

Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises



NICOLAS RONTCHEVSKY

Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Robert Schuman (Strasbourg-III)

La loi du 26 juillet 2005 introduit de nombreuses innovations concernant les cautions, coobligés et garants autonomes. Elles visent à rationaliser les solutions applicables aux garants, mais aussi à protéger davantage les créanciers pour développer le crédit. Le cautionnement est revalorisé par des dispositions s'efforçant de concilier l'impératif de protection des cautions personnes physiques et la sécurité du crédit. En revanche, les garanties non accessoires sont affaiblies, dans une certaine mesure, par des dispositions qui étendent ponctuellement aux garants autonomes et aux coobligés certaines règles applicables aux cautions. Mais d'autres garanties non accessoires (délégation, garanties indemnitaires) devraient conserver toute leur efficacité à l'épreuve d'une procédure collective.

1. Cautions données, malheur proche dit-on. Les cautions et les autres garants d'un débiteur déchantent en particulier lorsque celui-ci fait l'objet d'une procédure collective. Traditionnellement, en effet, le droit des procédures collectives ne se préoccupait guère du sort des garants du débiteur, si ce n'est pour priver les cautions du bénéfice des délais et remises de dette imposés au créancier par un concordat ou un plan de redressement¹.

2. La jurisprudence était cependant venue au secours des cautions en se fondant sur la règle de l'accessoire (cf. art. 2012 al. 1, 2013 al. 2 et 2036 al. 1 C. civ.). Celle-ci veut, rappelons-le, que la caution ne puisse pas être traitée, en principe, plus durement que le débiteur principal². La Cour de cassation avait ainsi jugé que l'extinction de la créance résultant du défaut de sa déclaration au passif constituait une exception inhérente à la dette que la caution pouvait opposer au créancier³ et que l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective profitait à la caution⁴.

3. La loi n° 94-475 du 10 juin 1994 a introduit dans l'article 55 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 de nouvelles dispositions tendant à améliorer la situation des créanciers et à favoriser un traitement précoce des difficultés des entreprises. D'une part, elle a brisé la jurisprudence antérieure en prévoyant que les cautions et coobligés ne pouvaient plus se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts (ancien art. L. 621-48 al. 1. C. com.). Rappelons ici qu'un coobligé est un "débiteur qui, par l'effet d'un contrat ou de la loi, est tenu, conjointement ou solidairement, avec d'autres au paiement d'une dette"⁵. À la différence de la caution, qui n'est toujours tenue qu'à titre subsidiaire, les coobligés sont tenus à titre principal. Il s'agit par exemple d'un codébiteur adjoint (cf. art. 1216 C. civ.) ou d'un tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué (cf. art. 2167 C. civ.).

D'autre part, elle a énoncé que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspendait pendant la période d'observation toute action contre les cautions personnelles personnes physiques, le tribunal pouvant ensuite

Texte d'un rapport présenté à l'Université Robert Schuman de Strasbourg le 8 octobre 2005 dans le cadre d'un colloque sur La réforme des procédures collectives (la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises)

1. V. art. 49 L. 13 juillet 1967. La solution a été reprise par l'article 64 de la loi du 25 janvier 1985 (ancien art. L. 621-65 C. com.).

2. Sur la règle de l'accessoire, V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2004, n° 47-48.

3. Cass. com., 17 juillet 1990, deux arrêts, Bull. civ. IV, n° 214 et 215 ;

D. 1991, S.C., p. 12, obs. F. Derrida.

4. V. Cass. com., 13 novembre 1990, Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1991, S.C., p. 112, obs. F. Derrida.

5. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, 7^e éd., 2005, V° Coobligé(e).

leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans (ancien art. L. 621-48, al. 2 C. com.), en ajoutant que les créanciers pouvaient prendre des mesures conservatoires (ancien art. L. 621-48, al. 3 C. com.). Le législateur avait ainsi renforcé les droits des créanciers à l'encontre des cautions et coobligés, tout en instaurant une protection particulière en faveur des seules cautions personnelles personnes physiques, qui sont le plus souvent des dirigeants de l'entreprise, pour les encourager à provoquer l'ouverture d'une procédure collective dès la cessation des paiements.

4. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises va encore plus loin, en favorisant l'anticipation du débiteur qui se place sous l'aile de la justice avant la cessation des paiements. Mais elle veut aussi renforcer les droits des créanciers afin de développer le financement des entreprises. Ces objectifs fondamentaux de la réforme se traduisent concrètement par différentes innovations importantes en matière de sûretés personnelles.

5. La loi de sauvegarde contient d'abord diverses dispositions visant directement les cautions et coobligés du débiteur et aussi, pour la première fois, les garants autonomes. Elle fait en revanche l'impasse sur des mécanismes et des techniques contractuelles éprouvés qui font office en pratique de garantie personnelle. Elle introduit aussi certaines innovations qui tendent à sécuriser les droits des créanciers à l'égard des garants. Il convient de préciser d'emblée que l'ensemble de ces nouvelles dispositions n'est pas applicable aux procédures collectives en cours et ne concernera que les cautions, coobligées et garants autonomes des débiteurs qui font l'objet d'une procédure collective ouverte depuis le 1^{er} janvier 2006.

