Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15.183, *RD bancaire et bourse* 1993, p. 255.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1994, n° 92-19.609, *RD bancaire et bourse* 1994, p. 238.
- obs. sous Dijon, 1^e ch., 6 mai 1997, *JurisData* n° 1997-041223, *RD bancaire et bourse* 1997, p. 241.

COPPER-ROYER (J.),

- note sous Cass. com., 1^{er} avr. 1952, *D.* 1952, p. 380 et p. 685.

COURET (A.), DONDERO (B.),

- note sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *JCP E* 2011, 1215.

COURTIER (J.-L.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *RJ com.* 2003, p. 276.

CRÉDOT (F.-J.), GÉRARD (Y.),

- obs. sous Cass. com., 9 nov. 1993, n° 91-18.337, *RD bancaire et bourse* 1994, p. 236.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, n° 93-21.398, *RD bancaire et bourse* 1997, p. 23.
- note sous Cass. com., 31 mars 1998, n° 95-15.325, *RD bancaire et bourse* 1998, p. 102.

CRÉDOT (F.-J.), SAMIN (Th.),

- obs. sous Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308, *RTD civ.* 2007, p. 370.
- obs. sous Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677, *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 26.
- obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 114.

CROCQ (P.),

- obs. sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *RTD civ.* 1998, p. 157.
- obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14.486, *RTD civ.* 2001, p. 922.
- obs. sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *RTD civ.* 2003, p. 124.
- obs. sous Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-17.235, *RTD civ.* 2005, p. 429.
- obs. sous Cass. com., 24 mai 2005, n° 03-16.338 et n° 00-19.721, *D.* 2005, p. 2054.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *RTD civ.* 2006, p. 799.
- obs. sous Cass. ch. Mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863, *RTD civ.* 2007, p. 157.
- obs. sous Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-15.362, *RTD civ.* 2007, p. 372.
- obs. sous Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308, *RTD civ.* 2007, p. 370.
- obs. sous Cass. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *RTD civ.* 2008, p. 331.
- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *D.* 2008, p. 2108.
- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *RTD civ.* 2008, p. 330.
- obs. sous Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-12.284, *D.* 2008, p. 2104.
- obs. sous Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-12.284, *RTD civ.* 2008, p. 328.
- note sous Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13.735, *RTD civ.* 2008, p. 329.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910, *RTD civ.* 2009, p. 758.

- obs. sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *RTD civ.* 2010, p. 593.
- obs. sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760, *RTD civ.* 2010, p. 593.
- obs. sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699, *RTD civ.* 2011, p. 375.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2012, n° 11-11.461, *RTD civ.* 2012, p. 556.
- obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720, *D.* 2013, p. 1706.
- obs. sous Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-29.030, *D.* 2013, p. 1706.
- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *D.* 2013, p. 1710.

CROZE (H.),

- note sous Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15.183, *JCP G* 1993, II 22147.
- obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, n° 96-22.035, *Procédures* 2001, comm. 124.

DAMIEN (A.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1976, n° 75-12.992, *Gaz. Pal.* 1977, n° 1, p. 67.

DAMMANN (R.), RAPP (A.),

- note sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *D.* 2012, p. 1455.

DE GENTILI-PICARD (L.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2003, n° 99-20.023, *JCP G* 2003, II 10152.

DELEBECQUE (Ph.),

- note sous Cass. com., 21 juin 1988, n° 86-10.128, *JCP G* 1989, II 21170.
- note sous Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-19.872, *Rev. sociétés* 1993, p. 415.
- note sous Cass. com., 1^{er} juin 1993, n° 91-10.198, *Bull. Joly* 1993, p. 1113.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Defrénois* 2000, p. 1124.

DELEBECQUE (Ph.), MOULY (Ch.),

- note sous T. com. Paris, 14 févr. 1983, *RJ com.* 1984, p. 305.

DELEBECQUE (Ph.), SIMLER (Ph.),

- obs. sous Cass. com., 18 févr. 1992, n° 89-21.187, *JCP G* 1992, I 3623.
- obs. sous Cass. com., 11 juill. 1995, n° 93-17.516, *JCP E* 1997, 631.
- obs. sous Lyon, 3^e ch., 16 janv. 1998, n° 95/01989, *JCP G* 1999, I 116.
- obs. sous Paris, 27 nov. 1998, 15^e ch., n° 1997/22306, *JCP G* 1999, I 116.
- obs. sous Paris, 15^e ch. A, 9 févr. 1999, n° 1996/14550, *JCP G* 2000, I 209.
- obs. sous Paris, 8^e ch. B, 10 juin 1999, n° 1998/22364, *JCP* 2000, I 209.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *JCP G* 2002, I 162.
- obs. sous Rennes, 19 déc. 2003, *JurisData* n° 2003-233411, *JCP G* 2004, I 141.
- obs. sous Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308, *JCP G* 2007, I 158.

DELPECH (X.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997, n° 95-19.940, *D. aff.* 1998, p. 148.
- note sous Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677, *D.* 2007, p. 2870.

DEMEYERE (D.),

- obs. sous Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-23.213, *RLDA* 2013/78, n° 4390, p. 19.

DENIZOT (A.),

- note sous Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358, *Gaz. Pal.* 4-5 mai 2011, n° 125, p. 13.

DESGORCES (R.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511, *JCP G* 2003, II 10144.

DEVÈZE (J.),

- obs. sous Cass. com., 28 mai 2002, n° 98-20.212, *Bull. Joly* 2002, p. 1039.
- note sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Bull. Joly* 2003, p. 133.

DJEFAFLIA (H.),

- obs. sous Nîmes, 2^e ch. B, 16 févr. 2012, n° 10/05166, *JCP G* 2012, 688.

DJOUDI (J.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, n° 99-18.017, *D.* 2002, p. 3071.

DONTENWILLE (D.-H.),

- obs. sous Cass. ass. plén., 21 déc. 1990, n° 88-15.744, *JCP G* 1991, II 21640.

DOUCHY-LOUDOT (M.),

- obs. sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *D.* 2010, p. 989.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.),

- obs. sous Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-19.268, *Gaz. Pal.* 5-6 mai 2010, n° 126, p. 16.

- obs. sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760, *Gaz. Pal.* 8-9 sept. 2010, n° 252, p. 17.
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, *Gaz. Pal.* 28-29 mars 2012, n° 89, p. 14.
- obs. sous Cass. com., 19. févr. 2013, n° 11-28.423, *Gaz. Pal.* 20-21 mars 2013, n° 80, p. 20.
- obs. sous Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278, *Gaz. Pal.* 4-5 déc. 2013, n° 339, p. 13.
- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *Gaz. Pal.* 2-4 juin 2013, n° 164, p. 16.

DUMOULIN (L.),

- note sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *JCP G* 2009, 422.

DUPICHOT (Ph.),

- note sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *Dr. et patr.* 2010, n° 195, p. 89.
- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *Dr. et patr.* 2014, n° 233, p. 61.

DURRY (G.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1975, n° 72-13.217, *RTD civ.* 1975, p. 537.

FAGES (B.), MESTRE (J.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *RTD civ.* 2000, p. 827.
- obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *RTD civ.* 2001, p. 353.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *RTD civ.* 2002, p. 502.
- obs. sous Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, *RTD civ.* 2004, p. 86.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188, *RTD civ.* 2005, p. 588.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 04-13.512, *RTD civ.* 2006, p. 768.

FAUGÉROLAS (L.),

- note sous Cass. com., 21 juin 1988, n° 86-10.128, *Rev. sociétés* 1988, p. 540.

FAVARIO (T.),

- note sous Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *Bull. Joly Entreprises en Difficulté* 2012, p. 208.

FENOUILLET (D.),

- obs. sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760, *RDC* 2011, p. 135.

FORTIS (E.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 91-04.028, *D.* 1992, p. 406.

FOUQUET (O.),

- note sous CE, 22 déc. 1989, n°56.905 et CE, 12 déc. 1990, n° 11.3038, *Rev. dr. fisc.* 1998, comm. 1338.

FRÉMONT (V.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163, *D.* 1999, p. 181.

