

Le cautionnement nouveau **arrive**

— Chapitre 6 —

Les conséquences de l'insolvabilité

du débiteur principal et des cofidéjusseurs
sur le sort de la caution.

Patrick CANET,

Mandataire judiciaire, ancien Professeur associé des facultés de droit,
Ancien Président de l'IFPPC

Alain GOURIO,

Directeur de la publication de la revue Banque,
Ancien Directeur juridique de la Fédération Bancaire Française



Les conséquences de l'insolvabilité

du débiteur principal et des cofidéjusseurs
sur le sort de la caution.



Photo by Scott Graham on Unsplash

1^{ère} Partie

Patrick CANET

Le sort de la caution sans paiement en cas d'insolvabilité du débiteur principal et des cofidéjusseurs

La finalité du cautionnement est son bon fonctionnement en cas de défaillance du débiteur principal.

Quand l'entreprise en difficulté est ce débiteur, la tendance du livre VI du Code de commerce a été de favoriser progressivement un régime particulier à la caution, particulièrement lorsque celle-ci est son dirigeant. Certes, l'exécution de la caution reste le principe (I), mais un principe écorné au stade de la prévention comme du traitement des difficultés de l'entreprise. L'idée est de favoriser la poursuite d'activité du débiteur.

Quand le débiteur principal bénéficie d'une procédure de traitement de surendettement des particuliers, aucune disposition ne vient par contre freiner le principe du recours à la caution. Encore faut-il prendre en compte l'accès désormais possible de la caution au bénéfice des procédures de surendettement : il s'agit d'un possible effacement des engagements de la caution insolvable, avec ou sans liquidation, donc d'un « rebond » de la caution, vocabulaire qu'il faut ici emprunter au droit des procédures collectives. Il y a une volonté progressive depuis 2005, d'assurer non seulement la continuité de l'entreprise, mais aussi le « rebond » de l'entrepreneur personne physique ou du dirigeant caution de la personne morale. Le rebond de la caution (II) est ainsi à analyser en jurisprudence comme dans l'évolution légale.

I - L'exécution de la caution

I-1 - Le débiteur principal sous livre VI du code de commerce

I-1-1 - La conciliation et le règlement amiable agricole permettent une suspension des poursuites contre la caution personne physique et/ou morale suivant le cas

I-1-1-1 - La caution personne physique ou morale bénéficie des mesures de l'article 1343-5 du Code civil accordées au débiteur sous conciliation (art. L. 611-10-2, al.1 par renvoi à l'art. L. 611-7, al.5).

La procédure de conciliation organise une période de cinq mois au cours de laquelle le conciliateur tente de favoriser la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers (art. L. 611-7, al.1). Afin de favoriser les pourparlers et protéger le débiteur des poursuites des créanciers réfractaires, qu'ils participent ou non aux négociations, l'alinéa 5 de l'article L. 611-7 prévoit : « Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du Code civil. Il peut subordonner la durée des mesures ainsi prises à la conclusion de l'accord prévu au présent article ».

La caution personne physique ou morale, bénéficie des mesures ainsi accordées par le juge de la conciliation au visa de l'article L. 611-10-2, al.1 : « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7... ».

I-1-1-2 - La caution personne physique bénéficie de la suspension provisoire des poursuites donnée au débiteur sous règlement amiable agricole (art. L. 351-5, al.6 Code rural).

Le règlement amiable agricole organise, avec ses spécificités, une négociation entre l'entreprise agricole et ses créanciers, sous l'égide d'un conciliateur. Alors que le livre VI du Code de commerce ne permet plus une suspension provisoire et générale des poursuites (l'ancien article L. 611-4 du Code de commerce prévoyait que le conciliateur pouvait la solliciter pour favoriser un accord), l'article L. 351-5 du Code rural prévoit en son alinéa 1 :

« Le président du tribunal, qui nomme un conciliateur en application de l'article L. 351-4, peut également prononcer la suspension provisoire des poursuites pour un délai n'excédant pas deux mois. Ce délai peut être prorogé pour la même durée. Cette décision suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à ladite décision et tendant :

1° À la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° À la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

Elle arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles ».