6. Il est souvent souligné que c'est à l'épreuve d'une "bonne" procédure collective que l'on peut vraiment juger de l'efficacité d'une sûreté⁶. À cet égard, même s'il est toujours délicat de mesurer l'impact de nouveaux textes avant leur application, il apparaît dès à présent que le cautionnement est sensiblement revalorisé et conforté dans sa position de sûreté personnelle majeure dans la pratique (I). Les garanties non accessoires sont en revanche affaiblies, dans une certaine mesure (II).

I. Revalorisation du cautionnement

7. Le groupe de travail pour la réforme du droit des sûretés a souligné que des réformes législatives ponctuelles et des solutions jurisprudentielles fluctuantes ont mis à mal la cohérence du droit français du cautionnement et la sécurité attendue par les créanciers⁷. Il est

regrettable à cet égard que cette sûreté ne puisse être mise en œuvre efficacement en cas de procédure d'insolvabilité du débiteur, à savoir au moment précis où elle doit remplir sa fonction de garantie. Aussi la loi de sauvegarde des entreprises comporte-t-elle diverses innovations qui sont destinées à restaurer l'efficacité du cautionnement. Elle instaure une protection raisonnée et sélective des cautions (A) et renforce la sécurité des créanciers qui bénéficient d'un cautionnement (B).

A. Protection raisonnée et sélective des cautions

8. La protection des cautions suit une gradation décroissante qui tend à favoriser l'anticipation du traitement des difficultés des entreprises. Ainsi, les dispositions applicables à la procédure de conciliation et à la procédure de sauvegarde ne sont pas favorables aux créanciers alors que dans le cadre du redressement, le cautionnement retrouve pour l'essentiel sa rigueur.

9. S'agissant de la procédure de conciliation, le nouvel article L. 611-11 alinéa 3 du Code de commerce énonce que les personnes ayant consenti un cautionnement peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué. Ce disant, le texte ne fait qu'entériner la solution retenue par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 mai 2004⁸ qui a jugé que "*les délais et remises accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution*".

Même si le texte ne le précise pas, les cautions peuvent aussi bénéficier des dispositions de l'accord non homologué mais simplement constaté, en vertu de la nature contractuelle de celui-ci et de la règle de l'accès-soire⁹.

10. Ainsi, toutes les cautions (personnelles et réelles, personnes physiques et personnes morales), sans aucune exception, vont profiter des remises et délais consentis au débiteur dans le cadre de la conciliation. La solution est dictée par la finalité de la loi qui commande que le sauvetage de l'entreprise ne soit pas compromis par l'exercice des recours après paiement des cautions.

11. S'agissant de la procédure de sauvegarde, le nouvel article L. 622-28 du Code de commerce introduit diverses dispositions remarquables. Il prévoit d'abord que toutes les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts et majorations résultant du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde (art. L. 622-28 al. 1 C. com.). Le texte précise ensuite que le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes

6. V. Ph. Delebecque, note au sous Cass. 3^e civ., 18 décembre 2002 au D. 2003, p. 963, spéc. n° 2.

7. V. Rapport au garde des Sceaux du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, p. 7 ; adde Rapport Grimaldi : pour une réforme globale des sûretés, Droit & Patrimoine septembre 2005, p. 49 et spéc. Ph. Simler, Les sûretés personnelles, p. 55.

8. Bull. civ. IV, n° 84 ; R.T.D.civ. 2004, p. 534, obs. P. Crocq ; Banque & Droit juillet-août 2004, p. 51, obs. N. Rontchevsky ; comp. Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 401 ; R.T.D.civ. 1997, p. 190, obs.

P. Crocq, jugeant que malgré leur caractère volontaire, la caution ne peut pas se prévaloir des mesures consenties par les créanciers dans le cadre d'un plan conventionnel de règlement prévu par le Code de la consommation.

9. V. P.-M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), D. 2005, Chron., p. 2299, spéc., n° 17 qui estime que les délais de grâce accordés au débiteur à l'encontre des créanciers non parties à l'accord demeurent strictement personnels à celui-ci et ne peuvent pas profiter aux cautions, coobligés et garants autonomes.

physiques ayant consenti un cautionnement (art. L. 622-28 al. 2. C. com.). Les créanciers peuvent cependant prendre immédiatement des mesures conservatoires à l'encontre des cautions (art. L. 622-28 al. 3 C. com.) et il faut rappeler à ce propos que la Cour de cassation a opportunément clarifié l'articulation des voies d'exécution et du droit des procédures collectives dans des arrêts rendus par la chambre commerciale le 24 mai 2005¹⁰. La suspension des poursuites à l'encontre de certains garants, qui était déjà prévue par l'ancien article L. 621-48 du Code de commerce dans le cadre du redressement judiciaire, est ainsi étendue à la procédure de sauvegarde.

12. De son côté, le nouvel article L. 626-11 du Code de commerce énonce que les personnes ayant consenti un cautionnement peuvent se prévaloir du jugement qui arrête le plan de sauvegarde mais exclut expressément les personnes morales du bénéfice de cette disposition. Autrement dit, les cautions personnes physiques pourront profiter des délais et remises prévus par le plan. Cette solution est conforme à la nature de la procédure de sauvegarde, qui se veut "*plus contractuelle que judiciaire*"¹¹, et au jeu de la règle de l'accessoire.