GARE (T.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163, *JCP G* 1997, II 22916.

GAURY (C.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1975, n° 72-13.217, *D.* 1975, p. 405.

GAUTIER (P.-Y.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *RTD civ.* 2000, p. 863.

GAVALDA (C.),

- note sous Cass. com., 1^{er} juin 1993, n° 91-10.198, *Rev. sociétés* 1993, p. 783.

GENTILI (Ch.),

- note sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *Les Petites Affiches*, 30 oct. 2001, n° 216, p. 16.

GHESTIN (J.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-10.503, *JCP G* 2011, 566.

GIBIRILA (D.),

- obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, *Defrénois* 2004, p. 1663.

GJIDARA-DECAIX (S.)

- note sous Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, n° 09-72.819, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 125.

- obs. sous Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 119.

GOURIO (A.),

- note sous Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, *JCP G* 2007, II

10146.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *JCP G* 2009, II 10091.

GRANJON (V.),

- CE, 22 juin 1983, 7^e et 8^e SSR, n° 32.531, *JCP E* 1989, II 15463.

GRELON (B.)

- obs. sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *Rev. sociétés* 2011, p. 404.

GUILLOT (J.-L.),

- obs. sous Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15.183, *Banque* 1994, p. 94.

GUYÉNOT (J.),

- note sous Paris, 25^e ch., 27 sept. 1977 : JurisData n° 1977-255050, *Gaz. Pal.* 1978, n° 1, p. 110.

HÉMARD (J.),

- obs. sous Cass. com., 16 oct. 1978, n° 77-10.319, *Rev. sociétés* 1979, p. 813.

HEUGAS-DARRASPEN (H.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *RDI* 2009, p. 235.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2012, n° 11-11.461, *RDI* 2012, p. 396.

HOLLEAUX (D.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1959, *D.* 1960, p. 187.

HOUIN (R.),

- obs. sous Cass. com., 8 nov. 1972, n° 71-11.879, *RTD com.* 1973, p. 294.

HOUTCIEFF (D.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2002, n° 00-18.726, *RDC* 2003, p. 179.
- note sous Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *JCP G* 2006, II 10180.
- obs. sous Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-15.362, *RDC* 2008, p. 423.
- note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *D.* 2007, p. 2201.
- note sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, *JCP E* 2006, 2775.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009, n° 07-20.250, *RDC* 2009, p. 1514.
- note sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *D.* 2009, p. 2971.
- note sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *D.* 2010, p. 1985.

JACOB (F.),

- obs. sous Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-12.653, *Banque et droit*, juill.-août 1999, p. 35.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *Banque et droit*, nov.-déc. 2006, p. 50.
- obs. sous Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308, *Banque et droit*, mars-avr. 2007, p. 59.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910, *Banque et droit*, sept.-oct. 2009, p. 44.
- obs. sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67814, *Banque et droit*, sept.-oct. 2010, p. 59.

JAMIN (Ch.),

- note sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *JCP G* 2002, II 10027.

JOURDAIN (P.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *RTD civ.* 2009, p. 536.

JUILLET (Ch.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 10-28.372, *D.* 2013, p. 547.

KOERING (C.),

- note sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *D.* 2003, p. 414.

LARROUMET (C.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1975, n° 72-13.217, *JCP G* 1975, II 18100.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, *D.* 2009, p. 1179.
- obs. sous Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278, *JCP G* 2013, 1074.
- obs. sous Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-24.592, *JCP G* 2014, 301.

LE CANNU (P.),

- note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. Joly* 1997, p. 866.

LE CORRE (P.-M.),

- note sous Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998, *Bull. Joly* 2009, p. 278.
- note sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *D.* 2011, p. 919.

LE CORRE-BROLY (E.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2013, n° 12-21.126, *Gaz. Pal.* 29 sept.-1^{er} oct. 2013, n° 274, p. 35.

LE GALLOU (C.),

- obs. sous Cass. com., 20 sept. 2005, n° 04-10.856, *RLDC* 2005/22, n° 901, p. 10.

LEBEL (Ch.),

- note sous Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998, *JCP E* 2009, 1023.

- note sous Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984, *JCP E* 2010, 1357.

LEBLOND (N.),

- obs. sous Cass. com., 19. févr. 2013, n° 11-28.423, *LEDC* 2013, n° 4, p. 2.

LÉCUYER (H.),

- obs. sous Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.630, *Bull. Joly Bourse*, 1^{er} mai 2014, n° 5, p. 261.

LEGEAIS (D.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294, *JCP G* 1989, II 21363.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18.003, *JCP G* 1990, II 21422.

- note sous Cass. com., 26 nov. 1990, n° 89-12.277, *JCP E* 1991, II 150.

- obs. sous Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-19.872, *JCP E* 1993, 390.

- note sous Cass. com., 1^{er} juin 1993, n° 91-10.198, *JCP E* 1993, 488.

- note sous Rouen, 9 nov. 1994 : *JCP E* 1995, II 1007.

- note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *JCP E* 1997, 1007.

- note sous Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-13.681, *JCP E* 1998, p. 182.

- note sous Cass. com., 23 juin 1998, n° 95-16.117, *JCP E* 1998, p. 157.

- note sous Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-12.653, *JCP E* 1999, p. 1055.

- note sous Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088, *JCP E* 1999, p. 1730.

- obs. sous Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-12.493, *RD bancaire et fin.* 2000, comm. 192.

- obs. sous Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14.486, *JCP E* 2001, p. 1276.

- obs. sous Cass. com., 6 nov. 2001, n° 99-12.124, *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 100003.

- note sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *JCP E* 2002, 1730.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2003, n° 00-11.476, *RD bancaire et fin.* 2003, comm. 163.

- obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 161.

- obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, *JCP E* 2006, 1890.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *RD bancaire et fin.* 2006, comm. 196.
- obs. sous Cass. ch. Mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863, *RTD com.* 2007, p. 215.
- obs. sous Cass. ch. Mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863, *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 9.
- obs. sous Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 et 05-13.308, *RTD com.* 2007, p. 432.
- note sous Cass. Ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, *JCP E* 2007, 2015.
- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *RTD com.* 2008, p. 169.
- obs. sous Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-12.284, *RTD com.* 2008, p. 167.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2008, n° 06-14.072, *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 38.
- note sous Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13.735, *RTD com.* 2008, p. 405.
- obs. sous Cass. com. 3 févr. 2009, n° 07-19.778, *JCP E* 2009, 1305.
- note sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *JCP E* 2009, 2053.
- obs. sous Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-19.268, *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 57.
- obs. Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-11.710, *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 61.
- obs. sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-12.226, *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 92.
- obs. sous Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-66.309, *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 138.
- obs. sous Paris, 3 juin 2010, n° 08/06161, *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 16.
- obs. sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *JCP E* 2010, 1678.
- obs. sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 172.
- obs. sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760, *JCP E* 2010, 1764.
- note sous Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69.807, *JCP E* 2011, 1117.
- note sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699, *JCP E* 2011, 1270.
- obs. sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *D.* 2011, p. 743.
- obs. sous Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358, *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 89.
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, *RTD com.* 2012, p. 178.
- note sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *JCP E* 2012, 1274.
- note sous Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429, *Rev. sociétés* 2012, p. 562.

- obs. sous Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15.429, *RTD com.* 2012, p. 382.
- note sous Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, *JCP E* 2012, 1735.
- note sous Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720, *Rev. sociétés* 2013, p. 479.
- obs. sous Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-29.030, *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 89.
- obs. sous Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-14.696, *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 53.
- obs. sous Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-17.891 et 12-17.893, *Rev. sociétés* 2013, p. 680.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 12-18.544, *JCP E* 2013, 1268.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-19.094, *JCP E* 2013, 1573.
- obs. sous Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278, *JCP E* 2013, 1624.
- obs. sous Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278, *RTD com.* 2013, p. 791.

LEGOUX (A.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2009, n° 08-11.866, *Gaz. Pal.* 27-28 janv. 2010, n° 28, p. 6.

LEGROS (J.-P.),

- note sous Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998, *Dr. sociétés* 2009, comm. 15.

