

CHRONIQUE

DROIT DES SÛRETÉS



NICOLAS RONTCHEVSKY

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

Gage sur stocks (art. 527-1, C. com) – Application impérative des dispositions du Code de commerce (non) – Faculté de recourir au gage sans dépossession de droit commun.

CA Paris, pôle 5, ch. 7, 27 février 2014, n° 13/03840, SELAFA MJA c/ Sté Bank of London and the middle East PLC.

Aucune disposition n'interdisant aux parties de choisir l'application du droit commun du gage, issu de la réforme du droit des sûretés réalisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, pour garantir un crédit consenti par un établissement financier à une personne dans le cadre de son activité professionnelle, les parties ont pu valablement choisir, comme elles l'ont fait, de se référer aux dispositions des articles 2333 et suivants du Code civil, comme étant, de leur point de vue, le régime le mieux adapté pour garantir leur opération principale de financement selon les principes islamiques.

La dualité de réglementation civile (cf. art. 2333 et s., C. civil) et commerciale (cf. art. L. 527-1 et s., C. com) susceptible d'être appliquée au gage sur stocks¹ a suscité une controverse sur le point de savoir si une telle garantie pouvait être valablement constituée sur le fondement du droit commun du gage prévu par le Code civil. On se souvient qu'un arrêt remarqué et diversement apprécié de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 février 2013², mentionné dans le rapport annuel de la Haute juridiction, a tranché cette question en excluant le libre choix du créancier lorsque le gage relève du champ d'application des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce. La chambre commerciale avait ainsi cassé en ces termes un arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 mai 2011³, qui avait admis que les parties à un gage sur stocks pouvaient valablement se référer aux dispositions des articles 2333 et suivants du Code civil : « en statuant ainsi, alors que, s'agis-

sant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession, la cour d'appel a violé l'article 2333 du Code civil par fausse application et l'article L. 527-1 du code de commerce par refus d'application ».

Les justifications de cette décision de censure sont exposées dans les conclusions de Mme l'avocat général Régine Bonhomme, qui souligne que la volonté d'imposer le régime spécifique en matière de gage de stocks tient essentiellement à ce que la prohibition du pacte commissoire, qui en est la principale caractéristique, est utile lorsque le débiteur ne fait pas l'objet d'une procédure collective⁴.

Alors que l'on pouvait penser que la juridiction de renvoi s'en tiendrait à la solution retenue par un arrêt de principe de la chambre commerciale, la cour d'appel de Paris, autrement composée, réaffirme pourtant, aux termes d'un arrêt du 27 février 2014⁵, que les parties pouvaient valablement écarter l'application des dispositions spéciales du Code de commerce au profit de celles du Code civil : « Considérant qu'il est constant que les parties ont expressément choisi de se placer sous l'empire du gage de droit commun sans dépossession des articles 2333 et suivants (nouveau) du Code civil, issus de l'article 11 de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, la banque soutenant que l'article 2354 du Code civil se borne à ne pas interdire la prise de sûretés en vertu de textes spéciaux sans pour autant dire expressément que les textes spéciaux écarteraient le droit commun... ; que contrairement à ce qu'affirme le liquidateur judiciaire, l'examen du texte ne permet pas d'affirmer la volonté d'exclure les banques prêtant sur stocks du bénéfice du gage sans dépossession du droit commun accessible aux autres partenaires de l'entreprise, de sorte qu'il ne se déduit pas formellement du texte de l'ordonnance qu'après avoir défini le nouveau droit commun du gage sans dépossession à l'article 11, le législateur, aux termes de l'article 44 aurait été inspiré par la volonté d'instaurer parallèlement un régime protecteur spécifique aux entreprises, et qu'il convient dès lors d'appliquer le principe d'interprétation selon lequel le doute et le silence profitent au régime du droit commun, lequel en l'espèce a été rénové ; qu'aucune disposition n'interdisant aux parties de choisir l'application du droit commun du gage, issu de la réforme de 2006, pour garantir un crédit consenti par un établissement financier à une personne dans le cadre de son activité professionnelle,



