

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA PROTECTION DU DIRIGEANT CAUTION

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2012, dossier 16

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA PROTECTION DU DIRIGEANT CAUTION

Le souci de favoriser la création d'entreprises a conduit les pouvoirs publics à s'efforcer d'en protéger les créateurs, qu'ils soient entrepreneurs individuels ou dirigeants de société. À ce titre, le dirigeant caution peut se prévaloir d'une protection double jouant essentiellement au profit des cautions personnes physiques : une protection assurée, d'une part, par le droit du cautionnement et une protection conférée, d'autre part, par le droit de la défaillance.

Le souci de favoriser la création d'entreprises a conduit les pouvoirs publics à s'efforcer d'en protéger les créateurs, qu'ils soient entrepreneurs individuels ou dirigeants de société.

Si l'actualité la plus récente est tournée vers l'entrepreneur individuel et la limitation du risque qu'il encourt comme on vient de le voir dans la précédente intervention, le dirigeant – spécialement personne physique – n'est pas absent des préoccupations du législateur. Sans doute pour le dirigeant l'approche est-elle – pour l'instant du moins – quelque peu différente^{Note 1}. Le dirigeant est en effet normalement protégé au plan patrimonial par l'écran de la personnalité morale de la société dirigée. Toutefois, en pratique, il est systématiquement sollicité de s'engager à cautionner les dettes de la société. Cette donnée n'a pas échappé au législateur qui a été sensible tout à la fois au poids considérable des dettes pesant ainsi sur les dirigeants (comme au demeurant sur l'ensemble des personnes physiques jugées fragiles face à certains créanciers tout particulièrement) et à l'impact que cette situation pouvait avoir sur le devenir de l'entreprise lorsque celle-ci rencontrerait des difficultés.

Le dirigeant a ainsi bénéficié d'un courant de protection favorable aux cautions, spécialement aux cautions personnes physiques. Ce même dirigeant caution a également profité de la volonté du législateur dans le domaine du droit de la défaillance d'inciter au sauvetage précoce des entreprises. Cette protection concerne essentiellement les cautions personnes physiques et, au-delà, l'ensemble des personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou même une sûreté réelle. À cet égard il convient de remarquer que le législateur a cherché à prendre de vitesse la pratique en déjouant les stratégies de contournement des créanciers qui auraient tenté de solliciter du dirigeant l'octroi d'autres garanties que le cautionnement (garantie autonome notamment). C'est probablement une des raisons pour lesquelles le cautionnement demeure toujours majoritairement utilisé. Cela explique que les organisatrices de ce colloque m'aient demandé de limiter mon propos au seul cas du dirigeant caution. Si une autre garantie était sollicitée de la part du dirigeant, ce dernier ne pourrait naturellement obtenir l'application

des règles protectrices issues du droit du cautionnement, tandis qu'il bénéficierait en large partie de la protection issue du droit de la défaillance.

Le dirigeant caution peut quant à lui se prévaloir d'une protection double jouant essentiellement au profit des cautions personnes physiques : une protection assurée, d'une part, par le droit du cautionnement et une protection conférée, d'autre part, par le droit de la défaillance.

1. La protection du dirigeant caution par le droit du cautionnement

La protection dont le dirigeant caution peut bénéficier est essentiellement législative et dérive de sa qualité de personne physique. Cette protection est exceptionnellement jurisprudentielle, la jurisprudence limitant ses faveurs aux seuls dirigeants inexpérimentés. Le dirigeant est ainsi protégé par le droit du cautionnement en sa qualité de personne physique, voire de caution non avertie (**A**). C'est ce qu'il conviendra de préciser, dans un premier temps, avant d'exposer, dans un deuxième temps, en quoi réside cette protection (**B**), protection dont le contenu procède principalement de règles destinées à s'assurer du consentement du dirigeant et à limiter l'étendue de son engagement.

A. - La protection du dirigeant en tant que caution personne physique ou exceptionnellement comme caution non avertie

C'est le législateur qui offre la protection la plus large au dirigeant en ce qu'il vise indifféremment les cautions personnes physiques tandis que la protection offerte par la jurisprudence, pourtant pionnière en matière de protection des cautions, s'avère aujourd'hui étroite et réservée à des dirigeants inexpérimentés. À la protection mécanique résultant de la loi, s'oppose la protection subtile et très étroite découlant de la jurisprudence.

