

Conférence :

**« Où va le cautionnement ?
Entre renouveau jurisprudentiel et endiguement législatif »**

3 juin 2004 – Maison du Barreau

Sommaire

1^{ERE} INTERVENTION - L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE SUR LE CAUTIONNEMENT : LA CRISE A L'APAISEMENT ?

Jean DEVEZE **Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse**
Corédacteur LAMY Droit du Financement

I Politique jurisprudentielle

A) Déterminants

- technicité
- rôle des plaideurs
- rôle des rédacteurs d'actes
- environnement économique
- rôle de la doctrine
- interventions du législateur

B) Manifestations

- Dualité : la Cour de Cassation adopte deux politiques :
 - La 1^{ère} Chambre Civile est favorable à la caution
 - La Chambre Commerciale est moins favorable à la caution.
- La Chambre Commerciale se montre hostile à l'encontre du dirigeant caution
 Exemple : celui-ci ne peut invoquer la nullité pour dol.

II Fonction technique de la jurisprudence

La jurisprudence élabore-t-elle des solutions convenables pour des situations non réglées par le législateur ?

A) Apaisements

La 1^{ère} Chambre Civile et la Chambre Commerciale sont enfin tombées d'accord sur le fait que l'article 1326 du Code Civil était respecté si la mention figure au bas de l'acte de caution.

Exemple d'apaisement : possibilité pour la caution d'invoquer la faute du créancier dans une défense au fond.

Ces apaisements ont été dépassés par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

B) Crises persistantes ou renouvelées

- Aux frontières du droit du cautionnement

Le fondement de la responsabilité de la caution est-il contractuel (art. 1147 du Code Civil) ou extra contractuel (art. 1382 du Code Civil) ?

La Chambre Commerciale répond tantôt l'un tantôt l'autre.

.../...

- Au sein du droit du cautionnement

Exemple : jurisprudence rendue sur art. 2037 du Code Civil.

Conclusion :

- un apaisement semble apparaître aux frontières du cautionnement
- mais les sûretés personnelles présentent une insécurité (**Cass° 15 mai 2002**).

Exemple : le régime des cautions réelles est difficilement établi. Il est préférable de prévoir contractuellement une caution ainsi qu'un gage.

.../...

2^{EME} INTERVENTION - LES GARANTIES FINANCIERES LEGALES SONT-ELLES DES CAUTIONNEMENTS ?

Anne-Sophie BRUDY-LE ROUX **Direction Juridique CNP Caution**

et **Xavier PEQUIN**

Avocat au Barreau de PARIS
Président de l'Association CautiOn Line

- La loi assure la sécurité des garanties financières personnelles
- **Civ. 1^{ère} 21 octobre 2003** : la garantie financière délivrée à l'agent immobilier bénéficie à toute créance ayant pour origine un versement ou une remise effectuée à l'occasion de l'une des opérations portant sur les immeubles ou des fonds de commerce visés à l'article 3 de la loi du 2 janvier 1970. (**Annexe n°1**)
- Loi du 10 juillet 2003 (les commissaires-priseurs sont tenus d'une garantie financière) : il s'agit de la dernière loi en matière de garantie financière.

I La qualification de cautionnement

Deux arguments militent en faveur de cette qualification :

- 1) Soit qu'ils soient issus des textes eux-mêmes
- 2) Soit qu'ils soient issus de l'étude des mécanismes de garantie

1) Les textes : la qualification des garanties financières professionnelles est opérée par le législateur lui-même

Les textes ne définissent pas la nature juridique mais privilégient les termes de cautionnement ponctuellement.

2) Mécanisme des garanties financières professionnelles : 4 caractéristiques en faveur de la qualification du cautionnement

a) Défaillance du professionnel

Celle-ci nécessite une créance certaine, liquide et exigible à l'encontre du professionnel.

Comment démontrer la carence du professionnel : en règle générale en adressant une mise en demeure (exemple: art. 219 du décret du 27/11/91 sur la profession d'avocat).

b) Caractère accessoire de l'intervention du garant

Il convient de constater avant tout la défaillance du professionnel pour pouvoir mettre en cause le garant.

Le caractère accessoire est parfois contesté en doctrine notamment par le Pr. CABRILLAC.