FRANÇOIS JACOB

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



EMMANUEL NETTER

Maître de conférences Université de Picardie-Jules Verne

1. Cf. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 7^e éd., 2013, n° 503.
2. D. 2013, Act., p. 293, obs. R. Dammann et G. Pondeur ; JCP 2013, 585, n° 16, obs. Ph. Delebecque ; Gaz. Pal., 20-21 mars 2013, p. 22, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RD banc. et fin. 2013, n° 59, obs. D. Legeais ; Banque et Droit, mars-avril 2013, p. 52, obs. N. R. ; adde Ch. Gijssbers, « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », RLDC 2013, n° 5047.
3. D. 2012, p. 1908, obs. D. R. Martin ; Gaz. Pal., 20 au 22 décembre 2011, p. 21, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RD bancaire et financier 2012, n° 166, obs. A. Cerles.

4. V. cependant la critique de ces justifications par P. Crocq, obs. préc., p. 419.
5. D. 2014, p. 924, obs. Ch. Gijssbers ; JCP E 2014, 1218, note Y. Paclot.

la société Recovco [le débiteur] et la Bank of London ont pu valablement choisir, comme elles l'ont fait, de se référer aux dispositions des articles 2333 et suivants du Code civil, comme étant, de leur point de vue, le régime le mieux adapté pour garantir leur opération principale de financement selon les principes islamiques (Master Murabaha Facility Agreement); que la garantie ayant été placée sous le régime de droit commun du gage sans dépossession, les mentions prévues par les articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce n'avaient pas à s'appliquer. »

La résistance des juges du fond (1.) impose une intervention rapide de l'assemblée plénière de la Cour de cassation pour clarifier une question dont les enjeux pratiques sont importants (2.).

1. En rendant l'arrêt rapporté, les magistrats de la cour d'appel de Paris avaient peut-être à l'esprit les paroles du Premier président de la Cour de cassation dans son discours prononcé lors de la rentrée solennelle de la haute juridiction le 9 janvier 2014⁶ : « Sont, de même, essentielles les relations entre la Cour de cassation et les juridictions du fond. Dans ce processus, une forme de divergence d'interprétation doit rester possible. Aux arrêts de la Cour, les juges de premier degré et d'appel peuvent se conformer, ajouter, mais aussi résister. Ces rébellions, qui suscitent parfois à tort la suspicion, permettent de confronter aux faits les solutions dégagées, en y joignant une saine "pesée humaine". Elles conduisent, en moyenne une fois sur deux, notre assemblée plénière à donner raison à la juridiction de renvoi, preuve de la fécondité d'un débat qui ne s'offre pas en marché de dupe. La force de la Cour de cassation réside alors dans ses délais de traitement, parmi les plus brefs d'Europe, qui rendent possible un tel dialogue, sans préjudicier au justiciable... La jurisprudence se fortifie ainsi de l'autorité de solutions, non pas imposées d'en haut, mais mûries et patiemment construites avec les cours et tribunaux. »

2. À cet égard, on ne reprendra pas ici l'ensemble des termes du débat, en droit et en opportunité, quant au droit applicable au gage sur stocks, sauf à rappeler que les adversaires de la position de la chambre commerciale en soulignent des inconvénients majeurs pour la pratique⁷. Il convient cependant de relever que si l'arrêt du 19 février 2013 pouvait apparaître comme un « arrêt de provocation »⁸, appelant à une modification des textes, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, qui a modifié à la marge le droit des sûretés⁹, n'a pas retouché les dispositions applicables au gage sur stocks. Quoi qu'il en soit, il est remarquable que la cour d'appel de Paris prend soin de valoriser la liberté contractuelle et le choix effectué en l'espèce par les parties en soulignant habilement que celles-ci avaient bien un intérêt légitime à se placer dans le cadre des dispositions du Code civil, en raison de la spécificité de leur opé-

ration, également soumises aux principes islamiques. On retrouve ici un peu l'idée selon laquelle l'existence d'un juste motif pour justifier une opération est exclusive de la fraude¹⁰. En tout état de cause, cette fronde des juges du fond a le mérite de placer le débat au plus haut niveau de l'ordre judiciaire puisqu'il doit être tranché à présent par l'assemblée plénière de la Cour de cassation au regard de l'ensemble des arguments en présence.

Nicolas Rontchevsky

Cautionnement – Aval – Lettre de change acceptée – Opposabilité de la présomption de provision à l'avaliste – Présomption simple – Possibilité pour l'avaliste d'établir le défaut de provision.