Son alinéa 6, par renvoi à l'article L. 622-28 du Code de commerce qui régit la procédure de sauvegarde, fait bénéficier de cette suspension générale contre « ... toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie... » (art. L. 622-28, al.2).

L'article L. 351-5 renvoie dans leur globalité aux effets de l'ouverture de la procédure de sauvegarde (al.6 : « les dispositions de l'article L. 622-28 du Code de commerce sont applicables »). En matière d'intérêts, l'effet est radical : art. L. 622-28, al.1 : « le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant des contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du Code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts ».

La caution personne physique de l'entreprise agricole bénéficie au stade de la prévention des règles de la procédure collective de l'entreprise non agricole. La caution personne physique ou morale, bénéficiera en matière d'intérêts des règles d'aménagement de l'article 1343-5, qui reposent essentiellement sur la décision du juge.

I-1-2 - La sauvegarde et le redressement judiciaire

Depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, la période d'observation, dont la durée peut aller jusqu'à 18 mois (6 mois renouvelable une fois, 6 mois renouvelable exceptionnellement une dernière fois, 6 mois sur requête du ministère public), se décline sous deux procédures collectives : la sauvegarde, applicable à l'entreprise in bonis, le redressement judiciaire applicable à l'entreprise en cessation des paiements.

Alors qu'il n'existait, à l'origine pour ainsi dire pas de droit spécial du cautionnement en droit des procédures collectives (sauf en matière de déclaration de créance), la loi du 10 juin 1994 a voulu tenir compte de la situation du chef d'entreprise, caution personne physique du débiteur principal, qui gère l'entreprise en période d'observation en vue de la présentation d'un plan.

I-1-2-1 - La caution personne physique bénéficie de la suspension des poursuites pendant la période d'observation (art. L. 622-28, al.2 et art. L. 631-14, al.1) de sauvegarde

L'article L. 622-28, al.2 en sauvegarde et l'article L. 631-14, al.1, par renvoi, en redressement judiciaire, attribuent aux personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle en garantie des engagements du débiteur, le bénéfice de la suspension des poursuites pendant la période d'observation, jusqu'à l'adoption du plan de redressement ou le prononcé de la liquidation judiciaire.

L'alinéa 7 de l'article L. 631-14 précise que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 », à savoir que le bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts, donné aux cautions personnes physiques de l'entreprise sous sauvegarde,

est refusé aux cautions de l'entreprise sous redressement judiciaire.

I-1-2-2 - Les mesures conservatoires peuvent être pratiquées par le créancier (art. L. 622-28, al.3)

« Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires » (art. L. 622-28, al.3). L'article R. 622-26, al.2 du livre VI prévoit qu'il s'agit des mesures conservatoires pratiquées dans les conditions prévues aux règles du Code des procédures civiles d'exécution (articles R. 511-1 et suivants).

En pratique, le créancier devra certes engager, dans le mois qui suit la pratique de la mesure conservatoire, une procédure visant à l'obtention d'un titre exécutoire. Mais cet engagement sera suspendu jusqu'au prononcé, soit du jugement de plan, soit du jugement de liquidation judiciaire (Com. 25 mai 2005 : Bull. civ. IV, n° 117).

I-1-2-3 - La caution reste exposée aux créances postérieures (art. L. 622-17 II et art. L. 641-13 II)

Comme le débiteur principal, la caution reste exposée à la liberté des poursuites qui bénéficie aux créances nées postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, même après prononcé de la liquidation et arrêt de l'activité. Il convient évidemment que ces créances répondent aux critères exigés par les articles L. 622-17 II (période d'observation) et L. 641-13 II, pour bénéficier du privilège du droit de poursuite.

I-1-3 - La liquidation judiciaire laisse liberté de poursuivre la caution

Il n'existe pas de disposition du titre IV du livre VI du Code de commerce protégeant la caution, ni en général les garants, du débiteur placé en liquidation judiciaire. Le droit général du cautionnement retrouve sa force et son utilité au moment de la défaillance souvent définitive du débiteur principal liquidé. Encore faut-il réserver la situation de la liquidation judiciaire prononcée à l'issue d'une période d'observation de sauvegarde ou redressement judiciaire. L'article L. 622-28, al.2 prévoit en effet que le tribunal de la procédure collective peut ensuite accorder « aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie... des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans ».