13. Ces dispositions relatives à la procédure de sauvegarde sont très favorables à toutes les cautions personnes physiques puisqu'elles visent aussi bien les cautions réelles que les cautions personnelles et tant les cautions simples que les cautions solidaires. En revanche, elles sont inapplicables aux cautions personnes morales, qui sont le plus souvent des professionnels du crédit. Un cautionnement bancaire conservera ainsi toute son efficacité en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

14. Ce clivage entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales est cohérent car on ne saurait traiter de la même manière la caution amicale, ou même la caution intéressée (dirigeant, actionnaire majoritaire), et un établissement qui a pour activité de souscrire des garanties rémunérées. Il s'inscrit dans le droit fil de la loi du 10 juin 1994, qui réservait déjà une protection spécifique aux cautions personnelles personnes physiques, et des récentes réformes législatives du droit du cautionnement (cf. notamment loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion et loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique)¹². En l'occurrence, il est surtout justifié par la primauté de

10. R.D. bancaire et financier 2005, n° 130, obs. D. Legeais ; Banque & Droit juillet-août 2005, p. 60, obs. N. Rontchevsky. Ces arrêts ont précisé que "*si ce n'est dans le cas où elle a été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier qui a été autorisé à pratiquer une mesure conservatoire contre une caution personnelle, personne physique, doit dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire même si le débiteur principal a fait l'objet d'un jugement de redressement judiciaire*" et que, dans ce cas, "*l'instance ainsi engagée est suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire du débiteur principal*" mais "*peut être reprise sans nouvelle assignation*" après ledit jugement.

11. P.-M. Le Corre, art. préc., n° 8.

12. V. notamment L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 2003, n° 111 qui soulignent que la grande distinction du droit positif est celle qui oppose les personnes physiques, protégées par des mesures spécifiques, aux personnes morales.

13. V. Y. Chaput, La sauvegarde des entreprises en difficulté, à propos de la loi adoptée le 13 juillet 2005, J.C.P. 2005, Actualités, 428, spéc. 2 ;

l'objectif de sauvegarde car les faveurs dont bénéficient toutes les cautions personnes physiques devraient bien sûr inciter les dirigeants cautions à anticiper le traitement des difficultés de l'entreprise¹³.

15. Ce nouveau dispositif pourrait cependant avoir aussi des effets pervers. Il pourrait susciter des dépôts de bilan/gestion et dissuader les créanciers de consentir des délais ou remises de dette dans le cadre d'une procédure de sauvegarde¹⁴, à moins que les cautions ne renoncent au bénéfice de ces mesures¹⁵.

16. Les droits des créanciers sont mieux protégés en cas de redressement judiciaire. Certes, en vertu de l'article L. 631-14, I, toutes les cautions personnes physiques, sans aucune exception¹⁶, bénéficient là aussi de la suspension des poursuites pendant la période d'observation, les créanciers conservant quant à eux la faculté de prendre des mesures provisoires.

Mais, comme sous l'empire des dispositions issues de la loi du 10 juin 1994, il résulte du nouvel article L. 631-14, II du Code de commerce que toutes les cautions, personnes physiques et personnes morales, ne bénéficient pas ici de l'arrêt du cours des intérêts.

17. Une autre différence importante entre la procédure de redressement judiciaire et la procédure de sauvegarde doit être soulignée. L'article L. 631-20 du Code de commerce énonce en effet que "*les personnes ayant consenti... un cautionnement ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan*". En d'autres termes, aucune caution ne peut bénéficier des délais et remises accordés au débiteur par le plan de redressement. Le texte n'opère donc plus aucune distinction entre les cautions et remet en cause la solution résultant d'une interprétation *a contrario* de l'ancien article L. 621-65 du Code de commerce qui permettait aux cautions simples – très rares il est vrai en pratique – de se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire¹⁷.

18. Cette nouvelle solution est juste et opportune. Elle est conforme à la finalité du cautionnement qui justifie de modeler le jeu de la règle de l'accessoire pour protéger pleinement le créancier en cas de défaillance judiciairement constatée du débiteur¹⁸.

Elle est aussi favorable au redressement de l'entreprise car les créanciers consentiront d'autant plus volon-

P.-M. Le Corre, art. préc., n° 38.

14. V. en ce sens F. Pommier et B. Amigues, "Le sort des cautions, coobligés et garants autonomes dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises", Petites affiches, 9 mars 2005, p. 9, spéc. II, n° 7.

15. V. les suggestions de M. D. Tricot, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui estime qu'il pourrait être demandé aux cautions de renoncer au bénéfice des délais et remises du plan de sauvegarde (audition devant la commission des lois du Sénat, 30 mars 2005).

16. Sous l'empire des dispositions de l'ancien article L. 621-48 alinéa 2 du Code de commerce (ancien art. 55 al. 2 L. n° 85-98 du 25 janvier 1985), il avait été jugé que le texte ne visait que les cautions personnelles et ne concernait pas les cautions réelles (V. C.A. Colmar, 26 juin 1998, Banque & Droit mai-juin 1999, p. 42, obs. N. Rontchevsky).

17. V. Cass. com., 23 novembre 2004, Bull. civ. IV, n° 203 ; Banque & Droit janvier-février 2005, p. 60, obs. N. Rontchevsky jugeant que "*les cautions non solidaires peuvent se prévaloir des dispositions du plan*".