Cass. com. 1^{er} avr. 2014, FS-P+B, n° 13-16.902.

Il résulte de la combinaison des articles L. 511-7, alinéa 4, et L. 511-21, alinéa 7, du Code de commerce que l'avaliste d'une lettre de change, tenu de la même manière que celui qu'il garantit, peut se voir opposer la présomption de provision qui s'attache à l'acceptation.

Pour combattre cette présomption, il incombe à l'avaliste, comme au tiré accepteur, d'établir le défaut de provision.

Tout le droit du cautionnement ne s'applique pas à l'aval, on le sait. Cet état de fait a trouvé à s'illustrer récemment, dans des arrêts de la Cour de cassation qui ont été commentés ici. L'un, rendu le 19 décembre 2013 par la première chambre civile, fait valoir que le donneur d'aval « n'est pas fondé à en invoquer la disproportion manifeste à ses biens et revenus en application des règles propres au cautionnement »¹¹. L'autre, rendu le 30 octobre 2012, par la chambre commerciale cette fois, pose que « l'avaliste n'est pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque pour manquement au devoir de mise en garde ni pour violation de l'article L. 341-4 du Code de la consommation »¹².

On a pu expliquer ces solutions en soulignant que l'aval est « avant tout un engagement cambiaire », que l'aval est ainsi, par nature, « un engagement de payer l'effet à l'échéance sans pouvoir opposer d'exceptions au porteur de bonne foi » et qu'il serait au demeurant « trop facile d'arguer des règles du cautionnement pour échapper à cet engagement »¹³.

Mais ce qui apparaît parfois, à la lumière ou au détour de certaines affaires, c'est que l'aval est avant tout un cautionnement en vérité, que son signataire est bel et bien admis à se prévaloir du principe d'opposabilité des exceptions appartenant au débiteur garanti, et que l'irrévocabilité de l'engagement pris par le signataire d'un effet de commerce n'est pas sans connaître des limites tenant au fond

6. Les Annonces de la Seine, 13 janvier 2014, p. 5.

7. Cf. en dernier lieu, Y. Paclot, note préc., 2 relevant notamment le risque que la solution retenue par la Cour de cassation conduise les créanciers à écarter le droit français dans les contrats de gage internationaux; Ch. Gijsbers, obs. préc.; adde P. Crocq, obs. à la RTD civ. 2013, p. 418 et nos observations, Banque & Droit mars-avril 2013, p. 52.

8. P. Crocq, obs. préc., p. 420.

9. Cf. P. Pailler, « Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance de réforme du droit des procédures collectives », RLDC 2014, n° 5419.

10. Rappr. CA Paris 4 décembre 2007, Bull. Joly 2008, p. 307, note B. Fages (maintenu par Cass. com., 15 septembre 2009, n° 08-11-627), jugeant que l'application de la théorie de la fraude implique que soit caractérisée l'intention frauduleuse des intéressés, c'est-à-dire leur volonté d'éluder une règle obligatoire par l'emploi d'un moyen efficace dont les conditions d'application sont artificiellement créées et qu'en l'espèce la preuve de l'intention frauduleuse est d'autant moins rapportée que l'opération litigieuse répondait, pour toutes ses parties, à un motif légitime exclusif de la fraude alléguée.

11. Banque et Droit, janv.-févr. 2014, p. 46, obs. E. Netter.

12. Bull. civ. IV, n° 195; D. 2013, p. 1706, obs. P. Crocq; Gaz. Pal. 13 déc. 2012, p. 11, obs. M.-P. Dumont-Lefrand; RTD com. 2013, p. 124, obs. D. Legeais; Banque et Droit nov.-déc. 2012, p. 54, obs. F. Jacob.

13. M.-P. Dumont-Lefrand, Gaz. Pal., 19 au 20 mars 2014, p. 16.

du droit. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation le souligne, qui a été rendu le 1^{er} avril 2014.