1° Une protection très étroite offerte par la jurisprudence aux seuls dirigeants cautions inexpérimentés

En l'absence de texte protecteur du dirigeant, la jurisprudence répugne en principe à lui appliquer les règles qu'elle a forgées elle-même en faveur des cautions les plus fragiles, cautions que l'on peut désigner, en s'appuyant précisément sur le tout récent devoir prétorien de mise en garde, de cautions non averties. Les dirigeants cautions sont en effet très généralement considérés comme des cautions averties ne méritant pas une protection particulière.

Toutefois, l'examen de la jurisprudence en révèle les nuances et il apparaît qu'exceptionnellement certains dirigeants parce qu'ils étaient inexpérimentés et garantissaient des opérations résultant de

montages complexes ont pu en bénéficier. La plupart des exemples rencontrés concerne la garantie d'opérations de crédit-bail immobilier, souvent dans le secteur de l'hôtellerie. Dans un exemple de ce type le cautionnement d'un dirigeant a été annulé pour dol. Ainsi en est-il sur le terrain de l'obligation précontractuelle d'information dont le non-respect est sanctionné au titre de la réticence dolosive^{Note 2}.

Cela a pu également être relevé sur le terrain du devoir de mise en garde^{Note 3} qui nécessite une appréciation fine des compétences de la caution, de son expérience, de la complexité de l'opération afin de déterminer la capacité de la caution à mesurer les conséquences de son engagement. Ce devoir de mise en garde prolonge l'exigence prétorienne de proportionnalité que la jurisprudence avait toutefois, au départ, ouvert très largement à l'ensemble des cautions, y compris aux dirigeants, sans s'attacher à leur compétence ou, au contraire, à leur inexpérience : c'est la fameuse jurisprudence *Macron* de 1997^{Note 4}, quasiment abandonnée fin 2002^{Note 5}, peu avant que le législateur n'adopte des mesures protégeant l'ensemble des cautions personnes physiques à l'égard des créanciers professionnels.

2° Une protection étendue conférée par la loi à l'ensemble des dirigeants cautions personnes physiques

S'agissant de la loi, le texte majeur est la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003 dont les dispositions sont insérées dans le Code de la consommation et s'appliquent aux cautions personnes physiques. Or, la jurisprudence se livrant ici à une application mécanique du principe *ubi lex non distinguit* a inclus les dirigeants cautions personnes physiques dans le champ d'application de ces textes.

La protection ainsi conférée aux dirigeants est d'autant plus grande que la notion de créancier professionnel (...) est comprise largement

La solution avait été jugée pour l'application des dispositions de l'article 48 de la loi 1er mars 1984 relative à l'information des cautions, malgré l'énergie déployée par les créanciers devant les prétoires pour les faire échapper à ces dispositions protectrices^{Note 6}. Elle l'est également pour celles de la loi pour l'initiative économique. Les dispositions de cette loi, insérées pourtant dans le Code de la consommation, connaissent la même interprétation, alors que les créanciers ont tenté d'en écarter l'application au profit des dirigeants dont ils considéraient qu'ils ne pouvaient précisément pas bénéficier de dispositions figurant dans le Code de la consommation. Si l'argument a pu convaincre quelques juridictions du fond, la Cour de cassation l'a repoussé avec vigueur.

Dans plusieurs décisions rendues sur le fondement de ces textes étaient concernés des dirigeants et l'argument tiré de cette qualité au soutien de l'exclusion de leur application à l'intéressé avait pu être considéré comme surabondant. L'application de ces textes aux dirigeants cautions personnes physiques a

été affirmée en premier lieu par des arrêts rendus sur le fondement de l'article L. 341-4 du Code de la consommation^{Note 7}. Très récemment, la chambre commerciale a appliqué la même solution sur le fondement des articles L. 341-2 et L. 341-3^{Note 8}. Elle a été suivie depuis par la première chambre civile^{Note 9}.

Il convient d'ajouter que la protection ainsi conférée aux dirigeants est d'autant plus grande que la notion de créancier professionnel qui conditionne également l'application de ces mesures est comprise largement par la jurisprudence. Il faut l'entendre comme le créancier dont la créance garantie est née dans l'exercice de son activité professionnelle, peu important que l'activité en cause ne soit pas l'activité principale de l'intéressé^{Note 10} ou que l'activité de ce créancier ne soit pas celle d'un établissement de crédit.