Enfin, la caution peut bien entendu recourir à l'application de l'article 1343-5.

Il convient de préciser que le fait que le prononcé de la liquidation judiciaire rende exigibles les créances non échues (art. L. 643-1), n'emporte pour autant pas pour la caution - même solidaire - la perte du bénéfice du terme initial, sauf clause contraire (Com. 8 mars 1994 : Bull. civ. IV, n° 96 ; Civ 1^{re}, 13 oct. 1999 : RPC 2000, p. 55, n° 2, obs. Kerckhove ; Civ 1^{re}, 7 déc. 1999 : RPC 2000, p. 132, n° 2, obs. Kerckhove).

I-1-4 - Le rétablissement professionnel ignore la caution

Alternative au prononcé d'une liquidation judiciaire du débiteur personne physique, dont la valeur de réalisation de l'actif est inférieure à 5 000,00 euros la procédure de rétablissement professionnel permet l'effacement des dettes nées antérieurement au jugement, portées à la connaissance du juge commis.

Certes, l'article R. 645-11 prévoit que le mandataire judiciaire nommé informe les cautions et coobligés dont l'existence a été portée à sa connaissance par le débiteur ou un créancier.

Pour autant, dans le silence du chapitre V du titre IV du livre VI du Code de commerce, consacré au rétablissement professionnel (ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, art. 85), l'arrêt des poursuites

et la suspension des mesures d'exécution ordonnées par le juge commis au bénéfice du débiteur, ne bénéficient pas à la caution.

I-2 Le débiteur sous le livre VII du code de la consommation

La caution du débiteur éligible au droit du surendettement des particuliers, ne dispose absolument pas des aménagements prévus en droit des procédures collectives. La finalité du cautionnement prime sur son caractère accessoire en droit de la consommation.

I-2-1 - La saisine de la commission de surendettement par le débiteur (art. L. 722-2) : sa recevabilité n'emporte suspension et interdiction des mesures d'exécution qu'au profit du débiteur

Le débiteur surendetté peut être protégé de l'exécution forcée à deux étapes du début de la procédure.

Tout d'abord, à compter de la remise du dossier au secrétariat de la Commission, il est prévu la protection facultative de l'article L. 721-4 : « A la demande du débiteur, la commission peut saisir, à compter du dépôt du dossier et jusqu'à la décision statuant sur la recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement, le juge du Tribunal d'instance aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. En cas d'urgence, la saisine du juge peut intervenir à l'initiative du président de la commission, du délégué de ce dernier ou du représentant local de la Banque de France. La commission est ensuite informée de cette saisine ».

Ensuite, à compter de la recevabilité du dossier, l'article L. 722-2 prévoit en règle impérative : « la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunérations consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires ».


Les cautions du débiteur restent donc exposées.

I-2-2 - La saisine du juge du Tribunal d'instance par la Commission aux fins d'ouverture d'un rétablissement personnel du débiteur avec liquidation judiciaire, ou sa recommandation d'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution au profit du seul débiteur (art. L. 724-3, al.2)

Lorsque n'est possible aucun plan, ni conventionnel de remboursement, ni imposé par la Commission, la saisine par la Commission du juge du Tribunal d'instance, avec l'accord du débiteur, aux fins d'ouverture d'un rétablissement personnel emporte « ... suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunérations consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires... » (art. L. 724-3, al.2).

La saisine aux mêmes fins du juge par le débiteur, en cours d'exécution d'un plan de remboursement, lorsque la situation devient irrémédiablement compromise, emporte les mêmes protections.

Dans tous les cas, la caution ne peut se prévaloir des mesures protectrices accordées au débiteur.



« L'échec ne doit pas interdire à un débiteur malheureux de rebondir. »

II - Le rebond de la caution

Le mot « rebond » est emprunté à l'expression « rebond du débiteur », apparue en France sous l'influence du droit américain, « visité » par les inspirateurs de la loi n° 2005-845 du 26/07/2005 dite loi de sauvegarde des entreprises. L'idée est que l'échec ne doit pas interdire à un débiteur malheureux, voire maladroit, de « rebondir », c'est-à-dire à la fois de renaître des cendres d'un premier échec en tant qu'individu, et de recréer le cas échéant une nouvelle entreprise.