.../...

c) Renonciation au bénéfice de discussion

Toutes les garanties professionnelles financières imposent cette renonciation.
Exemple : décret de 1954 sur les agences de voyages.

d) Opposabilité des exceptions

Voir les articles 2037 du Code Civil et L 621-46 du Code de Commerce.

II Les garanties financières professionnelles à l'épreuve de la jurisprudence

1) 1) Assemblée Plénière 4 juin 1999 (annexe n°2)

En raison de son autonomie, la garantie financière exigée des personnes exerçant des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce et affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs qu'elles ont reçus n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'agent immobilier, le client ne déclare pas au passif sa créance de restitution de la somme versée ; en conséquence, le client peut assigner directement le garant.

2) Une jurisprudence hésitante

La 1^{ère} Chambre Civile retient le cautionnement tandis que la 3^{ème} Chambre Civile ne retient pas de cautionnement.

Exemples de décisions rendues par la Chambre Commerciale :

Com. 25 juin 2002 (Annexe n°3) : retient la qualification de cautionnement

Com. 6 mai 2003 (Annexe n°4) : ne retient pas de garantie autonome.

3) La fin justifie-t-elle les moyens ?

4) De quelle autonomie parle-t-on ?

Le bénéficiaire d'une garantie autonome peut la mettre en œuvre à tout moment.

Or, le garant professionnel est conditionné à la défaillance du professionnel.

5) Incidence de cette « autonomie » sur les recours exercés

- a. Sur le plan économique
- b. Sur le plan juridique

Le garant financier peut recourir contre ses propres garants.

Conclusion : le projet de loi PERBEN prévoit une nouvelle distinction entre les cautions personnes physiques protégées et les cautions personnes morales exposées. .../...

3^{EME} INTERVENTION - DE LA LETTRE D'INTENTION A LA GARANTIE AUTONOME : ETAT DES LIEUX

Alain CERLES : **Avocat au Barreau de PARIS (MOQUET, BORDE et Associés)**
Ancien Directeur Juridique de la Société Générale
Rédacteur dans la revue Banque et Droit

I La lettre d'intention

1) Contexte

- Il s'agit d'une création anglo-saxonne de la pratique apparue en France dans les années 70
- Il est fait référence à une lettre de d'intention ou encore d'une lettre de confort
- Une société, en général importante, manifeste son intention de soutenir une autre société, en général une filiale, dans ses engagements, vis-à-vis d'une banque par exemple.
- A l'origine il s'agissait d'un instrument qui se voulait plus souple que le cautionnement
- Il existe une grande variété de lettres d'intention, pouvant varier, en fonction de la rédaction, d'une simple intention à un véritable cautionnement et donc dépasser le cadre examiné ici.
- Peu à peu, la pratique a constitué différents modèles de lettres d'intention

2) Jurisprudence

Exemple de jurisprudence rendue concernant l'autorisation d'une société pour émettre une lettre d'intention, étant rappelé qu'une SA ne peut valablement émettre une lettre d'intention que si celle-ci est signée par le Directeur de la société autorisé par le Conseil d'Administration. A défaut, la lettre est inopposable à la société..

Com. 26 janvier 1999 SONY (Annexe n°5). Cet arrêt pose la distinction obligation de moyen / obligation de résultat et retient en l'espèce une obligation de moyens contractée par la société-mère. Cet arrêt a été contesté.

Puis **Com. 26 février 2002 (Annexe n°6)** et **Com. 9 juillet 2002 (Annexe n°7)** sont revenus sur l'arrêt SONY en retenant l'existence d'une obligation de résultat.

Conclusion : il convient de réserver les lettres d'intention aux grandes sociétés.

3) Incidences pratiques

4) Dernière problématique : l'application de l'article 1326 du Code Civil

.../...

II La garantie autonome

- 1) Rappel

- 2) Spécificités de la garantie définies par la jurisprudence

Les arrêts **Com 25 juin 2002 (Annexe n°4 précitée)** et **Com. 8 octobre 2003 (2 arrêts : Annexe n°8)** posent que le critère de distinction claire entre garantie autonome et cautionnement est le caractère accessoire.