L'ouverture du dispositif de protection des cautions personnes physiques aux dirigeants est pour ces dernières une aubaine compte tenu de la richesse de ce dispositif sur lequel il convient désormais de se pencher.

B. - Les contours de la protection du dirigeant caution

La protection du dirigeant caution résultant du droit du cautionnement réside tout d'abord dans la protection de son consentement lors de la souscription du contrat de cautionnement, ensuite et surtout dans la délimitation – et partant limitation – de l'étendue de l'engagement souscrit.

1° La protection du consentement du dirigeant caution

Elle est assurée, soit par le formalisme du cautionnement lorsqu'il est consenti par acte sous seing privé « ordinaire », ce qui est majoritairement le cas, soit par l'intervention du notaire ou de l'avocat lorsque le cautionnement est constaté par acte notarié ou, désormais, par acte d'avocat.

Indiquons brièvement en quoi réside le formalisme du cautionnement souscrit par le dirigeant personne physique et la protection qui en découle, puis quelle peut être la protection résultant du recours à l'acte notarié ou à l'acte d'avocat.

a) Le formalisme du cautionnement consenti par le dirigeant par acte sous seing privé

Le cautionnement consenti par acte sous seing privé par le dirigeant personne physique s'engageant à l'égard d'un créancier professionnel obéit à un formalisme solennel implacable. La loi impose le respect d'une mention manuscrite (concernant à la fois l'indication d'une durée et d'un montant global incluant les accessoires) et ce, à peine de nullité de l'engagement souscrit (*C. consom.*, art. L. 341-2). La sanction que peut ainsi invoquer le dirigeant le libère définitivement de tout engagement. Elle peut

être invoquée par voie d'exception tant que l'engagement n'a pas été exécuté^{Note 11} et sans qu'aucun grief n'ait à être démontré. La mention manuscrite requise présente d'autres vertus lorsqu'elle est respectée dans la mesure où elle aboutit à limiter l'étendue de l'engagement de la caution ainsi que cela sera précisé ensuite.

Lorsque le formalisme solennel n'a pas à être respecté parce qu'il est recouru à un acte notarié ou, désormais à un acte d'avocat, l'intervention de ces professionnels permet, par hypothèse, de protéger le consentement du dirigeant.

b) La protection du dirigeant caution par l'intervention du notaire ou de l'avocat

L'article L. 341-2 n'exigeait déjà la mention manuscrite que pour les cautionnements consentis par acte sous seing-privé. Le formalisme est désormais exclu pour les cautionnements par acte notarié et par acte d'avocat par deux dispositions issues de la loi du 28 mars 2011 dite de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées. Un nouvel article 1317-1 du Code civil prévoit ainsi que *« l'acte reçu en la forme authentique par un notaire est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi »*. Un nouvel article 66-3-3 inséré dans la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 dispose : *« l'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi »*.

La mention manuscrite est également exclue pour rendre solidaire cet engagement s'il est constaté par acte notarié ou d'avocat. Auparavant, malgré le silence de l'article L. 342-3, la jurisprudence avait exclu le respect de cette mention dans l'acte notarié^{Note 12} et considéré que son non-respect ne provoquait pas la nullité du cautionnement, lequel dégénérait en cautionnement simple^{Note 13}.

L'intervention du notaire et de l'avocat ne diminue pas la protection du dirigeant, au contraire, ces derniers étant censés informer le dirigeant de la nature et de la portée des engagements souscrits. Logiquement, cependant, elle devrait préserver de la nullité bon nombre d'engagements (tandis que le formalisme est une échappatoire pour le dirigeant), ce qui est de nature à rassurer les créanciers et à les inciter à recourir aux services de ces professionnels.

Toutefois, si ces professionnels ont manqué à leurs obligations à son égard, le dirigeant pourra le leur reprocher. La responsabilité dont ils sont tenus à son égard est et demeurera importante. Elle joue quelle que soit la compétence du client^{Note 14} et, en outre, même si le dirigeant n'est pas le client de l'avocat mais celui du créancier^{Note 15}, ce qui pourrait être souvent le cas compte tenu de la plus grande souplesse

qu'apporte la présence de ces professionnels dans la rédaction de l'acte et, *a priori*, semble-t-il, dans la délimitation de l'engagement pris. Toutefois, l'intervention du notaire ou de l'avocat n'affranchit pas le cautionnement souscrit par le dirigeant de toute contrainte et ne prive pas ce dernier de toute protection quant à l'étendue de son engagement.