En l'espèce, celui qui demandait au tiré le paiement de la lettre de change n'était autre que le tireur de celle-ci. Or on sait qu'en pareille hypothèse les droits du tireur restent conditionnés par le rapport juridique qui a servi de cause à l'émission du titre. Le tireur peut certes être dispensé d'avoir à prouver l'existence de la provision, qui est présumée lorsque la lettre a été acceptée¹⁴. Mais du moins le tiré (qui a pu n'accepter que parce qu'il avait confiance dans le tireur et en l'avenir) reste-t-il autorisé à combattre cette présomption et à démontrer l'absence ou l'insuffisance de la provision¹⁵. Très expressément, la Cour de cassation admet ici qu'il en va de même de l'avaliste.

La décision est fondée en chacun de ses deux aspects.

L'accessorité de l'aval peut se recommander des termes mêmes de l'article L. 511-21, al. 7, dont la Cour de cassation reprend ici quasiment la formule en proclamant que le donneur d'aval est tenu « de la même manière que celui qu'il garantit »¹⁶.

Quant à l'impossibilité pour le tireur qui conserve l'effet de se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions dans ses rapports avec le tiré, même accepteur, elle peut se recommander des motifs de la loi, qui ne sont que de favoriser la circulation de la lettre, ce à quoi l'on parvient en protégeant ceux qui, précisément, ont concouru à sa circulation. Ainsi, le tiers porteur entre les mains duquel elle a échu se voit-il donner l'assurance qu'il ne pourra, au moment de l'exercice de son droit, se voir opposer les vicissitudes qui peuvent affecter des relations sous-jacentes auxquelles il est étranger. Mais cette protection de principe¹⁷ n'a pas vocation à bénéficier à celui qui, après l'avoir émise, se sera abstenu de mettre la lettre de change en circulation, ni, de façon plus générale, à celui qui est lié par un rapport personnel au signataire auquel il s'adresse : entre parties liées au fond, il n'y a aucune raison de s'en tenir à l'apparence créée par le titre.

À vrai dire, cette logique pourrait d'ailleurs être reprise à un autre propos. La chambre commerciale de la Cour de cassation nous a certes exposé, dans l'arrêt auquel nous renvoyons plus haut, que l'avaliste n'est pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque pour manquement au devoir de mise en garde. En admettant que cela soit vrai de façon générale¹⁸, ça ne l'est pas forcément pour l'avaliste qui se trouve actionné par l'émetteur de l'effet, à qui le donneur d'aval devrait pouvoir reprocher du moins la faute consistant à avoir fait accepter une lettre d'un montant non proportionné à la fortune et aux ressources du tiré, si ce n'est la disproportion entre ce montant et la fortune du donneur d'aval lui-même, dont l'émetteur a très bien pu

ne rien savoir, mais dont il n'aura pas toujours rien su. En d'autres termes, l'accès pour le donneur d'aval aux règles de responsabilité pourrait lui aussi dépendre de la relation en cause et l'exclusion du droit de recourir aux règles de la responsabilité trouver les mêmes limites que le principe de l'inopposabilité des exceptions, qui ne s'applique pas aux rapports personnels entre le porteur poursuivant et le débiteur poursuivi¹⁹ ou son garant (cet avaliste... qui est une caution, donc un obligé accessoire).

Cela a été souligné, ici même, mais par un autre que le signataire de ces lignes²⁰ : dans la fameuse affaire *Macron*, dans laquelle un établissement de crédit se trouvait sanctionné sur le fondement des principes de responsabilité pour manquement au devoir de modération, le garant bénéficiaire de la solution était un avaliste. Revenir à la jurisprudence *Macron* en matière d'aval, en maintenant cependant l'exclusion de l'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, motif pris de la lettre du texte, éviterait de contrevenir aux principes généraux, sans pour autant « que se réalise la situation injuste dénoncée par M. Croq, dans laquelle un porteur innocent de l'effet de commerce se retrouverait entièrement déchu de ses droits »²¹.

François Jacob

Art. L. 341-4, C. conso. – Art. 1315, C. civ. – Cautionnement disproportionné – Charge de la preuve du retour de la caution à meilleure fortune.

Cass. com. 1^{er} avril 2014, n° 13-11-313, P+B.

Il résulte de la combinaison des articles 1315 du Code civil et L. 341-4 du Code de la consommation qu'il incombe au créancier professionnel qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné lors de sa conclusion aux biens et revenus de la caution, personne physique, d'établir qu'au moment où il l'appelle, le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation.