- 3) Une recommandation toujours d'actualité

Il convient de vérifier le contenu des garanties et faire en sorte d'éviter les ambiguïtés lors de la rédaction d'une garantie.

Remarque : il est prévu d'intégrer une définition de la garantie à première demande dans le Code Civil mais ceci n'est peut-être pas opportun, au risque de voir apparaître une multiplication des textes en la matière et d'interprétations, comme en matière de cautionnement.

.../...

4^{EME} INTERVENTION – L'INFLUENCE DU LEGISLATEUR SUR LE CAUTIONNEMENT : DE L'APAISEMENT A LA CRISE ?

Dimitri HOUTCIEFF **Professeur à l'Université d'Evry Val d'essonne**

Pendant longtemps, le législateur a peu interféré sur le cautionnement.

Actuellement, on assiste à une évolution du cautionnement sous l'influence de la doctrine, de la pratique et de la jurisprudence. Aujourd'hui, on constate une progression du formalisme du cautionnement ainsi qu'un développement de la notion de proportionnalité.

Le législateur est à nouveau intervenu sur le cautionnement, notamment avec la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 insérée aux articles L 341-2 et suivants du Code de la Consommation (**Annexe n°9**).

Deux tendances critiques seront étudiées :

- La crise du contrat de cautionnement
- L'atteinte à l'efficacité du cautionnement (une sûreté en crise)

I Un contrat en crise

A) Prolifération de normes : la crise d'autoritarisme du législateur

Le contrat de cautionnement est traditionnellement fondé sur le consensualisme : les parties sont libres d'aménager le contrat comme elles le souhaitent.

Le législateur remet toutefois actuellement en cause cette tradition :

Exemple : l'article L 341-2 du Code de la Consommation exige une mention manuscrite et donc tend à mettre fin au consensualisme.

On assiste à une standardisation du cautionnement ainsi qu'à un anéantissement du droit commun.

B) Crise de dogmatisme

Une partie de la doctrine prône une refonte du droit des contrats, avalisée par le législateur avec une exigence de proportionnalité.

Exemples d'application du principe de proportionnalité dans le cautionnement :

- article L 313-10 du Code de la Consommation (**Annexe n°10**)
- article L 341-4 du Code de la Consommation.

.../...

II Une sûreté en crise

A) Le législateur oublie la finalité des cautionnements

Le législateur s'attache davantage à la protection des cautions qu'à celle du créancier : la caution doit notamment connaître la portée de son engagement.

B) Crise d'identité

Il n'existe aucune harmonisation du cautionnement

Les textes présents dans le Code Civil et le Code de la Consommation présentent des redites.

Il sera nécessaire de définir ce qu'est un cautionnement professionnel.

Conclusion :

- Il existe une réelle crise de la caution
- Le législateur n'a pas participé à son apaisement
- Toutefois, une crise est en principe temporaire : comment s'en sortir ?
Réponse : avec une réforme indispensable du droit du cautionnement posant des principes clairs
- Un groupe de travail a été constitué (cf infra 7^{ème} intervention)

.../...

5^{EME} INTERVENTION – L'OBLIGATION D'INTERVENTION DANS TOUS SES ETATS

Bertrand SAINT ALARY : ancien Directeur de la Société Générale, du CIC
Ancien de la COB
Maître de Conférence à l'Université PARIS II
Membre de la Direction Juridique de la BNP PARIBAS

Le Rapport de la Cour de Cassation de 1986 relève que la caution ne prend pas toujours conscience de son engagement.

La conscience de l'engagement est particulièrement recherchée pour la caution personne physique, ce qui impose la nécessité d'une information pré contractuelle et d'une information actualisée.

I L'information pré contractuelle de la caution personne physique

I.1) Objectif : information aux fins de formation du consentement

A) Etendue de l'obligation pré contractuelle d'information du créancier : double source légale et contractuelle

1) L'obligation légale

Exemple en matière de crédit immobilier : la caution est destinataire du projet de crédit.

2) L'obligation jurisprudentielle

La jurisprudence poursuit essentiellement les vices du consentement, surtout pour dol.

a) **L'information de la caution profane.**

La Cour de Cassation vérifie que la caution a une bonne connaissance de la situation du débiteur garanti.