18. V. P. Crocq, "Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés", Droit & Patrimoine janvier 2005, p. 43, spéc. II, p. 46.

tiers des remises et des délais à celle-ci que les cautions n'en bénéficieront pas¹⁹. Le souci d'assurer la sécurité du crédit pourrait du reste conduire à poser une règle plus générale selon laquelle la caution ne peut se prévaloir ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation par l'effet d'une procédure d'insolvabilité, sauf dispositions contraires de la loi organisant cette procédure²⁰.

19. Il faut enfin relever une maladresse, semble-t-il, du législateur qui, par l'effet d'un renvoi de l'article L. 641-3 à l'article L. 622-28, étend la règle de l'arrêt du cours des intérêts à la liquidation judiciaire et en fait aussi bénéficier dans ce cadre les cautions personnes physiques. Or, rien ne justifie que ces cautions soient privées du bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts en cas de redressement judiciaire et qu'elles en profitent en revanche en cas de liquidation. Cette erreur devrait être rectifiée le plus rapidement possible.

20. Sous cette réserve, il apparaît en résumé que l'intensité de la protection des cautions varie en fonction de leur qualité (personne physique ou personne morale) et de l'ampleur des difficultés de l'entreprise. Ainsi, au stade du redressement judiciaire, l'efficacité de la garantie est restaurée pour l'essentiel. La revalorisation du cautionnement résulte aussi d'autres innovations qui privent les cautions de certains moyens de défense.

B. Renforcement de la sécurité des créanciers

21. La loi de sauvegarde des entreprises contient diverses dispositions qui tendent à sécuriser les créanciers²¹. Deux d'entre elles ont une incidence sur le droit du cautionnement : l'absence d'extinction des créances non déclarées au passif de la procédure collective et le cantonnement de la responsabilité des créanciers.

22. En premier lieu, la loi supprime les dispositions de l'ancien article L. 621 alinéa 4 du Code et met fin ainsi à la règle contestable selon laquelle les créances non déclarées au passif dans les délais étaient éteintes, sauf relevé de forclusion²². Le nouvel article L. 622-26 du Code de commerce énonce en effet que *"à défaut de déclaration dans des délais fixés par décret en Conseil d'État, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent*

que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6".

23. Il résulte de ce texte que le défaut de déclaration d'une créance n'affecte plus son existence et que les conditions du relevé de forclusion sont assouplies. En l'absence de déclaration, le droit de créance est seulement inopposable à la procédure collective et inefficace pendant toute sa durée, de sorte que le créancier ne pourra pas participer aux répartitions, ni aux versements des dividendes du plan de sauvegarde ou du plan de continuation²³.

24. Dans les relations entre le créancier et la caution, l'absence de déclaration de la créance en temps utile n'entraînera plus l'extinction du cautionnement. Sous réserve du jeu des dispositions susceptibles de paralyser temporairement son action contre les cautions personnes physiques, un créancier pourra donc poursuivre les cautions du débiteur et établir ses droits devant le juge du cautionnement comme s'il n'y avait pas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. La caution conserve cependant des moyens de défense.

25. La caution pourra en effet invoquer le bénéfice de cession d'actions de l'article 2037 du Code civil lorsqu'elle aura subi un préjudice en raison de l'absence de participation du créancier aux répartitions et dividendes²⁴. Elle pourra ainsi réduire le montant de sa dette. Mais hors du cadre de l'article 2037 du Code civil, la caution ne pourra se prévaloir d'une faute du créancier que dans des circonstances exceptionnelles.

26. En deuxième lieu, la loi de sauvegarde encadre de manière très stricte la responsabilité des créanciers, qui est très souvent mise en jeu par les cautions, lorsqu'elles sont poursuivies, pour obtenir une décharge totale ou partielle de leur obligation²⁵.

Le nouvel article L. 650-1 alinéa 1 du Code de commerce énonce : *"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"*²⁶. Il ajoute dans un deuxième alinéa : *"Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles"*.

19. V. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 6^e éd., 2003, n° 326-1.

20. V. en ce sens la suggestion du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, rapport préc., p. 7.

21. V. P.-M. Le Corre, art. préc., 2^e partie, sous-partie 1, n° 58 et s.

22. L'extinction des créances non déclarées constituait une spécificité du droit français qui était contraire à l'article 5 du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité. En vertu de ce texte, *"l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles... et qui se trouve au moment de l'ouverture de la procédure sur le territoire d'un autre État membre"*. Le droit français était contraire à ce texte lorsque la créance était éteinte en France pour défaut de déclaration, alors que le droit réel portant sur le bien situé à l'étranger n'était pas affecté par le droit de l'autre État membre (V. P.-M. Le Corre, art. préc., n° 68).

23. V. P.-M. Le Corre, art. préc., n° 68 qui estime que le créancier ne pourra être payé qu'après que toutes les sujétions de la procédure collective auront disparu.

24. Par exemple, l'article 2037 pourra être utilement invoqué par la caution si le créancier a perdu la possibilité de faire jouer un droit préférentiel (tels un gage ou une hypothèque) en raison de l'absence de déclaration de la créance au passif.

25. Sur la responsabilité du créancier à l'égard de la caution, V. notamment *Lamy Droit du financement 2006* par J. Devèze, A. Couret et G. Hirigoyen, spéc. n° 3604 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 178.

26. Le Conseil constitutionnel a écarté le grief d'inconstitutionnalité du texte (Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, JO, 27 juillet 2005, p. 12225 ; pour une analyse de cette décision, V. R. Routier, Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *Gaz. Pal.* 9-10 septembre 2005, p. 33, spéc. I).