LEVENEUR (L.),

- note sous Cass. com., 18 févr. 1992, n° 89-21.187, *Contrats conc. consom.* 1992, comm. 114.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, n° 91-12.115, *JCP N* 1993, II 256.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 1995, n° 92-18.988, *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. 127.
- note sous Cass. com., 11 avr. 1995, n° 93-10.575, *Dr. sociétés* 1995, comm. 126.
- note sous Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-12.493, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 138.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 142.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 121.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.521, *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 135.
- obs. sous Cass. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 269.

LIBCHABER (R.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *Defrénois* 2001, p. 703.

LIENHARD (A.),

- obs. sous TGI Saintes, 18 sept. 1998 : *JurisData* n° 1998-046718, *D. aff.* 1999, p. 176.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *D.* 2002, p. 1199.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2003, n° 00-11.476, *D.* 2003, p. 1035.
- obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, *D.* 2004, p. 1594.
- obs. sous Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-17.235, *D.* 2004, p. 3220.
- obs. sous Cass. com., 24 mai 2005, n° 03-16.338 et n° 00-19.721, *D.* 2005, p. 1632.
- obs. sous Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998, *D.* 2008, p. 2929.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984, *D.* 2010, p. 321.
- obs. sous Cass. com., 12 janv. 2012, n° 11-11.482, *Dalloz Actualité*, 18 janv. 2012.
- obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *D.* 2012, p. 870.
- obs. sous Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940, *D.* 2012, p. 1670.
- obs. sous Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, *D.* 2012, p. 2513.
- obs. sous Cass. com., 19. févr. 2013, n° 11-28.423, *D.* 2013, p. 565.

LISANTI (C.),

- obs. sous Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-17.235, *D.* 2005, p. 653.

LOISEAU (G.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *JCP G* 2001, II 10461.
- étude sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Dr. et patr.* 2002, n° 107, p. 26.

LOUSSOUARN (Y.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 15 janv. 1971, n° 69-12.180, *RTD civ.* 1971, p. 839.

LUCAS (F.-X.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 16 mai 1995, n° 92-20.976, *JCP G* 1996, II 22736.

MACORIG-VENIER (F.),

- obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, *RTD com.* 2004, p. 590.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006, n° 04-04.124, *Dr. et patr.* 2007, n° 160, p. 90.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-04.052, *Dr. et patr.* 2007, n° 160, p. 92.

- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *RJ com.* 2008, p. 40.

MALAURIE (Ph.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1959, *D.* 1960, p. 515.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1972, *D.* 1973, p. 133.
- note sous Cass. com., 8 nov. 1972, n°71-11.879, *D.* 1973, p. 753.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1973, n° 72-11.564, *D.* 1973, p. 733.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1973, n° 71-13.855, *D.* 1974, p. 37.

MARMAYOU (J.-M.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *Les Petites Affiches*, 17 janv. 2003, n° 13, p. 15.

MARMOZ (F.),

- note sous Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-04.052, *JCP G* 2007, II 10036.

MARRAUD DES GROTTES (G.),

- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-15.128, *RLDC* 2008/45, n° 2822, p. 36.
- obs. sous Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13.735, *RLDC* 2008/46, n° 2858, p. 30.
- obs. sous Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *RLDC* 2010/74, n° 3933, p. 36.
- obs. sous Cass. com., 12 janv. 2012, n° 11-11.482, *RLDC* 2012/91, n° 4587, p. 34.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2012, n° 11-11.461, *RLDC* 2012/95, n° 4738, p. 32.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 10-28.372, *RLDC* 2013/100, n° 4942, p. 31.
- obs. sous Cass. com., 19. févr. 2013, n° 11-28.423, *RLDC* 2013/103, n° 5051, p. 34.

MARTIN (L.),

- note sous Cass. com., 8 nov. 1972, n°71-11.879, *Gaz. Pal.* 1973, n° 1, p. 144.
- obs. sous Cass. com., 4 juin 1973, n° 72-10.859, *Banque* 1974, p. 309.
- obs. sous Cass. com., 16 févr. 1982, n° 80-13.901, *Banque* 1983, p. 99.

MARTIN-SERF (A.),

- obs. sous Cass. com., 13 févr. 1996, n° 93-20.115, *Rev. proc. coll.* 1997, comm. 99.

- obs. sous Paris, 8^e ch. B, 10 juin 1999, n° 1998/22364, *RTD com.* 2000, p. 723.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2013, n° 12-21.126, *RTD com.* 2013, p. 809.

MASCALA (C.),

- note sous Cass. com., 29 avril 2014, n° 13-12.563, comm. 179.

MATTOUT (J.-P.), PRÜM (A.),

- obs. sous Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677, *Dr. et patr.* 2008, n° 168, p. 82.

MAURIÈS (V.),

- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, *RLDA* 2012/68, n° 3872, p. 37.

MAZEAUD (D.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242, *D.* 2001, p. 1140.
- note sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *D.* 2001, p. 2702.
- obs. sous Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, *RDC* 2004, p. 260.

MESTRE (J.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1988, n° 86-12.849, *RTD civ.* 1988, p. 520.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294, *RTD civ.* 1989, p. 736 et 738.
- obs. sous Cass. soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, *RTD civ.* 1991, p. 316.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, n° 93-17.388, *D.* 1997, p. 20.
- obs. sous Cass. com., 23 juin 1998, n° 95-16.117, *RTD civ.* 1999, p. 83.

MONSÉRIÉ-BON (M.-H.),

- note sous Cass. com., 23 juin 1992, n° 90-14.642, *RJ com.* 1992, p. 294.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *RTD com.* 2002, p. 498.

MORVAN (P.),

- note sous Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-13.991, *D.* 1991, p. 177.

MOULY (Ch.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1989, n° 87-18.003, *D.* 1990, p. 177.
- note sous Cass. soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, *D.* 1991, p. 501.

NGAFAOUNAIN (J.),

- note sous Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15.183, *D.* 1994, p. 177.

PAILLER (P.),

- note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n° 08-20.923, *Gaz. Pal.* 9-10 juill. 2010, n° 191, p. 23.
- note sous Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358, *Gaz. Pal.* 24-25 juin 2011, n° 176, p. 26.

PAISANT (G.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1992, n° 91-04.008, *RTD com.* 1992, p. 455.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 91-04.028, *Contrats, conc., consom.* 1992, comm. 123.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 90-04.024, *D.* 1992, p. 317.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 90-04.024, *RTD civ.* 1992, p. 457.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1993, n° 91-04.136, *RTD com.* 1993, p. 370.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004, n° 03-04.013, *RTD com.* 2004, p. 820.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.081, *RTD com.* 2004, p. 821.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 23 sept. 2004, n° 02-13.856, *RTD com.* 2004, p. 822.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006, n° 04-04.124, *RTD com.* 2006, p. 678.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-18.500, *RTD com.* 2010, p. 436.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984, *RTD com.* 2010, p. 437.

PARLÉANI (G.),

- note sous Douai, 18 mai 1977, *JCP G* 1979, II 19169.

PAULIN (A.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-10.503, *RLDC* 2011/82, n° 4228, p. 14.

PELLIER (J.-D.),

- obs. sous Aix-en-Provence, 1^{re} ch. A, 11 sept. 2007, n° 06/06990, *JCP G* 2008, II 10028.
- obs. sous Aix-en-Provence, 11^e ch. B, 21 janv. 2009, *JurisData* n° 2008-007293, *JCP G* 2009, II 10100.

PÉRÈS-DOURDOU (C.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188, *JCP G* 2005, 1994.

PÉTEL (Ph.),

- obs. sous Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984, *JCP G* 2010, 401.
- obs. sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13989 et 10-13990, *JCP E* 2011, 1263.
- obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *JCP E* 2012, 1508.
- obs. sous Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940, *JCP E* 2012, 1508.
- obs. sous Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, *JCP E* 2012, 1757.
- obs. sous Cass. com., 19. févr. 2013, n° 11-28.423, *JCP E* 2013, 1216.
- obs. sous Cass. com., 29 avril 2014, n° 13-12.563 *JCP E* 2014, 1447.
- obs. sous Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-18.018, *JCP E* 2014, 1447.