Une décision en date du 1^{er} avril dernier²² apporte une précision relative au fonctionnement de l'article L. 341-4, C. conso., sur le terrain probatoire. La solution, prévisible, s'ajoute à celle qui avait été retenue par la même chambre dans un arrêt du 22 janvier 2013²³ : combinés, les deux arrêts offrent une vision complète de la matière. Rappelons le libellé de la disposition précitée : « 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. »

14. Cass. com. 16 juill. 1951 : JCP 1951, II, 6513, note P. Lescot ; RTD com. 1952, p. 124, obs. J. Becqué et H. Cabrillac.

15. Cass. com. 4 janv. 1980 : Bull. civ. IV, n° 4. Cass. com. 22 mai 1991 : Bull. civ. IV, n° 170 ; D. 1992, somm. 339, obs. M. Cabrillac.

16. C. com., art. L. 511-21.

17. C. com., art. L. 511-12 : « Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs. »

18. Quoique la faculté d'agir en responsabilité puisse être regardée comme un droit fondamental qui ne peut théoriquement être aménagée que par la loi : v. sur ce point le rappel (la... mise en garde) fait(e) dans *Banque et droit*, nov.-déc. 2012, obs. F. Jacob précitées, p. 55.

19. V. par exemple D. Houtcieff, *Droit commercial*, 3^e éd., Sirey, 2011, n° 1382 s.

20. Il s'agit d'Emmanuel Netter (*Banque et Droit*, janv.-févr. 2014, obs. précitées, p. 47).

21. E. Netter l'explique : si l'avaliste doit agir en responsabilité, puis demander la compensation, il ne pourra le faire que si le porteur de l'effet avalisé est toujours celui qui a fait souscrire un engagement trop important (obs. précitées).

22. D., 2014, p. 868, obs. V. Avena-Robardet ; L'EDC, 5 mai 2014, p. 3, obs. N. Leblond.

23. Cass. com. 22 janv. 2013, n° 11-25-377, inédit : D., 2013, p. 1176, obs. H. Guillou ; D., 2013, p. 2802, obs. P. Delebecque.

Le 22 janvier 2013, il était répondu à la question : « à qui incombe la preuve de la disproportion » ? Plusieurs commentateurs ont souligné que la réponse commandait une analyse rigoureuse de la situation du bénéficiaire du cautionnement. Si l'on avait estimé qu'il pesait sur lui une véritable obligation (positive) de souscrire une garantie correctement proportionnée, il aurait dû être en mesure d'en démontrer la bonne exécution. L'autre analyse possible était la suivante : il ne pèse sur le bénéficiaire aucune obligation d'accomplir des démarches précises et, partant, d'être en mesure de le démontrer ; ce qu'il faut, c'est seulement qu'un certain résultat soit atteint (la mise en place d'une garantie qui ne doit pas être disproportionnée). Si la caution estime que cette situation objective n'est pas réalisée, elle est admise à s'en plaindre, mais c'est à elle de prendre l'initiative sur le terrain probatoire. C'est cette seconde analyse qui fut retenue, la Cour de cassation jugeant « qu'il appartient à la caution qui entend opposer à la caisse créancière les dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, de rapporter la preuve du caractère disproportionné de son engagement par rapport à ses biens et revenus »²⁴. L'avis de l'avocat général soulignait la différence existant à cet égard avec le régime de la mise en garde, par le banquier dispensateur de crédit, des emprunteurs et cautions non avertis : dans un tel cas, il appartient en effet au banquier d'accomplir des démarches positives et précises de conseil, dont il doit être en mesure de justifier²⁵.

Cette première solution paraissant fondée, tant du point de vue de l'opportunité que de celui de l'orthodoxie juridique, une difficulté subsistait. L'engagement disproportionné emporte la déchéance du créancier, « à moins que le patrimoine de [la] caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Cette situation objective, que l'on a coutume d'appeler « retour à meilleure fortune », est-ce au bénéficiaire de démontrer qu'elle est caractérisée, ou au garant de prouver qu'elle ne l'est pas ? L'arrêt rapporté répond de la manière la plus claire.