Ceci pose des difficultés pratiques aux débiteurs qui doivent faire en sorte de faire lever le secret bancaire.

Se pose également le problème de la preuve de l'information donnée.

b) **L'information de la caution « professionnelle »**

L'exigence est moins grande qu'en cas de caution profane.

.../...

B) Obligation d'information contractuelle à la charge du garant

Cette obligation provient du principe de proportionnalité.

La loi du 1^{er} août 2003 sanctionne le manque de proportionnalité

I.2) L'information de la caution au travers de l'expression du consentement

II L'information de la caution sur la créance garantie

A) L'information annuelle de la caution

1) L'information annuelle des personnes physiques

4 textes, parmi lesquels :

- article L 313-22 du Code Monétaire et Financier (**Annexe n°11**)
- article L 341-6 du Code de la Consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003
- article 2016 du Code Civil modifié par la loi du 29 juillet 1998 contre les exclusions (**Annexe n°12**)

Cependant :

- l'article 2016 du Code Civil fait doublon avec l'article L 313-22 du Code Monétaire et Financier : l'objet est le même mais l'article 2016 prévoit une information qui n'est pas nécessairement exigée au 31 mars de l'année comme pour l'article L 313-22.

Deux solutions sont possibles pour écarter l'article 2016 :

- solution conventionnelle : faire souscrire aux cautions une caution limitée en montant
- solution législative
- Il conviendrait d'exclure également l'article 47-2 précité car prévoyait des engagements de caution indéfinis dans le temps, ce qui n'est plus possible

2) L'information annuelle des personnes morales

Voir l'article L 313-22 du Code Monétaire et Financier.

3) Principes généraux et sanctions

a) Information par lettre simple

La jurisprudence tirée de l'article L 313-22 pourrait-elle s'appliquer à l'article L 341-2 du code de la Consommation ?

b) Information jusqu'à l'extinction de la dette garantie

.../...

c) Sanctions

Celles-ci varient selon les cas.

Exemple : déchéance des intérêts entre la dernière information et la date de rétablissement de l'information (article L 313-22 du CMF)

Existe-t-il la possibilité d'une responsabilité complémentaire ?

Le préjudice serait la perte d'une chance de se dégager de son obligation de caution.

Exemple : responsabilité pour défaut d'information.

B) L'information ponctuelle de la caution

1) Le crédit fait générateur de l'information

Exemple : une échéance est impayée (article L 341-1 du Code de la Consommation).

2) La situation du débiteur fait générateur de l'information

Exemple : surendettement. La Commission de Surendettement informe les cautions déclarées de la procédure de surendettement

3) Sanctions

.../...

6^{EME} intervention - Peut-on encore défendre le dirigeant caution ?

**Christophe LEGUEVAQUES Avocat au Barreau de PARIS, cLé Réseau d'avocats
Président de la Commission « Entreprise en Difficultés » (ACE)**

I Les recettes de « grand père » Code Civil

A) Vice du consentement, un retour en grâce limité

1) Erreur

a) **Sur les qualités substantielles de la chose**

La jurisprudence rendue en 2001 écarte cette erreur.

b) **Sur la solvabilité du débiteur principal**

Un renouveau se produit en 2002 avec l'arrêt **Com. 1^{er} octobre 2002** aux termes duquel la caution a été accueillie sur l'invocation de son erreur (**Annexe n°13**).

2) Dol

La jurisprudence distingue entre la caution dirigeante et la caution profane : le dirigeant est nécessairement informé de la situation du débiteur ; le dol ne peut donc être invoqué par la caution dirigeante.

3) Violence

B) La décharge de la caution du fait du créancier : la voie royale ?

1) Pour mémoire, la responsabilité du créancier

Le fondement retenu s'apparente à un très éventuel dol.

2) L'application de l'article 2037 du Code Civil

La jurisprudence est assez restrictive pour retenir le fait du créancier et exige que le comportement du créancier porte préjudice au débiteur.

II Les effets pervers de la loi Dutreil : à trop embraser, mal étreint

A) Mention manuscrite et obligation d'information : la remise en cause du cautionnement omnibus

La loi Dutreil vise les personnes physiques et prévoit la nouvelle mention manuscrite à peine de nullité de la caution, de sorte que la caution va perdre un nouvel argument pour se défendre.