PÉTEL (Ph.), TEYSSIÉ (B.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, n° 91-12.115, *JCP* 1994, II 22195.

PICOD (Y.),

- note sous Cass. com., 11 avr. 1995, n° 93-10.575, *D.* 1995, p. 588.
- note sous Cass. com., 6 nov. 2001, n° 99-12.124, *Droit et procédures* mars 2002, p. 88.
- note sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619 ; *JCP G* 2002, II 10017.
- note sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699, *D.* 2011, p. 1193.

PIEDELIEVRE (S.),

- note sous Cass. com., 20 déc. 1982, n° 81-12.579, *Gaz. Pal.* 1983, n° 1, p. 110.
- obs. sous Cass. com., 3 mars 1987, n° 85-15.157, *Gaz. Pal.* 1987, n° 2, p. 443.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 1995, n° 92-18.988, *JCP N* 1996, II 1433.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163, *Gaz. Pal.* 1998, n° 1, p. 291.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-04.052, *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 120.
- note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *JCP E* 2007, 1861.
- note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *JCP N* 2007, 1286.
- note sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, *D.* 2007, p. 2081.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910, *D.* 2009, p. 2198.
- note sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *JCP G* 2009, 482.
- note sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *JCP E* 2012, 635.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *RD bancaire et fin.*

2012, comm. 129.

PINIOT (M.-CH.),

- note sous Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088, n° 96-13.441 et n° 95-22.042, *RJDA* 6/1999, p. 495.

RAYMOND (G.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 1995, n° 93-16.055, *Contrats, conc. consom.* 1996, comm. 34.

- note sous Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004, n° 03-04.013, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 166.

- note sous Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-04.052, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 83.

- note sous Cass. 2^e civ., 22 mai 2008, n° 07-11.329, *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 253.

- note sous Cass. 2^e civ., 4 juin 2009, n° 08-14.416, *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 31.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910, *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 25.

- obs. sous Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984, *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 142.

- note sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2012, n° 11-14.280, *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 191.

- note sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-24.698, *Contrats, conc., consom.* 2012, comm. 159.

- obs. sous Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *Contrats conc. consom.* 2012, comm. 220.

- obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720 ; *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. 124.

REGNAUT-MOUTIER (C.),

- obs. sous Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998, *Act. proc. coll.* 2008, n° 310.

REILLE (F.),

- Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, n° 217, p. 22.

REINHARD (Y.),

- note sous Cass. com., 21 juin 1988, n° 86-10.128, *RTD com.* 1989, p. 254.

RIASSETTO (I.),

- obs. sous Cass. com., 1^{er} févr. 2011, n° 09-70.162, *Rev. sociétés* 2012, p. 44.
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630, *Rev. sociétés* 2012, p. 286.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2012, n° 09-12.246, *Rev. sociétés* 2012, p. 421.
- obs. sous Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-30.923 *Rev. sociétés* 2012, p. 487.
- obs. sous Cass. com., 27 nov. 2012, n° 11-25.967, *Rev. sociétés* 2013, p. 423.

RIVES-LANGE (J.-L.),

- obs. sous Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-13.99, *Banque* 1991, p. 322.
- obs. sous Montpellier, 3 mai 1990, *Banque* 1991, p. 92.
- obs. sous Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.071, *Banque* 1991, p. 1202.

RONDEY (C.),

- obs. sous Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004, n° 03-04.013, *D.* 2004, p. 1383.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006, n° 04-04.124, *D.* 2006, p. 1368.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 21 déc. 2006, n° 05-04.052, *D.* 2007, p. 370.

RONTCHEVSKY (N.),

- obs. sous TGI Saintes, 18 sept. 1998 : *JurisData* n° 1998-046718, *Banque et droit*, mai-juin 1999, p. 42.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917, *Banque et droit*, juill.-août 2002, p. 40.
- obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, *Banque et droit*, juill.-août 2004, p. 51.
- obs. sous Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-17.235, *Banque et droit*, janv.-févr. 2005, p. 60.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863, *Banque et droit*, janv.-févr. 2007, p. 46.
- obs. sous Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13.735, *Banque et droit*, mars-avr. 2008, p. 46.
- obs. sous Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *Banque et droit*, nov.-déc. 2009, p. 62.
- obs. sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760, *Banque et droit*, sept.-oct. 2010, p. 44.
- obs. sous Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940, *Banque et droit* sept.-oct. 2012, p. 57.

ROUSSEL-GALLE (Ph.),

- note sous ass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998, *Rev. sociétés* 2009, p. 607.
- obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *Rev. sociétés* 2012, p. 398.
- obs. sous Cass. 2e civ., 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *Rev. sociétés* 2012, p. 395.
- obs. sous Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940, *Rev. sociétés* 2012, p. 535.
- obs. sous Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, *Rev. sociétés* 2012, p. 730.
- obs. sous Cass. com., 19. févr. 2013, n° 11-28.423, *Cah. dr. entr.* 2013, p. 6.

ROUTIER (R.),

- obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 16.
- obs. sous Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, *Gaz. Pal.* 18-19 janv. 2013, p. 34.

ROVINSKI (J.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Gaz. Pal.* 24-25 janv. 2003, n° 25, p. 18.

SAINT-ALARY (B.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1996, n° 94-10.789, *Dr. et patr.* 1996, n°41, p. 76.
- obs. sous Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-15.914, *Dr. et patr.* 2001, n° 94, p. 92.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- obs. sous Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-17.235, *RTD com.* 2005, p. 594.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.),

- note sous Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-18.500, *LEDC* 2010, n° 1, p. 6.

SAVAUX (E.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Defrénois* 2002, p. 1246.

SCHOLER (P.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 01-11.511, *Bull. Joly* 2003, p. 909.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2003, n° 01-02.664, *Bull. Joly* 2003,

p. 1272.

SEUBE (J.-B),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-10.503, *Defrénois* 2011, p. 1400.

SIMLER (Ph.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1988, n° 86-17.495, *JCP G* 1989, II 21181.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1991, n° 90-10.940, *JCP G* 1992, II 21923.
- obs. sous Cass. com., 26 mai 1992, n° 90-13.540, *JCP G* 1992, I 3623.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992, n° 90-21.183, *JCP G* 1993, I 3680.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 1995, n° 92-18.988, *JCP G* 1995, I 3889.
- obs. sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *JCP G* 1998, I 103.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-12.163, *JCP E* 1998, p. 170.
- obs. sous Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-12.481, *JCP G* 1999, I 116.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1998, n° 96-14.953, *JGP G* 1999, I 116.
- obs. sous Cass. com., 18 mai 1999, n° 96-13.796, *JCP* 1999, I 156.
- obs. sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *JCP E* 2002, 852.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 juin 2004, n° 02-12.626, *JCP G* 2005, I 135.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2004, n° 02-19.445, *JCP E* 2005, 176.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 04-17.839, *JCP G* 2006, I 131.
- obs. sous Cass. h. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *JCP G* 2006, I 195.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *JCP G* 2007, II 10138.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863, *JCP G* 2007, I 158.
- obs. sous Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882, *JCP E* 2008, 1036.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2007, n° 06-14.876, *JCP E* 2008, 1036.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009, n° 07-20.250, *JCP G* 2009, I 150.
- obs. sous Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-19.268, *JCP E* 2010, 1313.
- obs. sous Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69.807, *JCP G* 2011, 770.
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, *JCP G* 2012, 327.
- note sous Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720, *JCP G* 2013, 440.
- obs. sous Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-28.423, *JCP G* 2013, 585.
- obs. sous Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-29.030, *JCP G* 2013, 585.
- obs. sous Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-17.891 et 12-17.893, *JCP G* 2013, 585.
- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *JCP G* 2013, 1256.

SOUHAMI (J.),

- note sous Cass. com., 23 nov. 2004, n° 03-17.235, *Les Petites Affiches*, 19 avr. 2005, n° 77, p. 12.

SOULEAU (H.),

- note sous Paris, 25^e ch., 27 sept. 1977 : *JurisData* n° 1977-255050, *D.* 1978, p. 690.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 89.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *Dr. et patr.* 2007, n° 162, p. 85.