Employer l'expression « rebond de la caution » consiste donc à faire en sorte que la défaillance du débiteur principal n'ait pas pour seul corollaire et seule issue l'exécution de la caution.

Autant depuis 1994, la caution de l'entreprise sous livre VI du Code de commerce bénéficie de l'attraction d'un droit des procédures collectives tourné vers la continuité de l'entreprise, donc du chef d'entreprise souvent caution (II-1), autant la caution en droit du surendettement des particuliers a connu depuis sa création en 1989 un parcours dans un contexte à l'origine hostile.

L'enjeu est l'effacement des dettes de la caution insolvable (II-2).

II-1 - Le rebond de la caution au visa du livre VI du code de commerce

Le livre VI du Code de commerce a évolué en faveur de la caution, particulièrement du dirigeant caution du débiteur principal, lorsque l'entreprise bénéficie d'une conciliation réussie, d'un plan de sauvegarde, voire d'un plan de cession d'entreprise (II-1-2). Au préalable, il convient d'évoquer les effets processuels, négatifs pour le créancier, et un droit complexe et protéiforme, générateur d'insécurité juridique (II-1-1).

II-1-1 - Le rebond de la caution par effet processuel

II-1-1-1 - Une déclaration de créance irrégulière permet à la caution de se prévaloir d'une exception inhérente à la dette

La déclaration de créance irrégulière éteint les sûretés, donc la caution garantissant la créance (Com. 17 mai 2017, pourvoi n° 15-25-802).

Par contre, l'absence de déclaration de créance interdit seulement au créancier d'être « ... admis dans les répartitions et dividendes (art. L. 622-26 C.com) ». Cette sanction n'est pas une exception inhérente à la dette et il n'y a donc pas extinction de la créance. Néanmoins, il restera à la caution à invoquer le bénéfice de subrogation (art. 2314 Civ), au sens où l'inopposabilité de la créance principale fait perdre à la caution un droit préférentiel par faute du créancier (Com. 19/02/2013, Bull civ IV n° 26 ; V. L. Bougerol et G. Mégret, Droit du cautionnement, Gazette du Palais, 2018, n° 265 ss).

II-1-1-2 - L'extension à la caution de la procédure collective éteint la créance (art. L. 621-2, al.2)

L'extension à la caution de la procédure collective de l'entreprise, débiteur principal, peut être jugée au visa de l'article L. 621-2 al.2 (« ... la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de caractère fictif de la personne morale... »).

La Chambre commerciale (Com. 17 fév. 2009, Act. proc. coll. 2009-6, n° 96, obs. crit. P. Cagnoli) en a tiré la conséquence de l'extinction de l'obligation de la caution, au visa des anciens articles 1300 et 2311 du Code civil (« ... la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur, opère une confusion de droit qui éteint les deux créances ; qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la caution, par extension de la procédure ouverte contre le débiteur principal, l'obligation issue du cautionnement s'éteint par voie de confusion. »).

II-1-2 - La caution peut bénéficier du rebond du débiteur

II-1-2-1 - Le bénéfice des mesures d'une conciliation constatée ou homologuée (art. L. 611-10-2, al.1)

L'article L. 611-10-2 al.1 prévoit que les personnes « ... ayant consenti une sûreté personnelle... peuvent se prévaloir... des dispositions de l'accord constaté ou homologué. ». Cette disposition bénéficie aux cautions tant personnes physiques que personnes morales. Tel n'est pas le cas en plan de sauvegarde dont ne peut se prévaloir la caution personne morale.

II-1-2-2 - Le bénéfice des dispositions du plan de sauvegarde pour la caution personne physique (art. L. 626-11, al.2)

La caution personne physique, peut se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. C'est donc ici limiter au détriment du créancier, le bénéfice du cautionnement à la seule caution personne morale (Com. 30 janv. 2019, RPC 2019, n° 67, note A. Aynès).