27. Le texte pose ainsi un principe d'irresponsabilité des créanciers dont la portée ne manquera pas de prêter à discussion en raison de sa place dans le Code²⁷. Il peut en effet être soutenu, en l'état, que l'exonération dépasse le cadre du droit des procédures collectives²⁸.

28. Ce nouveau principe exclut que la responsabilité d'un créancier puisse être mise en jeu à l'avenir du seul fait qu'il aurait accordé des crédits de manière inconsidérée ou en connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur. Il faut cependant rappeler ici que la Cour de cassation avait déjà affirmé que la responsabilité des banques ne pouvait être engagée à l'égard des cautions dirigeantes que dans des circonstances exceptionnelles²⁹.

29. L'irresponsabilité des créanciers n'est écartée désormais que dans trois hypothèses déterminées, et notamment en cas de disproportion entre les concours et les sûretés auxquelles ils ont été subordonnés³⁰. L'article L. 650-1 du Code commerce formule ainsi une nouvelle fois une exigence de proportionnalité des sûretés, qui a connu ces dernières années des développements importants, en jurisprudence³¹ et en législation³², en matière de cautionnement. Il faut cependant souligner que la disproportion prise en compte ici est nouvelle car elle n'est pas appréciée par rapport aux biens et revenus de la caution mais par référence aux concours consentis par le créancier au débiteur. En outre, il n'est pas nécessaire ici que la disproportion soit manifeste³³.

30. La lettre du texte n'opérant aucune distinction entre les garanties réelles et les garanties personnelles³⁴, toutes les cautions pourront tenter de mettre en jeu la responsabilité du créancier en invoquant la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la disproportion entre les concours et les sûretés pour faire prononcer la nullité de leur engagement, qui aurait pour effet de les libérer rétroactivement. Il s'agit là d'une innovation pour le moins insolite car jusqu'à présent, la responsabilité du créancier ne pouvait pas entraîner la perte de sa sûreté ou l'annulation de l'engagement d'un garant³⁵.

31. Il apparaît ainsi que le cantonnement de la responsabilité des créanciers est assorti de l'introduction d'une sanction originale³⁶ et radicale, car la nullité est semble-t-il automatique³⁷, qui ne manquera pas de soulever des diffi-

cultés délicates en pratique. La jurisprudence devra clarifier notamment la notion de "garanties disproportionnées". La sécurité des créanciers pourrait ainsi se révéler illusoire.

32. Cela étant, l'ensemble des dispositions de la loi de sauvegarde qui sont applicables au cautionnement tend à concilier l'impératif de protection des cautions personnes physiques et la sécurité du crédit qui impose de restaurer l'efficacité de cette sûreté à l'épreuve d'une procédure collective. Ce dispositif devrait donc donner un nouvel essor au cautionnement, et ce d'autant plus que d'autres garanties personnelles sont affaiblies.

II. Affaiblissement des garanties non accessoires

33. Les excès de la protection des cautions au détriment des créanciers et la liberté contractuelle ont favorisé l'apparition dans la vie des affaires de sûretés personnelles non accessoires et l'utilisation de techniques contractuelles faisant office de sûreté personnelle³⁸. Ainsi, les garanties autonomes à première demande, qui étaient pratiquées de longue date dans le commerce international, se sont développées dans les relations internes et, aux côtés de divers autres procédés, l'engagement de codébiteur adjoint ou codébiteur non intéressé à la dette (cf. art. 1216 C. civil) peut tenir lieu de substitut du cautionnement³⁹.

34. Ces engagements ont pour point commun d'être plus rigoureux pour le garant que le traditionnel cautionnement car ils n'en ont pas le caractère accessoire et les protections spécifiques de la caution ne leur sont pas applicables. Ainsi, l'inopposabilité des exceptions qui caractérise la garantie autonome interdit au garant de se prévaloir de l'anéantissement du contrat de base ou de son inexécution ainsi que de tout mode d'extinction de la dette garantie. De même, les règles protectrices de la caution, et notamment le bénéfice de cession d'action de l'article 2037 du Code civil, sont inapplicables à la garantie autonome et à l'engagement de codébiteur adjoint.

35. La rigueur de ces garanties non accessoires a suscité des craintes légitimes et des controverses quant à leur domaine et leur régime dans les relations internes⁴⁰. La loi de sauvegarde y fait écho en appliquant aussi aux garants

27. V. sur ce point Y. Chaput, art. préc., 2.

28. V. en ce sens R. Routier, art. préc., n° 10.

29. V. notamment Cass. com., 12 novembre 1997, Bull. civ. IV, n° 284 ; Cass. com., 11 mai 1999, 3 arrêts, R.J.D.A. 1999, n° 710.

30. V. R. Routier, art. préc., n° 13 qui estime que les garanties postérieures au concours et qui ne résultent pas d'une promesse liée à celui-ci ne sont pas visées par l'article L. 652-1 du Code de commerce.

31. Comp. Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188 et Cass. com., 8 octobre 2002, Bull. civ. IV, n° 136.

32. V. art. L. 313-10 et L. 341-4 C. consommation.

33. Comp. art. L. 313-10 et L. 341-4 C. consommation.

34. V. P.-M. Le Corre, art. préc., n° 63 ; R. Routier, art. préc., II, B, n° 13 ; R. Dammann, "Soutien abusif : la responsabilité des banques", Les Échos du 19 septembre 2005, p. 13.