STORCK (M.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 1984, n° 82-17.077, *JCP G* 1985, II 20442.

THÉRY (Ph.),

- obs. sous Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Defrénois* 2003, p. 456.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *Defrénois* 2007, p. 546.

TRÉBULLE (F.-G.),

- obs. sous Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-12.284, *RDI* 2008, p. 141.

VALLANSAN (J.),

- obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, *Act. proc. coll.* 2004, n° 132.

VASSEUR (M.),

- note sous Cass. com., n° 81-12.579, 20 déc. 1982, *D.* 1983, p. 365.

VIRASSAMY (G.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *JCP G* 2002, I 184.

VOULET (J.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 24 avr. 1968, *D.* 1968, p. 358.

ZATTARA-GROS (A.-F.),

- obs. sous Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940, *Les Petites Affiches*, 15 avr. 2013, n° 75, p. 4.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A —

Abus de position dominante, 119 s.
Accessoires, 222 s., 243
Acte authentique, 213, 325, 340
Aléa, 26 s., 53
Alerte, V. *Procédures d'alerte*
Associés, 385
Aval, 9, 287

B —

Bénéfice de discussion, 8
Bénéfice de subrogation, 67 s.
Bonne foi, 94, 131 s., 452 s.
Bonne foi contractuelle/procédurale, 426 s.

C —

Caractère accessoire, 8, 47, 58, 78, 81 s., 393 s.
Caractère exprès, 21, 288 s., 313, 337 s.
Cause
- appréciation, 82
- caractère accessoire, 81, 83
- consistance obligation essentielle, 84 s.
- cause objective, 74 s.,
- cause subjective, 86 s.,
- notion, 73
- motifs subjectifs non contractualisés, 89, 91
Cautionnement
- caractéristiques, 7, 286
- civil/commercial, 9, 14,

287 s.
- notion, 5
Cautionnement défini, 329
Cautionnement indéfini
(dette déterminée), 217, 330 s.
Cautionnement omnibus, 336 s.
Clauses de style, 43, 220
Commencement de preuve, 290 s., 332 s.
Commissaire aux comptes, 387
Comptabilité, 383
Compte-courant, 224,
Conciliation (procédure), 391 s.
Concours financiers, 186, 213
Consensualisme, 286 s.
Contrainte économique, V. *Violence économique*
Contrats électroniques, 325 s.
Créancier professionnel, 187, 204 s.

D —

Débiteur principal, 11, 184, 214
Déchéance, 198, 244, 247 s., 355, 425
Déductibilité fiscale, 361
Dépendance économique, 105 s., 119 s.
Dettes
- éventuelles, 364
- présentes, 363
- professionnelles, 434 s.
Difficultés financières apparentes, 175
Dirigeant

- emprunteur, 146
- notion, 12
- responsabilité, 413 s., 423, 437

Disproportion

- capacités de la caution, V. *Proportionnalité*
- contrat principal, 123 s., 193 s.,
- fiscale, 361

Dol,

- caractérisation, 38 s., 53 s., 70, 97, 136 s., 253 s.
- dol principal/incident, 47
- relation avec l'obligation précontractuelle d'information, 134 s.

Droit communautaire, 6, 325 s.

Droit comparé, 6

Droit individuel à la formation, 461.

E —

EIRL, 11, 452

Entreprise, 11, 214

Erreur,

- caractère déterminant (preuve), 30 s., 55 s., 64 s.
 - caractère excusable, 36 s., 57 s., 67 s.
 - erreur-obstacle, 23
 - erreur sur la cause, 96
 - erreur sur la personne, 24
 - erreur sur la remise des fonds, 51 s.
 - erreur sur la solvabilité, 26 s.
 - erreur sur l'existence d'autres garanties, 59 s.
- Erreur matérielle**, 321 s.
- Exceptions personnelles au débiteur**, 8, 316

F —

Faute distincte, 253 s., 257

Faute grave, 142 s.

Faute lourde, 253 s.

Forçage du contrat, 133

Force obligatoire du

contrat, 92, 408

Formalisme ad

probationem, 289 s., 332 s.

Formalisme ad validitatem, 293 s., 308 s., 329, 334 s., 340 s.

Frais, 222 s., 242

Fraude, 195 s.

G —

Garantie autonome, 8, 394, 405, 462

Grief, 322

Groupements de prévention agréés, 379 s.

H —

Histoire,

- droit romain, 4
- représentation biblique, 1

I —

Immixtion, 191 s.

Imputation des paiements, 241

Incident de paiement, 264

Information pertinente, 151 s.

Intérêts

- arrêt du cours des intérêts,
- intérêts conventionnels, 248
- intérêts de retard, 245, 250 s., 272 s.
- intérêts échus, 240
- notion, 222 s.,
- taux, 249

L —

Lettre d'intention, 8, 462

Liberté contractuelle, 41, 98, 102, 440

Liberté d'entreprendre, 460

Liquidation judiciaire, 398

s., V. *Procédures collectives*
Loyauté, 135 s., 147 s.

M –

Mandat ad hoc, 390 s.
Mesures conservatoires,
410 s.

N –

Nantissement, 61 s., 194,
410
Nullité, 323 s., 355

O –

Objet, 329 s.
Objet social, 302
**Obligations annuelles
d'information**, 202 s.
- contenu, 219 s.
- domaine, 204 s., 233 s.
- preuve, 228 s.
- sanction, 238 s.
Obligation conditionnelle,
85
**Obligation de
communiquer**, 354
Obligation de couverture,
225, 328, 339
Obligation de règlement,
339
**Obligation de se
renseigner**, 29, 95, 160, 354
Obligation d'évaluation,
169
**Obligations d'information
précontractuelles**
- conseil, 170 s.
- mise en garde, 155 s.
- notion, 128, 154
- obligation précontractuelle
d'information, 129 s.
**Obligations ponctuelles
d'information**
- contenu, 266 s.
- domaine, 262 s.
- notion, 261 s.
- sanction, 271 s.

Ordre public économique,
281, 460

P –

Partage de responsabilité,
179, 260, 277
Pénalités, 222, 242 s., 272
s.
Permis d'entreprendre,
459 s.
Perte de chance, 177 s.,
258, 276
Préjudice distinct, 258 s.,
278
**Préjudice
d'impréparation**, 276 s.
Procédures collectives
- arrêt du cours des intérêts,
402 s.
- cessation des paiements,
408.
- déchéance du terme, 399 s.
- poursuites des contrats,
401
- suspension des poursuites,
404 s.
Procédures d'alerte
- actionnaires/associés, 385
- commissaire aux comptes,
386
- président du tribunal, 388
- représentants du personnel,
386
Proportionnalité
- appréciation, 357 s.
- notion, 342 s.
- principe jurisprudentiel,
344 s.
- principe légal, 350 s.
- sanction, 355

R –

Redressement judiciaire,
400, 405, V. *Procédures
collectives*
**Registre du Commerce et
des Sociétés**, 384
**Représentants du
personnel**, 386
Reste à vivre, V.

Surendettement

Rupture des relations contractuelles, 108

S —

Saisies conservatoires, V.

Mesures conservatoires

Sauvegarde (procédure),

400 s., 406 s., 409 s., V.

Procédures collectives

Sauvegarde accélérée, 396

Signature, 310 s.

Société, V. *Entreprise*

Solidarisme contractuel,

131

Solvabilité

- endettement, V.

Surendettement

- perspectives d'évolution, 366 s.

- présente, 357 s.

Soutien abusif de crédit,

171 s., 183, s.

Surendettement,

- bonne foi, 425 s.

- caractère subsidiaire, 421 s.

- état d'endettement, 433 s.

- mesures imposées, 441

- mesures recommandées, 442

- plan conventionnel, 440

- procédures de

redressement, 439 s.

- procédures de rétablissement personnel, 447 s.

- procédure de rétablissement professionnel, 450 s.

- reste à vivre, 445

Sûretés

- notion, 3, 5

- obligation de constitution, 62, 69

T —

Taux d'intérêt, 249

Terme, 90 s., 340 s., 399 s.