Dans cette affaire, les juges du fond avaient retenu le caractère disproportionné du cautionnement octroyé par un gérant de société au bénéfice d'une banque. Et pourtant, le garant avait été condamné à payer, au motif que la caution « ne rapport[ait] pas la preuve de sa situation financière au moment où elle [avait] été appelée ». Cette décision est censurée, la Haute juridiction affirmant : « il résulte de la combinaison [des articles 1315, C. civ., et L. 341-4, C. conso.] qu'il incombe au créancier professionnel qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné lors de sa conclusion aux biens et revenus de la caution, personne physique, d'établir qu'au moment où il l'appelle, le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation ».

Les premiers commentateurs de l'arrêt approuvent cette décision²⁶. Il est vrai que l'on présente souvent la question de la charge de la preuve comme un match de tennis, ou comme un jeu d'échecs – chacun retiendra la métaphore sportive ou ludique de son choix –, c'est-à-dire que chaque joueur prend la main alternativement. Ainsi, la caution ayant eu la charge de prouver la disproportion, il semblerait logique que le coup suivant – la preuve du retour à meilleure fortune – soit joué par le bénéficiaire.

Mais reconnaissons d'abord que la solution retenue par les juges du fond était assez opportune. Il n'est pas toujours évident, pour le bénéficiaire du cautionnement, de réunir et de présenter des éléments précis relatifs à la situation patrimoniale du garant, en particulier s'il n'est pas son établissement teneur de comptes. En revanche, la caution n'a aucun effort à faire pour offrir au juge des données fiables et complètes sur sa propre situation. Faire peser la charge de la preuve sur le bénéficiaire, c'est donc prendre le risque que la caution soit bel et bien revenue à meilleure fortune, mais qu'il soit trop difficile de le démontrer pour parvenir à la faire payer.

Opportune, la solution des juges du fond devait-elle toutefois être censurée comme ostensiblement contraire aux textes ? Nous ne le pensons pas. L'article 1315 du Code civil alinéa 1 dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. » L'alinéa 2 ajoute : « Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » L'alinéa 2 commande, comme l'a jugé la Cour de cassation en 2013, de mettre à la charge de la caution la preuve de la disproportion de son engagement : s'étant placée dans les liens d'un contrat de garantie, elle prétend qu'elle en a été libérée par la loi. Il lui faut démontrer que les conditions qui assortissent cette faveur légale sont réunies. Mais ce raisonnement ne permet-il pas d'englober aussi la question du retour à meilleure fortune ? On pourrait en effet considérer que le législateur libère la caution, en soumettant cette faveur au bloc de conditions suivantes : si son engagement était disproportionné à l'époque de sa conclusion, à moins que sa situation patrimoniale soit bonne au moment de l'appel de la garantie. Suivre cette logique jusqu'au bout justifie que la caution se prétendant libérée apporte une double preuve : celle de la disproportion initiale de la garantie, et celle de son absence de retour, entre-temps, à meilleure fortune.

L'idéal, s'agissant de l'article L. 341-4, C. conso., serait qu'il soit réformé, et qu'il soit mis fin à ce fonctionnement binaire : soit la garantie fonctionne, soit elle est totalement perdue. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés avait suggéré, à juste titre, que la déchéance soit transformée en « réduction »²⁷. En attendant cet éventuel progrès, il ne semble pas déraisonnable de subordonner la déchéance totale du bénéficiaire à une double preuve pesant sur le garant. Il n'y a rien de choquant à exiger de la caution les éléments – tous les éléments – justifiant cette faveur exceptionnelle.

Emmanuel Netter

24. Ibid.

25. « [...] en interdisant qu'un créancier professionnel puisse se prévaloir d'un cautionnement manifestement disproportionné, le législateur n'a pas, à proprement parler, imposé un "devoir" supplémentaire aux professionnels du crédit les conduisant nécessairement à prendre une initiative envers leur co-contractant (comme les y obligent au contraire les devoirs d'information ou de mise en garde, par exemple) mais il n'a fait que créer un cas de déchéance du droit de poursuite. C'est-à-dire qu'il n'a pas créé une nouvelle obligation dont le non-respect engagerait la responsabilité du dispensateur de crédit, mais qu'il a précisé, par ce nouveau cas de déchéance, le régime de certains contrats de cautionnement » (l'avocat général est cité par H. Guillou, obs. préc.).

26. V. les obs. préc. de V. Avena-Robardet et celles de N. Leblond.

27. Art. 2305 de l'avant-projet.