35. V. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2004, Bull. civ. I, n° 185, jugeant que la sanction de la disproportion d'un cautionnement par rapport à la situa-

tion de la caution ne peut pas consister en l'annulation de la garantie.

36. V. R. Routier, art. préc., II, B, n° 13.

37. V. sur ce point R. Dammann, art. préc.

38. V. Ph. Simler, Les solutions de substitution au cautionnement, J.C.P. 1990, I, 3427.

39. V. notamment D. R. Martin, L'engagement de codébiteur solidaire adjoint, R.T.D.civ. 1994, p. 49 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, 7^e éd., 2004, n° 383 et s. ; pour une illustration, V. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1999, Bull. civ. I, n° 309 ; D. 2000, p. 407, note P. Ancel ; J.C.P. 2000, I, 209, n° 9, obs. Ph. Simler ; Defrénois 2000, p. 718, obs. Ph. Delebecque ; Banque & Droit mars-avril 2000, p. 42, obs. N. Rontchevsky.

40. V. par exemple M. Cabrillac et Ch. Mouly, *op. cit.*, n° 384-384-1, à propos du régime de l'engagement de codébiteur adjoint et n° 470-471, au sujet du domaine des garanties autonomes en droit interne.

autonomes et aux coobligés certaines règles concernant les cautions, privant ainsi ces garanties non accessoires d'une partie de leur intérêt (A). Mais d'autres garanties personnelles ne sont pas visées par la loi et devraient conserver tout leur attrait (B).

A. Extension ponctuelle du régime du cautionnement aux engagements autonomes

36. Diverses dispositions de la loi de sauvegarde relatives aux cautions sont expressément étendues aux personnes ayant consenti une garantie autonome et aux coobligés du débiteur. S'agissant de ces derniers, il convient de relever d'emblée que les textes n'opèrent aucune distinction selon que le coobligé est tenu conjointement ou solidairement avec le débiteur, en vertu de la loi ou par l'effet d'un contrat.

37. En premier lieu, en ce qui concerne la procédure de conciliation, tous les garants autonomes et coobligés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, bénéficient des mesures (remises de dette, délais) prévues en faveur du débiteur par l'accord homologué (art. L. 610-11 al. 3 C. com.). Cette solution est très contestable d'un point de vue strictement juridique car elle revient à appliquer la règle de l'accessoire à des rapports où elle n'a pas sa place. Elle est néanmoins justifiée, là encore, par une considération d'opportunité qui commande d'éviter que les recours des garants autonomes et coobligés contre le débiteur ne fassent échec au sauvetage de l'entreprise.

38. En deuxième lieu, dans le cadre de la procédure de sauvegarde, les garants autonomes et coobligés personnes physiques bénéficient de l'arrêt du cours des intérêts et de la suspension des poursuites pendant la période d'observation (art. L. 622-28 al. 1 et 2 C. com.), les créanciers pouvant cependant prendre des mesures conservatoires à leur rencontre (art. L. 622-28 al. 3 C. com.). Ces mêmes garants et coobligés peuvent également se prévaloir des délais et remises prévus par le plan de sauvegarde (art. L. 626-11 C. com.).

39. En troisième lieu, la situation des garants autonomes et coobligés personnes physiques est aussi alignée sur celle des cautions personnes physiques dans le cadre du redressement judiciaire. Ces garants bénéficient en effet de la suspension temporaire des poursuites (art. L. 631-14, I C. com.) mais ne profitent pas de l'arrêt du cours des intérêts (art. L. 631-14, II C. com.), ni des délais et remises prévus par le plan de redressement (cf. art. L. 631-20 C. com.).

40. Enfin, dans le cadre de la liquidation judiciaire, le nouvel article L. 643-11, II du Code de commerce reprend la règle (cf. ancien art. L. 622-32 C. com.) selon laquelle, à

l'instar des cautions, tous les coobligés qui ont payé aux lieu et place du débiteur peuvent poursuivre celui-ci nonobstant le jugement de clôture. Mais curieusement, le texte ne vise pas cette fois les garants autonomes, alors qu'il est pourtant admis qu'ils disposent pour le moins d'un recours personnel analogue à celui de la caution⁴¹. Il s'agit sans doute d'une omission qui appelle une rectification.

41. Là encore, certaines de ces solutions ne sont assurément pas conformes à l'orthodoxie juridique et affaiblissent paradoxalement la garantie autonome à l'heure où elle va bénéficier d'une consécration législative⁴². Mais les nouvelles dispositions protectrices des coobligés et garants sont justifiées par la volonté du législateur de dissuader les créanciers, et en particulier les établissements de crédit, d'exiger des personnes physiques d'autres garanties personnelles que le cautionnement.

42. Cela étant, l'assimilation des coobligés et garants autonomes aux cautions n'est que ponctuelle. Ainsi, ceux-ci ne pourront pas se prévaloir du bénéfice de cession d'actions de l'article 2037 du Code civil. La garantie autonome et l'engagement de codébiteur adjoint conserveront donc dans une très large mesure leur efficacité lorsqu'ils seront souscrits par des personnes morales (et par exemple par des banques ou par des sociétés délivrant des garanties financières professionnelles⁴³), et en dehors d'une procédure collective du débiteur, même lorsqu'ils seront souscrits par des personnes physiques. Les nouvelles dispositions concernant les coobligés et garants autonomes pourraient cependant relancer, d'une manière plus générale, le débat concernant l'extension des protections propres au cautionnement à d'autres garanties personnelles. En revanche, les nouvelles règles applicables aux garants autonomes et aux coobligés ne devraient pas remettre en cause l'efficacité d'autres garanties personnelles non accessoires, et en particulier de la délégation et des garanties indemnitaires.