V —

Violence économique

- contrainte économique, 101 s., 104

élément intentionnel, 114 s.

- élément matériel, 99 s.

- illégitimité, 121 s.

- intérêt légitime, 104 s.

- personne raisonnable, 110 s.

TABLE DES MATIÈRES (les numéros renvoient aux pages)

REMERCIEMENTS.....	3
SOMMAIRE.....	4
ABRÉVIATIONS.....	5

INTRODUCTION.....8

§ 1 : La notion de « cautionnement ».....	11
I – L'évolution du contrat de cautionnement	12
II – La présentation du contrat de cautionnement.....	18
§ 2 : La notion de « caution dirigeante ».....	25
I – La présentation du cautionnement du dirigeant.....	26
II – La définition de la « caution dirigeante ».....	30

PREMIÈRE PARTIE

LA CAUTION DIRIGEANTE :

DE LA CAUTION PRÉSUMÉE AVERTIE AU <i>QUIDAM</i> DU DROIT DU CAUTIONNEMENT.....	44

TITRE 1. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DE LA CAUTION DIRIGEANTE.....46

CHAPITRE 1. LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE SE RENSEIGNER DANS LA THÉORIE DU DOL ET DE L'ERREUR SUBSTANTIELLE.....	49

Section 1. L'erreur sur la solvabilité d'une société cautionnée par son dirigeant.....51

§ 1 : Le caractère déterminant de l'erreur sur la solvabilité.....	53
I – La solvabilité de la société garantie : un aléa susceptible de chasser l'erreur.....	54
II – La preuve du caractère déterminant de l'erreur sur la solvabilité.....	60
§ 2 : Le caractère excusable de l'erreur sur la solvabilité.....	65
I – Une erreur excusée par l'existence de circonstances	

exceptionnelles.....	66
A) Les circonstances excusant exceptionnellement l'erreur de la caution dirigeante.....	67
B) Les circonstances excusant toujours l'erreur de la caution dirigeante.....	70
II – Une erreur excusée par la caractérisation d'un dol par réticence.....	74
A) La rétention d'informations sur la solvabilité de la société cautionnée.....	75
B) La rétention d'informations par le cocontractant de la caution dirigeante.....	79
C) La rétention intentionnelle d'informations.....	80
D) La rétention d'information déterminantes pour le consentement de la caution dirigeante.....	83

Section 2. L'erreur sur la finalité ou l'étendue du cautionnement du dirigeant.....85

§ 1 : L'erreur sur la contrepartie promise à la société cautionnée.....	86
I – Le caractère déterminant de l'erreur sur la contrepartie.....	87
A) L'absence de remise ou la délivrance non-conforme des fonds cautionnés : une erreur sur la finalité du cautionnement	89
B) La preuve du caractère déterminant de l'erreur sur la remise effective ou conforme des fonds cautionnés.....	91
II – Le caractère excusable de l'erreur sur la contrepartie.....	93
§ 2 : L'erreur sur l'existence de garanties complémentaires au cautionnement.....	96
I – Le caractère déterminant de l'erreur sur les garanties complémentaires.....	97
A) L'absence d'autres garanties : une erreur sur l'étendue du cautionnement.....	98
B) La preuve du caractère déterminant de l'erreur sur l'existence d'autres garanties.....	102
II – Le caractère excusable de l'erreur sur les garanties complémentaires.....	104
A) La perte d'un droit subrogatoire excusant l'erreur de la caution dirigeante.....	105
B) L'erreur de la caution dirigeante excusée par l'importance de l'engagement souscrit.....	108

Conclusion chapitre 1.....111

CHAPITRE 2. L'IMPLICATION DE LA THÉORIE DE LA CAUSE SUBJECTIVE DANS L'EXTORSION DU CONSENTEMENT.....114

Section 1. La cause de l'engagement d'une caution dirigeante.....115

§ 1 : La détermination de la cause objective de l'engagement d'une caution dirigeante..... 117

I – La théorie générale de la cause en droit commun des contrats..... 118

II – La théorie de la cause appliquée au droit du cautionnement. 120

A) La cause objective de l'engagement d'une caution..... 120

B) La cause objective de l'engagement d'une caution dirigeante..... 123

1°) L'existence de la cause et le caractère accessoire du cautionnement..... 123

2°) L'existence de la cause et la consistance de l'obligation principale..... 126

§ 2 : La détermination de la cause subjective de l'engagement d'une caution dirigeante..... 129

I – L'indifférence manifestée à l'égard des motifs subjectifs non contractualisés..... 130

A) Les motifs déterminant le consentement d'une caution dirigeante..... 131

B) La disparition des motifs subjectifs ou la cessation des fonctions de dirigeant..... 133

II – L'influence du comportement du créancier sur les motifs subjectifs non contractualisés..... 137

A) La cause subjective, la bonne foi contractuelle et le devoir d'information..... 138

B) Les vices du consentement : la causalité la plus adéquate. 140

Section 2. L'extorsion du consentement de la caution dirigeante par violence économique.....143

§ 1 : La détermination de l'élément matériel du vice de violence..... 146

I – La caractérisation d'une violence de nature économique..... 147

A) Le rattachement de la contrainte économique au vice de violence..... 147

B) Le rattachement de l'obligation de cautionner à la violence économique..... 151

1°) La crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal

<i>considérable</i>	152
2°) <i>L'exploitation de la crainte inspirant une caution dirigeante</i>	156
II – L'impression d'une violence économique sur la caution dirigeante.....	159
A) La caution dirigeante, une personne objectivement raisonnable.....	160
B) La caution dirigeante, une personne subjectivement raisonnable.....	161
§ 2 : La détermination de l'élément intentionnel du vice de violence.....	163
I – L'existence d'une contrainte économique illégitime.....	164
A) La sujétion naturelle d'un contractant.....	165
B) L'assujettissement abusif d'une caution dirigeante.....	167
II – La preuve de l'illégitimité de la contrainte économique.....	170
A) Les éléments de preuve extrinsèques au contrat de cautionnement.....	171
B) Les éléments de preuve intrinsèques au contrat de cautionnement.....	173
 Conclusion chapitre 2.....	 175
Conclusion titre 1.....	177

TITRE 2. LE DROIT À L'INFORMATION DE LA CAUTION DIRIGEANTE.....179

CHAPITRE 1. LES OBLIGATIONS D'INFORMATION EXIGEANT UNE "ASYMÉTRIE DE COMPÉTENCES".....181

Section 1. L'obligation précontractuelle d'information du créancier.....183

§ 1 : La création prétorienne d'une obligation précontractuelle d'information dans le contrat de cautionnement.....	184
I – L'absence d'obligation générale d'information à la charge des parties en phase de contracter un cautionnement.....	184
II – La construction progressive d'une obligation précontractuelle d'information dans le contrat de cautionnement.....	187
A) Le fondement de l'obligation précontractuelle d'information.....	188
B) L'avènement d'une obligation précontractuelle d'information autonome.....	191

1°) <i>Le double visa des articles 1116 et 1134 du Code civil</i>	192
2°) <i>Le nouveau fondement de l'article 1147 du Code civil</i>	194
§ 2 : La reconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information au bénéfice des cautions dirigeantes.....	197
I – L'action en responsabilité pour faute grave du créancier.....	198
A) Un comportement irresponsable sanctionné <i>per se</i> par la jurisprudence.....	198
B) La confusion entre l'information du débiteur principal et l'information de la caution dirigeante.....	201
II – L'action en responsabilité pour manquement du créancier à son devoir de loyauté.....	204
A) La recevabilité de l'action engagée par une caution dirigeante.....	204
B) Un régime de responsabilité participant à une redéfinition de la "caution dirigeante".....	209

Section 2. L'obligation de mise en garde et le devoir de conseil du créancier.....211