.../...

La loi Dutreil anéantit le cautionnement omnibus puisqu'il impose une limitation du cautionnement en montant et en durée, d'où la nécessité de contrôler périodiquement l'état patrimonial du dirigeant caution.

B) Principe de proportionnalité

1) Présentation du principe dans la loi Dutreil

Si le cautionnement n'est pas proportionnel, il ne joue pas.

2) Critique de la loi Dutreil

Mais l'un des effets pervers de la loi Dutreil est que celle-ci ne va pas protéger le cautionnement.

III Anticipons les effets de la loi PERBEN devant réformer le droit des procédures collectives

A) La disparition de l'extinction de la créance principale non ou mal déclarée et ses conséquences pour la caution

B) La possibilité pour la caution de se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde

Ce plan constitue une sorte de redressement judiciaire sans cessation des paiements, c'est-à-dire lorsque la société sait qu'à terme elle va se trouver en état de cessation des paiements. Ce système est proche du plan de faillite américain (chapter 11).

Conclusion : le projet de loi PERBEN est favorable à la caution en cas de plan de sauvegarde.

.../...

7^{EME} INTERVENTION : RAPPORT DE SYNTHESE

Pr. Philippe SIMLER

Où va le cautionnement ?

Réponse : l'état des lieux est assez pessimiste. Ce sont surtout les textes qui posent problème et non la jurisprudence : quels sont les espoirs ?

Sur cette question, la Commission de Travail sur le droit des sociétés, avalisée par le Président de la République lors du colloque organisé à l'occasion du bicentenaire du Code Civil, a déjà préparé un avant-projet sur le cautionnement.

Le travail de cette Commission à laquelle participe le Professeur Ph. SIMLER, pourrait aboutir vers 2006.

L'objectif de cette Commission est de faire le point sur la situation actuelle et la clarifier.

Le droit du cautionnement n'existe plus dans le Code Civil mais dans le Code de la Consommation.

Résumé :

- Nous nous trouvons en présence de 2 situations inverses :
 - après une crise d'une dizaine d'années, la jurisprudence est revenue à des solutions plus sages
 - après une longue léthargie, le législateur a été pris de frénésie.
- la jurisprudence a réagi au législateur
- un traitement spécifique est réservé aux dirigeants caution et revient, pour le dirigeant, à se cautionner lui-même : dans cette situation, le dirigeant a créé une société, en général une SARL, qui crée un écran derrière lequel il peut s'abriter puisqu'il peut distinguer son propre patrimoine de celui de la société. C'est une 1^{ère} fiction.
- Une 2^{ème} fiction consiste pour la société à demander un crédit et à obtenir le cautionnement de son dirigeant, qui va ainsi se cautionner lui-même en général puisque l'activité de la société constitue presque exclusivement l'activité de son dirigeant.
- Peut-on mettre en place un régime unique pour tous les cautionnements alors qu'il existe plusieurs sortes de cautionnement ?
- La loi Dutreil est très critiquable
- Sur les lettres d'intention et la garantie autonome : la Commission de Travail proposerait une simple définition à intégrer dans le futur texte sur les sûretés.

.../...

ANNEXES

1. Civ. 1^{ère} 21 octobre 2003 (Jurisdata 2003-020593 : abstract et résumé)
2. Assemblée Plénière 4 juin 1999 + note M. BEHAR-TOUCHAIS (JCP E, II, 1294)
3. PARIS 11 février 2000
4. Com. 25 juin 2002
5. Com. 6 mai 2003
6. Com. 26 janvier 1999 SONY + note D. LEGEAIS (JCP E, II, 10087)
7. Com. 26 février 2002 + note D. LEGEAIS (JCP E, II, 918)
8. Com. 9 juillet 2002
9. Com. 8 octobre 2003 (2 arrêts)
10. Articles L 341-1 à L 341-6 du Code de la Consommation
11. Article L 313-10 du Code de la Consommation
12. Article 2016 du Code Civil
13. Com. 1^{er} octobre 2002 (1 seul arrêt joint mais plusieurs ont été rendus le même jour dans le même sens)