Incidences bancaires de la loi relative à la lutte contre les exclusions

Incidences sur les cautionnements de personnes physiques

Alain Cerles
Directeur de droit du crédit
Société générale

La loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions – Loi n° 98.657 du 29 juillet 1998, *JO* du 31 juillet 1998 – contient une série de dispositions ayant une incidence sur le cautionnement émanant de personnes physiques*.

Destinées à renforcer la protection des cautions, ces nouvelles dispositions concernent principalement l'information des cautions personnes physiques, information annuelle **(I)** et information au cas de défaillance du débiteur cautionné **(II)**. Elles doivent donc retenir tout particulièrement l'attention des établissements de crédit.

I Information annuelle des cautions personnes physiques

A l'heure actuelle, seule existe à la charge des établissements de crédit l'obligation légale d'information annuelle des cautions, personnes physiques ou morales, garantissant un concours financier à une entreprise – article 48 de la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises (1).

Rappelons brièvement que cette information, à effectuer avant le 31 mars de chaque année, doit 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 des engagements cautionnés.

En outre, lorsque le cautionnement comporte un terme, l'information doit rappeler ce terme et, dans le cas où le cautionnement est à durée indéterminée, indiquer à la caution la faculté de révocation dont elle bénéficie. Rappelons enfin la sanction du défaut d'information : «*Le défaut d'accomplissement de la formalité […] emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information*» (art. 48, 2e alinéa).

La loi du 29 juillet 1998 – art. 101 – complète l'article 2016 du code civil par un second alinéa ainsi rédigé : «*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 accessoires de la dette, frais et pénalités*».

Ces nouvelles dispositions appellent trois séries d'observations :

1. Le premier alinéa de l'article 2016 du code civil vise expressément le cautionnement «indéfini» : est «indéfini», celui délivré pour un montant en principal auquel s'ajoutent, sans indication de montant, les intérêts, frais et accessoires. Outre le remboursement de l'obligation principale, le cautionnement s'étend donc à tous les accessoires de la dette, ainsi qu'aux frais pouvant être dus, par exemple, ceux supportés pour le recouvrement de la créance garantie. A contrario, est défini le cautionnement souscrit pour un montant forfaitaire englobant, dans la limite de ce montant maximum, principal, intérêts, frais et accessoires (2).

2. Le contenu de l'information prévu par ces nouvelles dispositions est différent de celui de l'article 48. Ainsi l'information doit concerner «l'évolution» du montant de la créance garantie. Cette formulation n'est pas très claire (3) et il est probable qu'en pratique l'information portera, comme cela est le cas pour celle de l'article 48, sur le montant des sommes dues par le débiteur cautionné correspondant aux engagements cautionnés.

Autre différence également : le bénéficiaire du cautionnement n'est pas tenu d'informer la caution de son droit à résiliation lorsque le cautionnement est illimité en durée pas plus que sur le terme de l'engagement.

La sanction du défaut d'information diffère enfin de celle de l'article 48 : «*… sous peine de déchéance de tous accessoires de la dette, frais et pénalités*». Les intérêts conventionnels et de retard afférents à la dette garantie constituant à l'évidence des «accessoires» de la dette, on constate que la sanction du défaut d'information est alourdie pour le prêteur par rapport à celle prévue par l'article 48.

* Alain Cerles est intervenu sur ce thème lors des «Matinées Banque & Droit» du 4 février 1999, consacrées à la Loi relative à l'exclusion.

Ultime différence enfin : aucune date butoir n'est prévue pour cette information ; celle-ci doit être donnée à la date convenue entre les parties ou à défaut à la date anniversaire de l'acte de cautionnement.

En dépit de ces différences, nous partageons l'avis selon lequel l'information au titre de l'article 2016 sera, en pratique et pour réduire les coûts de gestion, jumelée avec celle de l'article 48 ce qui impliquera que les actes de cautions entrant dans le champ d'application de l'article 2016 stipulent que l'information annuelle due à la caution au titre de cet article sera effectuée avant le 31 mars au titre des engagements existants au 31 décembre de l'année précédente.

Il n'empêche, ces mesures d'information, du fait que leur contenu diffère de celui de l'article 48 susvisé, feront, dans certains cas – personne physique caution d'une entreprise – double emploi avec cette information annuelle et nécessiteront, dans les situations non visées par cet article, la mise en place par les banques d'un système d'information annuelle complémentaire à celui existant pour l'application de l'article 48.