B. Attrait préservé de la délégation et des garanties indemnitaires

43. Parmi les diverses techniques contractuelles qui peuvent jouer le rôle de garantie, la délégation simple (art. 1275 C. civ.) et la promesse de porte-fort (art. 1120 C. civ.) méritent une attention particulière car elles sont devenues usuelles dans la pratique des affaires. La délégation est l'opération par laquelle, sur ordre d'une personne (le délégant), une autre personne (le délégué) s'engage envers une troisième personne (le délégataire) qui l'accepte comme débiteur⁴⁴. Il y a délégation simple (ou imparfaite) lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que celui-ci ne le décharge pas expressément, de sorte que l'opération donne au délégataire un second débiteur

41. V. en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 309

42. L'article 24, 4° de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie habilite le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour "donner une base légale à la garantie autonome qui oblige le garant, sauf fraude manifeste, à payer dès qu'il est sollicité ou selon les modalités préalablement convenues". Cette disposition fait écho au rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés (p. 8) qui a proposé d'introduire la garantie autonome dans le Code civil.

43. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a mis fin à la controverse concernant la nature des garanties financières professionnelles en retenant la qualification de garantie autonome (Cass. ass. plén., 4 juin 1999, Banque & Droit septembre-octobre 1999, p. 46, obs. N. Rontchevsky).

44. L'avant-projet de réforme du droit des obligations propose de consacrer une section du Code civil (art. 1275 à 1282) à la délégation qui met en évidence sa fonction de garantie (V. P. Catala, "Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats", J.C.P. 2005, I, 170 et annexe).

en qualité de débiteur principal⁴⁵. La délégation de loyers en fournit une illustration : le promoteur qui a financé par un prêt la construction d'un immeuble donné en location demande aux locataires de s'engager à payer leurs loyers directement au prêteur⁴⁶. Mais il est aussi admis qu'une personne peut s'engager en qualité de délégué alors même qu'elle n'était pas antérieurement débitrice du délégant⁴⁷.

44. S'agissant de la promesse de porte-fort, qui consiste à promettre le fait d'un tiers, elle peut avoir pour objet l'exécution d'un engagement par le tiers⁴⁸. Si ce porte-fort d'exécution peut s'appliquer à l'obligation de payer une somme d'argent, il est surtout approprié à la garantie des obligations de faire⁴⁹. À la différence de la caution, le porte-fort ne s'oblige pas à payer la dette d'autrui mais est tenu d'indemniser le créancier si le débiteur n'exécute pas son engagement. La promesse de porte-fort d'exécution est donc une garantie indemnitaire qui a pour objet la réparation du préjudice subi par le créancier du chef de l'inexécution par le débiteur de ses obligations (cf. art. 1142 C. civ.)⁵⁰. Le porte-fort d'exécution doit ainsi être rapproché des lettres de confort (ou d'intention)⁵¹ renfermant l'obligation de faire le nécessaire pour que le débiteur soit en mesure d'honorer ses engagements⁵².

45. Des arrêts récents de la Cour de cassation ont mis en évidence les traits de la délégation et des garanties indemnitaires que sont la promesse de porte-fort et les lettres de confort. Dans un arrêt du 7 décembre 2004⁵³, la chambre commerciale a jugé que "*l'obligation du délégué est une obligation personnelle indépendante de l'obligation du délégant*", de sorte que les exceptions que le délégué est en droit d'invoquer contre le délégant sont inopposables au délégataire, et ce semble-t-il même lorsque le délégué s'engage à payer seulement ce que doit le délégant (délégation incertaine)⁵⁴. Quelques semaines plus tard, un arrêt de la première chambre civile du 25 janvier 2005⁵⁵ a affirmé que "*la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard*" et a ajouté que le promettant était tenu d'une "*obligation de résultat*".

45. V. Lamy Droit des sûretés, Étude 160, Délégation imparfaite par L. Aynès.

46. V. M.-L. Niboyet, Une illustration du concept de droit civil des affaires, La délégation de locataire, à titre de garantie, *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 71 et pour une illustration Cass. com., 29 avril 2002, D. 2002, p. 2673, note D. Houtcieff ; J.C.P. 2003, II, 10154, note A.-S. Barthez ; Banque & Droit juillet-août 2002, p. 41, obs. N. Rontchevsky.

47. Cass. com., 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 225 ; D. 1995, S.C., p. 91, obs. L. Aynès.

48. V. *Lamy Droit des sûretés*, Étude 150, Porte-fort d'exécution par I. Riassetto.

49. V. en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 342.

50. V. notamment I. Riassetto, art. préc., n° 150.39.

51. Le rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés (p. 8) a proposé d'introduire la lettre d'intention ou de confort dans le Code civil et en donne la définition suivante : "*engagement de faire ou de ne pas faire, souscrit par un tiers en des termes variables, et ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers un créancier*".

52. Les lettres de confort comportant une obligation de faire de résultat ne sont du reste pas autre chose que des promesses de porte-fort ; V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 320 et 343 ; Lamy Droit des sûretés, Étude 145, Lettre de confort (ou d'intention) par C. Koering et N. Rontchevsky, n° 145.19.