Par contre, la caution continue à ne pouvoir se prévaloir du plan de redressement (art. L. 631-20). Plus pour longtemps ? Le projet de réforme du droit des sûretés a provoqué de la part de l'Institut français des praticiens des procédures collectives la proposition suivante (Propositions d'évolution du droit des sûretés personnelles au sein du livre VI : <https://www.ifppc.fr/ifppc/actualites/1578>) :

« L'IFPPC n'est pas opposé à l'idée de permettre aux garants personnes physiques de se prévaloir des plans de redressement comme ils peuvent actuellement se prévaloir des plans de sauvegarde.

Toutefois, il juge que l'actuelle dualité de régime a un fondement pertinent bien qu'elle repose sur un critère qui ne l'est pas.

Son fondement est le souci d'inciter les dirigeants de sociétés à une démarche volontaire plutôt que d'attendre les poursuites des créanciers impayés.

Or cette démarche volontaire devrait être encouragée indépendamment de la situation de trésorerie de l'entreprise, sachant que l'état de cessation des paiements est difficile à caractériser.

Le dirigeant caution devrait donc être favorisé non seulement lorsqu'il sollicite une sauvegarde mais aussi lorsqu'il sollicite un redressement judiciaire.

En revanche, lorsque cette dernière procédure est ouverte sur assignation d'un créancier, cet avantage perd sa raison d'être.

Cette idée trouverait son achèvement dans le cadre d'une refonte totale des actuelles procédures de sauvetage, dont la déclinaison est inutilement complexe aujourd'hui.

Il serait opportun de fusionner sauvegarde et redressement judiciaire en une seule procédure tout en réservant quelques avantages au chef d'entreprise qui s'y soumet volontairement. »

PROPOSITION :

Dans l'attente d'une telle refonte, permettre aux garants personnes physiques de se prévaloir des dispositions du plan de redressement, mais seulement lorsque la procédure a été ouverte sur déclaration de cessation des paiements.

• À l'article L. 631-20 du Code de commerce,

Les mots « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11 » sont supprimés.

Il est ajouté un deuxième alinéa ainsi rédigé : « Toutefois, lorsque la procédure a été ouverte sur la demande du débiteur, les personnes physiques coobligées ou assumant les garanties visées à l'alinéa premier peuvent se prévaloir des dispositions du plan. ».

II-1-2-3 - Le bénéfice des cessions de contrats et des transferts de sûretés de la cession d'entreprise (art. L. 642-7 et art. L. 642-12, al.4)

II-1-2-3-1 - LE BÉNÉFICE DE LA CESSION DES CONTRATS AU CESSIONNAIRE DU PLAN DE CESSION D'ENTREPRISE

Le jugement qui arrête le plan de cession d'entreprise emporte cession « ... des contrats de crédit-bail, location ou de fournitures de biens ou services, nécessaires au maintien de l'activité... » (art. L. 642-7 al.1).

Lorsque le contrat cédé est assorti d'un cautionnement en garantie, l'obligation de couverture de la caution ne concerne que les dettes nées du chef du débiteur et ne peut être étendue aux échéances impayées du cessionnaire du plan de cession. Le sort de la caution est optimisé par la poursuite de l'activité de l'entreprise au travers de l'adoption d'un plan de cession. Si le jugement emporte cession des contrats, il convient de retenir que les engagements du cessionnaire ne naissent qu'à compter de la signature des actes de cession. (V. F. Reille, Sûretés personnelles et droit des entreprises en difficulté, in Entreprises en difficulté, sous la direction de Ph. Roussel Galle, Lexis Nexis, Droit 360°, 2012, n° 851).