3. L'information prévue par le second alinéa de l'article 2016 n'étant à effectuer qu'à l'égard des cautions personnes physiques dont le cautionnement est indéfini, on peut songer, pour en éviter les contraintes, à rendre systématique le cautionnement forfaitaire lorsqu'il émane de telles cautions.

La mise en œuvre de cette suggestion, qui présenterait l'avantage pour les cautions de connaître avec précision le montant maximum à hauteur duquel elles sont engagées et constituerait donc pour elles une mesure de protection, impliquerait, à l'évidence, un changement des pratiques actuelles des banques et pourrait présenter des inconvénients sur le plan commercial. Mais il faut se rappeler que la loi impose déjà aux banques le recours au cautionnement pour un montant forfaitaire :

- lorsque le cautionnement garantit un crédit régi par le code de la consommation (crédits à la consommation et immobilier). L'article L. 313.7 du code de la consommation prévoit en effet que «*la personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution*» pour de tels crédits «*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…"*» ce qui est la caractéristique d'un cautionnement forfaitaire ;
- lorsque le cautionnement est délivré pour garantir un crédit professionnel consenti à un entrepreneur individuel. Il résulte en effet de l'article 47 II de la loi du 11 février 1994 (loi Madelin) que dès lors que le cautionnement recueilli est solidaire – ce qui est toujours le cas des cautionnements recueillis par les établissements de crédit – l'engagement de la caution doit être limité «*à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires*» : autre façon de qualifier un engagement forfaitaire.

4. Dernière observation enfin touchant le champ d'application du nouveau texte, celui-ci visant tous les bénéficiaires de cautionnements de personnes physiques – et non pas, comme pour l'article 48, les seuls établissements de crédit – sont également concernées par des nouvelles mesures d'information les sociétés de crédit-bail lorsqu'elles bénéficient de cautionnements indéfinis émanant de personnes physiques.

II Information des cautions personnes physiques au cas de défaillance du débiteur cautionné

A l'heure actuelle, la banque est tenue d'informer une caution de la défaillance du débiteur cautionné exclusivement dans les cas où la caution est une personne physique et où le crédit garanti est un crédit à la consommation ou un crédit immobilier – article L. 313.9 du code de la consommation.

Désormais – articles 102 et 104 de la loi du 29 juillet 1998 – les créanciers – et donc les établissements de crédit, y compris les sociétés de crédit-bail, sont tenus d'informer les cautions personnes physiques de la défaillance du débiteur principal, quelle que soit la nature ou l'objet du concours consenti à ce dernier et la qualité de ce débiteur, personne physique ou morale.

En effet :

- l'article 102 – qui ajoute au code de la consommation un nouvel article L. 341.1 – oblige «*le créancier professionnel*» à informer les cautions personnes physiques de la défaillance du débiteur principal «*dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement*» ;
- l'article 104 complète l'article 47 II de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (loi Madelin) par un alinéa ainsi rédigé : «*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. A 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*».

A cet égard, si les dispositions des articles 102 et 104 peuvent être utilement rapprochées de celles de l'article L. 313.9 susvisé, force est de reconnaître qu'elles peuvent se révéler d'application plus délicate.

Ainsi la notion de premier incident de paiement non régularisé n'est point ici assortie de la précision figurant à l'article 313.9 : incident de paiement caractérisé, susceptible d'inscription au FICP.

D'autre part, l'emploi de la préposition «dès» («*dès le premier incident de paiement*») implique-t-il, comme certains le pensent (cf. note 2°) que l'obligation d'information du créancier se limite au premier incident de paiement non régularisé et n'a pas à être réitérée au second incident de paiement mais que cette information est à nouveau due lorsque, après un premier incident de paiement régularisé, survient un nouvel incident de paiement ?

Face à l'imprécision du texte, le créancier ne doit pas oublier que le but recherché par le législateur est que la caution soit avertie de la situation du débiteur cautionné et du risque de mise en jeu de son cautionnement afin qu'elle puisse prendre les dispositions qu'elle estime opportunes en vue de faire face à cette situation.

Pour être complet quant aux incidences de la loi du 29 juillet 1998 sur les cautionnements émanant de personnes physiques, il faut indiquer que cette loi – art. 103 – complète l'article 2024 du code civil par un alinéa ainsi rédigé : «*En toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L. 311-2 du code de la consommation*».

Ce nouveau texte est à rapprocher du texte actuel de l'article L. 313.10 du code de la consommation selon lequel : «*Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier 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*».