46. La même analyse s'impose pour le porte-fort d'exécution et elle avait du reste déjà été adoptée, à propos de la lettre de confort, par des arrêts antérieurs qui avaient considéré que l'engagement de faire le nécessaire pour que le débiteur soit en mesure d'exécuter ses engagements constituait une obligation de résultat⁵⁶. Il en résulte que le porte-fort est responsable de plein droit du préjudice subi par le créancier en raison de la défaillance du débiteur, sauf à ce qu'il rapporte la preuve d'une cause étrangère exonératoire⁵⁷. La rédaction de ces décisions récentes invite à se prononcer sur le point de savoir si les nouvelles dispositions de la loi de sauvegarde des entreprises visant les "*personnes ayant consenti une garantie autonome*" sont aussi applicables à la délégation et au porte-fort d'exécution.

47. La question peut se poser surtout, au premier abord, pour la délégation simple car l'inopposabilité des exceptions qui la caractérise la rapproche, dit-on, d'un acte abstrait et d'une garantie autonome⁵⁸. Mais la doctrine souligne que s'il existe incontestablement des similitudes entre la garantie autonome et la délégation simple, des différences subsistent néanmoins, en particulier quant à la rigueur de l'autonomie, de sorte qu'il s'agit de "*fausses jumelles*"⁵⁹. La définition légale de la garantie autonome devrait de surcroît contribuer à la distinguer encore davantage de la délégation⁶⁰. Les dispositions relatives aux garanties autonomes ne devraient donc pas s'appliquer à la délégation. La jurisprudence sera cependant peut être amenée à se prononcer sur ce point.

48. L'hésitation est encore moins permise en ce qui concerne les lettres de confort et le porte-fort d'exécution qui sont des garanties non accessoires mais ne constituent pas pour autant de véritables garanties autonomes. Ces garanties indemnitaires devraient donc conserver également toute leur efficacité à l'épreuve d'une procédure collective, en assurant au créancier une indemnisation complète du préjudice qu'il subit en raison de la défaillance de son débiteur.

53. Bull. civ. IV, n° 214 ; Banque & Droit mars-avril 2005, p. 39, obs. N. Rontchevsky.

54. L'avant-projet de réforme du droit des obligations règle l'opposabilité des exceptions en distinguant selon que le délégué souscrit un engagement expressément stipulé indépendant ou s'engage à payer au délégataire ce qu'il doit au délégant ou ce que celui-ci doit au délégataire (art. 1279, 1279-1 et 1280 C. civ.).

55. Bull. civ. I, n° 43 ; Banque & Droit mars-avril 2005, p. 41, obs. N. Rontchevsky.

56. V. Cass. com., 26 février 2002, Bull. civ. IV, n° 43 ; D. 2002, S.C., p. 3331, obs. L. Aynès ; Banque & Droit mai-juin 2002, p. 42, obs. N. Rontchevsky ; Cass. com., 9 juillet 2002, Bull. civ. IV, n° 117 ; D. 2002, S.C., p. 3332, obs. L. Aynès ; Banque & Droit septembre-octobre 2002, p. 42, obs. N. Rontchevsky ; Cass. com., 19 avril 2005, Dr. sociétés 2005, n° 153, note H. Lécuyer.

57. V. en ce sens, à propos des lettres de confort renfermant une obligation de résultat, Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 345.

58. L'affirmation du caractère abstrait de la délégation est cependant contestable (V. notamment Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 1368).

59. V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 340.

60. V. la définition proposée par le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés (rapport préc., p. 8) : "*engagement par lequel un tiers s'oblige, en contemplation d'une obligation, à verser une certaine somme, soit à première demande, soit suivant des modalités convenues*".

49. En définitive, les nombreuses innovations de la loi de sauvegarde concernant les cautions, coobligés et garants autonomes visent à rationaliser les solutions applicables aux garants, afin de contribuer à la réalisation des objectifs du législateur qui veut favoriser un traitement précoce des difficultés des entreprises mais aussi protéger davantage les créanciers pour développer le crédit. Ainsi les dispositions applicables à la procédure de sauvegarde, véritable “*cœur de la réforme*”⁶¹, sont-elles très favorables à tous les dirigeants garants qui prendront l’initiative de saisir la justice avant la cessation des paiements. Sans insister davantage sur certaines maladresses ou erreurs, il faut aussi souligner que, d’une manière générale, les considérations

économiques prennent le pas sur l’orthodoxie juridique, comme en témoigne l’extension des règles protectrices des cautions à des obligations autonomes.

50. Mais la bienveillance du législateur à l’égard de certains garants est contrebalancée par des dispositions qui devraient améliorer sensiblement la situation des créanciers. Le nouveau régime des sûretés personnelles tend ainsi à rétablir un équilibre entre les intérêts en présence, dans le droit fil des orientations générales du projet de réforme globale du droit des sûretés⁶². Il reste que le texte comporte des zones d’ombre qui devront être clarifiées par la jurisprudence. ■

61. P.-M. Le Corre, art. préc., n° 8.

62. V. M. Grimaldi, Orientations générales de la réforme, Droit & Patrimoine septembre 2005, p. 50, spéc. II, p. 53, qui souligne que le projet de réforme propose un régime des sûretés équilibré “*qui tiennent la balance égale entre les intérêts des créanciers et ceux du débiteur*”.