§ 1 : Le manquement du créancier à son obligation de mettre en garde la caution dirigeante.....	212
I – L'appréciation du caractère excessif ou inadapté du crédit... ..	213
A) Un examen liminaire du risque d'endettement excessif.....	214
B) Un régime probatoire spécifique aux cautions dirigeantes	216
II – L'appréciation du caractère averti ou non-averti de la caution.....	219
A) Un léger contrôle de qualification de la "caution avertie".	220
B) De rigoureux critères d'identification de la "caution avertie".....	224
§ 2 : Le manquement du créancier à son obligation de conseiller la caution dirigeante.....	229
I – Le régime jurisprudentiel de responsabilité pour soutien abusif de crédit.....	231
A) Une démonstration ordinaire du concours fautif et de la perte d'une chance.....	231
1°) <i>La détermination de la faute du créancier dispensateur de crédit</i>	232
2°) <i>La détermination du préjudice subi par la caution dirigeante</i>	236
B) Une démonstration "exceptionnelle" du lien de causalité. .	238

II – Le régime légal de responsabilité pour soutien abusif de crédit.....	243
A) Le domaine d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce.....	244
B) Les conditions d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce.....	250
1°) <i>Les cas d'ouverture de l'action en responsabilité (les conditions légales)</i>	251
a) L'immixtion dans la gestion de la société cautionnée.....	251
b) La prise de garanties disproportionnées.....	253
c) La fraude du créancier.....	256
2°) <i>L'établissement d'un concours fautif (la condition jurisprudentielle)</i>	258
 Conclusion chapitre 1.....	263
 CHAPITRE 2. LES OBLIGATIONS D'INFORMATION INDIFFÉRENTES À LA "SYMÉTRIE D'INFORMATIONS".....	265
 Section 1. Les obligations annuelles d'information du créancier	267
§ 1 : Le domaine des obligations annuelles d'information.....	269
I – La qualité de "débiteur" de l'obligation d'information annuelle.....	270
II – La qualité de "créancier" de l'obligation d'information annuelle.....	273
A) L'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier aux cautions dirigeantes.....	273
B) L'application des autres dispositifs d'information annuelle aux cautions dirigeantes.....	276
III – Les contrats concernés par l'obligation d'information annuelle.....	278
A) La nature du contrat cautionné : une condition d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.....	279
B) La nature du contrat de cautionnement : une condition d'application de l'article 47, II de la loi du 11 février 1994 et de l'article 2293 du Code civil.....	283
C) L'indifférente nature des contrats conclus pour l'application de l'article L. 341-6 du Code de la consommation.....	286
§ 2 : Le contenu des obligations annuelles d'information.....	287
I – Les modalités d'exécution des obligations annuelles d'information.....	288

A) Le contenu des informations délivrées annuellement aux cautions dirigeantes.....	289
1°) <i>Les informations relatives au contrat cautionné.....</i>	289
2°) <i>Les informations relatives au contrat de cautionnement</i>	292
B) Le contenant des informations délivrées annuellement aux cautions dirigeantes.....	294
1°) <i>L'allègement jurisprudentiel de la charge de la preuve.....</i>	294
2°) <i>La liberté de la preuve de l'accomplissement de l'information annuelle.....</i>	296
C) Le domaine <i>ratione temporis</i> des obligations annuelles d'information.....	299
1°) <i>La naissance des obligations annuelles d'information</i>	300
2°) <i>L'extinction des obligations annuelles d'information.</i>	303
II – Les sanctions du manquement aux obligations annuelles d'information	306
A) La détermination des sanctions légales.....	307
1°) <i>La déchéance des "intérêts échus" : la sanction édictée par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.....</i>	308
2°) <i>La déchéance des accessoires, des frais et des pénalités : la sanction édictée par l'article 2293 du Code civil.....</i>	310
3°) <i>La perte des pénalités ou des intérêts de retard échus : la sanction édictée par l'article L. 341-6 du Code de la consommation.....</i>	312
B) La nature des intérêts affectés par la déchéance légale (art. L. 313-22 C. mon. fin.).....	315
1°) <i>La déchéance des intérêts stipulés dans le contrat principal.....</i>	316
2°) <i>La déchéance des intérêts moratoires de la créance...</i>	317
C) Le cumul de la sanction légale avec les sanctions de droit commun.....	319
1°) <i>Une sanction unique sauf dol, faute lourde ou faute distincte.....</i>	320
a) Une action en responsabilité conditionnée à la démonstration d'une faute distincte.....	324
b) La détermination du préjudice distinct subi par la caution dirigeante.....	327

Section 2. Les obligations ponctuelles d'information du créancier..331

§ 1 : Le domaine des obligations ponctuelles d'information.....	332

I – L'obligation ponctuelle d'information instaurée par la loi Neiertz.....	333
II – Les obligations ponctuelles d'information instituées par la loi du 29 juillet 1998.....	336
A) Une obligation bénéficiant aux cautions personnes physiques.....	336
B) Une obligation étendue aux cautions dirigeantes.....	339
§ 2 : Les sanctions du manquement aux obligations ponctuelles d'information.....	342
I – La détermination de la sanction légale.....	342
II – La théorie du cumul des sanctions appliquée à l'obligation ponctuelle d'information.....	345
Conclusion chapitre 2.....	349
Conclusion titre 2.....	351
Conclusion partie 1.....	354

SECONDE PARTIE

LA CAUTION DIRIGEANTE :

DU QUIDAM DU DROIT DU CAUTIONNEMENT À L'INSTRUMENT D'ORDRE ÉCONOMIQUE.....	355

<i>TITRE 1. LE "CONFORMISME SOCIAL" DU CAUTIONNEMENT DU DIRIGEANT.....</i>	358

CHAPITRE 1. LES EXIGENCES SOCIALES RELATIVES À LA FORME DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT.....	360

Section 1. La soumission du cautionnement du dirigeant au formalisme imposé par le législateur.....	361
§ 1 : Le cautionnement du dirigeant, un contrat traditionnellement consensuel.....	362
I – Un consensualisme fondé sur la commercialité par l'intérêt personnel de la caution.....	363
II – Un consensualisme fondé sur le rôle probatoire de l'article 1326 du Code civil.....	367
§ 2 : Le cautionnement du dirigeant, un contrat soumis à un "formalisme informatif".....	372

I – Un formalisme relatif aux cautionnements conclus avec un créancier professionnel.....	373
A) La détermination du "créancier" visé par le dispositif Dutreil.....	373
1°) <i>La définition du "prêteur"</i>	374
2°) <i>La définition du "créancier professionnel"</i>	376
B) La preuve de la qualité de "créancier professionnel".....	380
II – Un formalisme relatif aux cautionnements conclus par une caution personne physique.....	383

Section 2. L'implication du "formalisme informatif" sur le cautionnement consenti par un dirigeant.....389

§ 1 : L'application pratique du formalisme Dutreil aux cautions dirigeantes.....	390
I – Le formalisme relatif à la signature de la caution dirigeante..	390
A) La signature du dirigeant apposée en sa qualité de caution	391
1°) <i>La validité de la signature du dirigeant avant la loi Dutreil</i>	391
2°) <i>La validité de la signature du dirigeant depuis la réforme Dutreil</i>	394
B) La signature du dirigeant apposée en sa qualité de représentant légal de la société cautionnée.....	396
II – Le formalisme relatif aux mentions écrites de la main de la caution dirigeante.....	399
§ 2 : Les limites au "formalisme informatif" instauré par la loi Dutreil.....	402
I – Un formalisme limité par une interprétation téléologique des textes.....	403
II – Un formalisme limité par la nature et l'étendue des sanctions légales.....	407
III – Un formalisme limité par la faculté de conclure un cautionnement par voie électronique.....	410

Conclusion chapitre 1.....415

CHAPITRE 2. LES EXIGENCES SOCIALES RELATIVES AU CONTENU DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT 418

Section 1. La restriction de l'objet de l'obligation, un mécanisme objectif de protection des intérêts de la caution dirigeante.....419

§ 1 : Le cautionnement indéfini d'une dette déterminée consenti par une caution dirigeante.....	421
I – La validation du cautionnement indéfini d'une dette déterminée au regard des règles probatoires de l'article 1326 du Code civil.....	422
II – L'invalidation du cautionnement indéfini d'une dette déterminée par le dispositif Dutreil.....	425
§ 2 : Le cautionnement <i>omnibus</i> consenti par une caution dirigeante.....	427
I – La validation du cautionnement <i>omnibus</i> par la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement	428
II – L'invalidation du cautionnement <i>omnibus</i> par le dispositif Dutreil.....	431