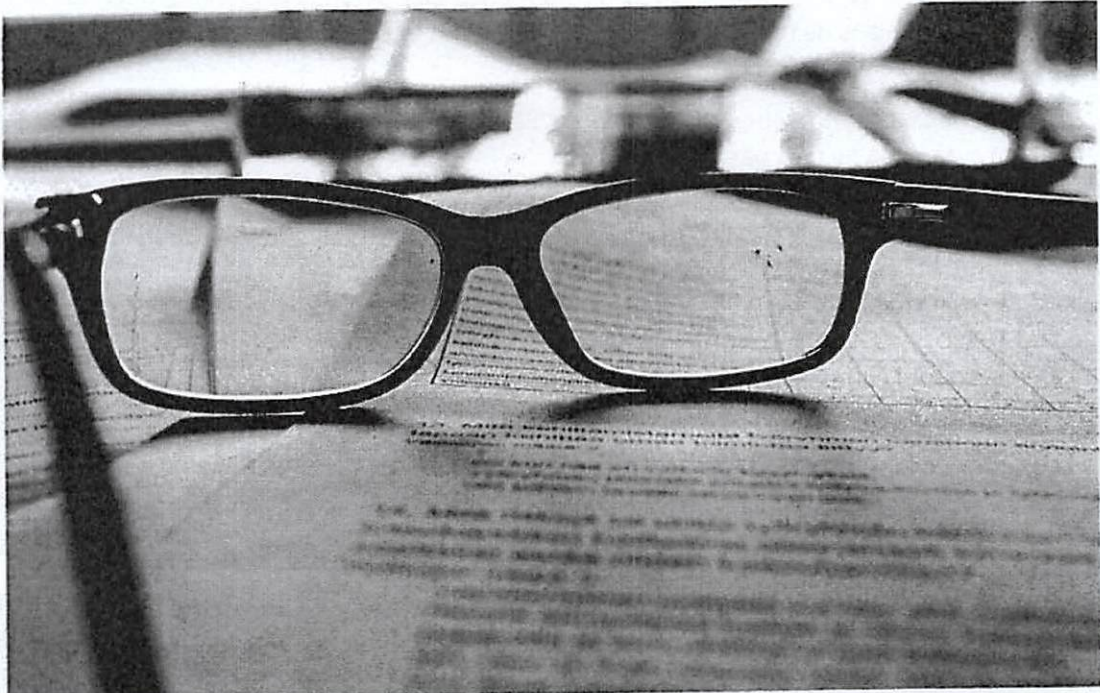


Photo by Mari Helin on Unsplash

II-1-2-3-2 - LES EFFETS AU BÉNÉFICE DE LA CAUTION DU TRANSFERT AU CESSIONNAIRE DE LA CHARGE DES SÛRETÉS (ART. L. 642-12. AL.4)

Issu de la loi de réforme du 10 juin 1994, l'article L. 642-12 al.4 prévoit : « ... la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie... ». La caution bénéficie donc de deux effets de cette transmission de charge. D'une part, les échéances contractuelles du crédit sont maintenues, d'autre part, elle est libérée au fur et à mesure des échéances assurées par le cessionnaire.

Pour autant, la caution n'est pas déchargée. Le transfert de la charge de la sûreté n'entraîne pas novation puisque le débiteur n'est pas déchargé de son obligation. S'il y a transfert de la charge, il n'y a pas cession d'un contrat de crédit (V.F. Reille, précité n° 852).

II-2 - Le rebond de la caution personne physique éligible au droit du surendettement

Le livre VII du Code de la consommation permet-il à la caution surendettée d'obtenir avec l'effacement des dettes l'accès à un rebond ?

L'éligibilité de la caution personne physique aux procédures de surendettement de particuliers n'est pas évidente. La question a été d'abord gouvernée par le clivage entre dettes personnelles et professionnelles, clivage qui tend à qualifier de professionnel l'engagement de caution du dirigeant d'entreprise.

Pour autant, laisser la caution sans autre recours que celui des délais restreints de l'article 1343-5 n'est pas satisfaisant. Ce serait considérer que la caution est la seule personne physique

susceptible d'être exclue du bénéfice de l'arrêt des poursuites à la fois du Code de commerce (du moins en liquidation) et du Code de la consommation.

II-2-1 - L'accès de la caution au rétablissement personnel (art. L. 711-1, al.3)

Le champ d'application des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement s'étend désormais (Loi LME du 04/08/2008) clairement à la caution personne physique surendettée de bonne foi : « l'impossibilité de faire face à un engagement cautionné ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement » (Art. L. 711-1 al.3).