III Entrée en vigueur et champ d'application des dispositions de la loi touchant au cautionnement

Un dernier point doit enfin être abordé ; il concerne l'entrée en vigueur et le champ d'application des dispositions de la loi nouvelle concernant le cautionnement. Partageant, sur ce sujet délicat, l'analyse qui en a été faite par le professeur D. Legeais (3) je me contenterai d'en rapporter très précisément les termes :

«*Les dispositions relatives au cautionnement figurent dans le chapitre consacré au surendettement mais elles sont introduites à la suite de l'article 99 qui en fixe les conditions d'application et renvoie au futur décret. Dans une première analyse, on pourrait considérer que les dispositions consacrées au cautionnement ne sont pas visées par l'article 99 et qu'elles ont donc vocation à s'appliquer immédiatement. Une seconde lecture, plus respectueuse de la lettre de l'article 99 est également possible. Ce sont alors toutes les dispositions du chapitre, y compris celles relatives au cautionnement, qui sont concernées. Même si la première interprétation correspond probablement à l'intention du législateur dans la mesure où il n'est nul besoin de précisions complémentaires pour appliquer les textes, la deuxième interprétation doit être retenue. Elle le doit d'autant plus que l'article 100 qui serait applicable immédiatement si l'on s'en tenait à la première lecture du texte, renvoie à l'article L. 331-3 du code de la consommation qui lui n'est pas immédiatement applicable.*»

Et le professeur Legeais d'ajouter : «*Il serait souhaitable que le décret annoncé règle une seconde difficulté liée à l'application du texte aux cautionnements en cours. La majorité des dispositions relatives aux cautionnements semblent pouvoir concerner les contrats en cours. L'hésitation est permise s'agissant de l'article 101 réformant l'article 2016 du code civil. L'article fait en effet référence à un accord des parties relatif à la date de l'information annuelle des cautions. Par hypothèse, un accord ne peut intervenir que pour les cautionnements conclus postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi.*»

Le décret annoncé (4) vient d'être publié au *JO* du 2 février 1999.

Bien qu'il se réfère expressément au Chapitre Ier du titre II de la loi, chapitre incluant les dispositions touchant au cautionnement, le décret ne contient aucune des précisions attendues ou du moins souhaitées pour l'application de ces dispositions.

Il n'empêche que du fait de l'entrée en vigueur immédiate du décret, les dispositions de la loi du 29 juillet 1998 s'appliquent désormais aux cautionnements entrant dans le champ d'application de la loi souscrits postérieurement à cette date d'entrée en vigueur.

C'est dire que les établissements de crédit doivent se préoccuper de mettre en place l'information due aux cautions personnes physiques :

- information annuelle pour les cautionnements souscrits pour un montant indéfini,
- informations, dès le premier incident de paiement, dues à des cautions personnes physiques, que leur engagement soit ou non d'un montant indéfini.

* *
*

Pour conclure cette brève analyse des dispositions de la loi contre l'exclusion qui concernent le cautionnement des personnes physiques, on peut formuler deux remarques.

La première en forme de regret : encore une nouvelle réglementation réformant le droit du cautionnement s'ajoutant à de nombreuses réglementations successives ! Certes, toutes ces réglementations ont un même objectif, renforcer la protection des cautions et spécialement des cautions personnes physiques, plus facilement «profanes» en la matière. Il n'empêche, cette multiplication des régimes spéciaux est regrettable et il n'est pas certain que l'alourdissement des contraintes qui en résultent, spécialement pour les établissements de crédit, trouvent leur contrepartie dans une protection accrue des cautions !

La seconde est moins négative : si l'on peut regretter la qualité rédactionnelle douteuse de bon nombre de ces nouvelles dispositions qui ne manquera pas de se révéler source de contentieux, il faut reconnaître que le législateur a su raison garder afin de conserver au cautionnement les avantages attendus de cette sûreté, au demeurant très utilisée, non seulement par les établissements de crédit, principaux bénéficiaires mais surtout par les clients des établissements de crédit sollicitant le concours de ces derniers. ■.

(1) Cf. «Le cautionnement et la banque», Tome 1. «Engagements reçus par la banque». *AFB. Collection techniques de la banque.*
(2) Cf. «La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement», F. Crédot. *Banque & Droit* n° 62 novembre-décembre 1998.
(3) «La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998», D. Legeais. *La Semaine juridique* Entreprise et Affaires, n° 44. 29 octobre 1998.
(4) Décret n° 99-65 du 1er février 1999 relatif à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers et modifiant certaines dispositions du titre III du livre III du code de la consommation.