Section 2. La proportionnalité de l'objet de l'obligation, un mécanisme subjectif de protection des intérêts de la caution dirigeante.....434

§ 1 : La détermination des principes de proportionnalité en droit du cautionnement.....	435
I – L'instauration d'un principe prétorien de proportionnalité en droit commun du cautionnement.....	436
II – L'instauration d'un principe légal de proportionnalité en droit commun du cautionnement.....	444
A) Le champ d'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation.....	445
B) Le contenu des obligations des parties au contrat de cautionnement.....	448
§ 2 : L'application du principe légal de proportionnalité aux cautions dirigeantes.....	452
I – L'appréciation liminaire de la solvabilité ponctuelle de la caution.....	453
II – L'appréciation subséquente de la disproportion du cautionnement.....	456
A) Les méthodes d'évaluation de la disproportion jugées <i>contra legem</i>	456
B) La méthode d'évaluation de la disproportion conforme à la lettre de la loi.....	459
1°) La prise en compte de l'endettement global de la caution dirigeante.....	461
2°) La prise en compte des perspectives d'évolution des revenus de la caution dirigeante.....	464
a) L'appréciation des revenus de la caution dirigeante dans le	

cadre du principe jurisprudentiel de proportionnalité.....	464
b) L'appréciation des revenus de la caution dirigeante dans le cadre du principe légal de proportionnalité.....	469
Conclusion chapitre 2.....	475
Conclusion titre 2.....	476
 <i>TITRE 2. L'INSTRUMENTALISATION DU SORT DE LA CAUTION DIRIGEANTE.....</i>	 478
 CHAPITRE 1. LA CAUTION DIRIGEANTE, "UN LEVIER D'ANTICIPATION" DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES.....	 481
Section 1. L'instrumentalisation du sort des cautions dirigeantes aux fins de prévention des difficultés des entreprises.....	483
§ 1 : La détection précoce des difficultés de l'entreprise cautionnée	484
I – L'anticipation de l'alerte <i>via</i> les groupements de prévention agréés.....	485
II – La provocation de l'alerte par des tiers informés des difficultés de l'entreprise.....	489
A) Les modes de détection précoce des difficultés de l'entreprise.....	490
B) La mise en œuvre des procédures d'alerte.....	494
§ 2 : La résolution préventive des difficultés de l'entreprise cautionnée.....	497
I – La promotion des procédures préventives dans les entreprises cautionnées par leur dirigeant.....	498
II – Le détournement des procédures préventives par les cautions dirigeantes.....	503
 Section 2. L'instrumentalisation du sort des cautions dirigeantes aux fins de sauvegarde des entreprises en difficulté.....	 509
§ 1 : Les multiples dispositifs incitant la caution dirigeante à anticiper les difficultés de son entreprise.....	510
I – Les mesures relatives au sort de la créance cautionnée.....	511
II – Les mesures relatives au sort de la caution dirigeante.....	516
A) De l'incitation initiale à sauvegarder son entreprise.....	517
B) À l'incitation à sauvegarder ses intérêts personnels.....	521
§ 2 : L'unique dispositif protégeant le créancier contre l'annihilation des effets du cautionnement.....	524
I – Les mesures conservatoires sur les biens et droits de la caution dirigeante.....	525

II – Les mesures conservatoires sur les biens et droits du dirigeant fautif.....	529
Conclusion chapitre 1.....	535
CHAPITRE 2. LA CAUTION DIRIGEANTE, UN <i>QUIDAM</i> DU DROIT DE LA CONSOMMATION ?.....	539
Section 1. L'éligibilité des cautions dirigeantes aux procédures de désendettement des particuliers.....	541
§ 1 : Les conditions d'admission relatives à la personne de la caution dirigeante.....	542
I – L'irrecevabilité de la demande émanant d'une caution dirigeante relevant du Livre VI du Code de commerce.....	543
II – L'irrecevabilité de la demande émanant d'une caution dirigeante de mauvaise foi.....	547
A) L'exigence d'une faute intentionnelle commise lors de la conclusion du cautionnement ou à l'ouverture de la procédure de désendettement.....	547
B) L'exigence d'un lien de causalité direct entre la faute intentionnelle du dirigeant et l'endettement de la caution.....	554
§ 2 : Les conditions d'admission relatives à la situation de la caution dirigeante.....	557
I – Une appréciation globale de l'endettement des particuliers....	558
II – Une appréciation concrète de l'endettement des cautions dirigeantes.....	562
Section 2. Le traitement des situations de surendettement des cautions dirigeantes.....	567
§ 1 : L'application des procédures de redressement aux cautions dirigeantes.....	568
I – La détermination des mesures de traitement des situations de surendettement.....	569
II – Les effets des procédures de redressement des cautions dirigeantes.....	572
§ 2 : L'application des procédures de rétablissement aux cautions dirigeantes.....	577
I – La détermination des procédures de rétablissement personnel.....	579
II – Le rétablissement personnel et professionnel des cautions dirigeantes.....	583

Conclusion chapitre 2.....	591
Conclusion titre 2.....	593
Conclusion partie 2.....	597
 CONCLUSION GÉNÉRALE.....	598
BIBLIOGRAPHIE.....	609
I – OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET COURS.....	609
II – OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES	612
III – ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS.....	615
IV – NOTES, OBSERVATIONS, AVIS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE.....	629
 INDEX ALPHABÉTIQUE	657
TABLE DES MATIÈRES	661

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le

Le Président de l'Université Montpellier I

Philippe AUGÉ

Résumé en français :

La "caution dirigeante" est une formule consacrée par la doctrine pour désigner le cautionnement donné par un dirigeant en garantie des dettes de sa société. L'emploi de ce syntagme n'est pas inutile dans la mesure où la caution dirigeante a toujours eu un statut intermédiaire : elle ne peut pas être appréhendée comme un simple consommateur puisqu'elle contracte pour les besoins de son activité professionnelle, elle ne peut pas davantage être considérée comme un professionnel contractant dans son domaine de compétences. Traditionnellement, la jurisprudence considérait pourtant les cautions dirigeantes comme des cautions averties, elles en incarnaient précisément l'archétype.

Dès la fin des années 1970, des réformes législatives compliquèrent régulièrement cette conception prétorienne de la caution dirigeante. La loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 annonça l'avènement d'une ère nouvelle pour les cautions dirigeantes, faisant d'elles des *quidam* du droit du cautionnement. Les interventions législatives ultérieures forcent même à constater que les dirigeants sont paradoxalement mieux protégés que les cautions non-dirigeantes, fragilisant ainsi la fonction de ce cautionnement qui est d'assurer le crédit aux entreprises.

Titre et résumé en anglais :

Director's Guarantee

"Director's Guarantee" is an expression reserved by doctrine to refer to the surety given by a director to secure the debts of his company. The employment of this phrase is useful insofar as the director's guarantee has always had an intermediary status : he cannot be considered to be either as simple consumer because he's contracted for the purposes of the director's professional activity, nor as a professional contracting in his or her field. Traditionally, case law has considered director's guarantees as informed sureties. In fact, they embody the archetype.

Since the 1970's, legislative reforms have regularly complicated this court-made definition of the director's guarantee. The French Economic Initiative Act of 1 August 2003 launched a new era for director's guarantees, making them ordinary individuals of surety law. Later legislative actions even had to note that director's guarantees are paradoxically better protected than non-director's guarantees, thereby weakening the function of this surety that is to provide business credit.

Discipline :

Droit privé et sciences criminelles

Mots-clés :

CAUTIONNEMENT – DIRIGEANT – CAUTION AVERTIE – CAUTION PROFANE – ENTREPRISE – DETTES FINANCIÈRES

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

UMR 5815 Dynamiques du droit, Université Montpellier I, Faculté de Droit Bâtiment 1, 39 rue de l'Université 34060 Montpellier cedex 2.