II-2-1-1 - L'accès progressif de la caution au bénéfice du droit du surendettement

Le droit de surendettement des particuliers est jeune. L'instauration d'abord d'une procédure de plan de remboursement, ensuite d'une procédure de liquidation, plus généralement d'un droit à l'effacement des dettes n'a été acquise que progressivement (Lois Neiertz 1989, Borloo 2003, LME 2008).

Le supposé caractère professionnel de l'engagement de caution du dirigeant a freiné son accès au dispositif de traitement du surendettement. Finalement la Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ, 31/03/92 Bull. civ I, n° 107, arrêt n° 2) l'a admis pour la caution amicale ou familiale, dans la mesure où la caution ne retirait aucun intérêt patrimonial personnel de son engagement. Elle excluait par contre le dirigeant d'entreprise caution pour les besoins de l'activité professionnelle du débiteur principal, à laquelle il était personnellement intéressé.

La loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 est venue donner accès à toutes les cautions autres que les dirigeants.

Enfin, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a livré la règle actuelle de l'alinéa 3 de l'article L. 711-1 qui donne au dirigeant caution la protection du livre VII du Code de la consommation.

II-2-1-2 - L'accès du dirigeant caution au rétablissement personnel (art. L. 711-1, al.3, issu de la loi n° 2008-776 du 04/08/2008 « LME »)

Illustrons cet accès à l'aide de quelques arrêts récents de la Cour de cassation.

Com., 21 janv. 2010, n° 08-19.984, Jurisdata n° 2010-051170 ; Civ. 2^{ème}, 18 oct. 2018 : RPC 2019, n° 95, obs. C. Lisanti : la seule qualité de gérante d'une société « ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation ».

Civ. 2^{ème}, 5 janv. 2017 ; RPC 2017, n° 96, obs. S. Gjidara-Decaux ;

« ... éligible le débiteur qui s'est porté caution d'un prêt destiné à l'acquisition du fonds de commerce souscrit par la société qu'il dirige... ».

Civ. 2^{ème}, 20 avril 2017 : RPC 2017, n° 96, obs. S. Gjidara-Decaux ;

« ... éligible la caution dirigeante dès lors qu'elle ne relève pas en raison de sa qualité d'une procédure du livre VI... ».

Civ. 2^{ème}, 6 juin 2019 : n° 772 (18.16.228), Act. proc. coll. 2019-15, n° 208, obs. T. Le Bars ;

« ... caractérise une situation de surendettement l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner la dette d'une société qu'elle soit ou non la dirigeante, peu important qu'elle soit personnellement intéressée à la dette... ».

II-2-2 - Prospective : vers une coordination de la défaillance de l'entreprise et de son dirigeant caution ?

On observe donc une attraction du dirigeant d'entreprise vers le Code de la consommation. On a évoqué l'élargissement du champ d'application des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement, issu de l'alinéa 3 de l'article L. 711-1 al.3. On remarquera que la condamnation financière au titre de l'article L. 651-2 du Code de commerce (responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire) peut caractériser une situation financière éligible aux règles du livre VII du Code de la consommation (Civ. 2^{ème}, 12 avril 2012 : Rev. Sociétés 2012, p. 395, obs. Ph. Roussel Galle).

L'actualité est soumise à deux réformes parallèles à venir. Il y a celle du droit des sûretés, objet du colloque. Mais il y a aussi celle du livre VI du Code de commerce au visa de l'article 196 de la loi n° 2019-486, PACTE, du 22 mai 2019, qui habilite le gouvernement par voie d'ordonnance dans un délai de deux ans, soit jusqu'au 22 mai 2021, à transposer la directive européenne UE 2019/1023, 20 juin 2019 (J.O.U.E. n° L 172, 26 juin 2019). Cette directive instaure un droit au rebond (« au nouveau départ ») que son article 20 attribue à l'entrepreneur « personne physique exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Il n'est certes pas ici question de procédure collective unifiée de l'entreprise et de son dirigeant caution. Mais puisque l'article 60 de la loi PACTE habilite le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance afin de « simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants » il n'est donc pas interdit au législateur français de bâtir une meilleure coordination entre les procédures d'insolvabilité de l'entreprise et de son dirigeant caution.