2° La protection du dirigeant caution quant à l'étendue de son engagement

Par étendue de l'engagement on comprend le montant, la durée mais aussi les modalités de cet engagement. Le dispositif législatif de protection des personnes physiques vise à limiter précisément l'étendue de cet engagement. La mention manuscrite est ainsi plus particulièrement destinée à la cantonner. La rédaction de l'acte par un professionnel n'exclut cependant pas une certaine limitation de l'étendue de l'engagement de la caution.

a) La protection en l'absence d'intervention d'un notaire ou d'un avocat

Les exigences relatives au contenu de la mention manuscrite conduisent à en limiter doublement l'étendue, à la fois en montant et en durée. Elles ont conduit à une modification considérable de la pratique des cautionnements souscrits par les dirigeants. Il a fallu bannir les fameux cautionnements « omnibus » de dettes présentes et futures ne comportant aucun engagement chiffré et aucune indication de durée ! Un montant chiffré incluant le principal et les accessoires doit en effet être indiqué. Il constitue le plafond de l'engagement de la caution. La limitation en durée est plus difficile à comprendre^{Note 16}, sauf pour les cautionnements garantissant des dettes futures où le terme permet de mettre fin à l'obligation de couverture. Pour les cautionnements garantissant des dettes présentes, aucune durée ne devrait logiquement avoir à être stipulée, la durée de l'engagement de la caution étant calquée sur la durée d'exigibilité de la dette garantie. Le seul intérêt de fixer une durée est alors de limiter la période pendant laquelle le créancier peut poursuivre la caution.

Le législateur a, par ailleurs, entendu atténuer la rigueur des cautionnements en privilégiant le cautionnement simple au cautionnement solidaire. Rappelons qu'un tel cautionnement ne peut être solidaire que si une mention manuscrite particulière est elle-même respectée selon l'article L. 341-3 du Code de la consommation, à peine de nullité de l'engagement. Cet engagement doit être compris, comme l'a enfin précisé la Cour de cassation^{Note 17} comme étant l'engagement de solidarité et non l'engagement de cautionnement lui-même, si bien que l'inobservation de cette mention rend le cautionnement simple. Mais il est permis de s'interroger sur le domaine d'application de cette exigence et, notamment, de se demander si elle s'applique aux cautionnements commerciaux tels que les cautionnements souscrits par les dirigeants de sociétés commerciales en garantie des dettes de celles-ci. On pourrait en douter dans la mesure où le

cautionnement étant commercial il n'a pas besoin d'être rendu solidaire par une stipulation particulière. Or, l'article L. 341-2 impose cette mention « *lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire* ». Toutefois, il pourrait être objecté que l'article L. 341-3 figurant dans un corps de règles ignorant la distinction du droit civil et du droit commercial, le principe de raisonnement classique qui conduit à rechercher la nature civile ou commerciale de l'acte pour en définir le régime, ne s'appliquerait pas. La question n'a jamais été posée en tant que telle.

Le recours à l'acte d'avocat ou à l'acte notarié ne présenterait alors dans ces circonstances et de ce strict point de vue guère d'intérêt pour le créancier, mais il existe, en revanche, pour échapper aux contraintes de la limitation en montant et en durée.

b) La protection jouant quelle que soit la forme de l'acte de cautionnement

Même si le cautionnement est notarié ou résulte d'un acte d'avocat, la caution personne physique peut invoquer deux règles de nature à réduire l'étendue de son engagement, édictées respectivement par les articles L. 341-5 et L. 341-4 du Code de la consommation, seul le premier de ces textes ayant cependant été jugé pour l'heure applicable par la Cour de cassation à l'acte authentique.

Selon l'article L. 341-5, la limitation de l'engagement à un montant global incluant principal et accessoires est nécessaire si l'on veut donner efficacité à la stipulation de solidarité lorsque celle-ci s'impose. Cette disposition réputée non écrites les stipulations de solidarité figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel si l'engagement de la caution n'est pas limité à un tel montant. La Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 6 juillet 2010^{Note 18} reprenant la solution rendue dans un avis^{Note 19} que cette disposition s'appliquait à tous les cautionnements solidaires, « peu important qu'ils soient constatés par acte authentique ».

L'étendue du cautionnement est, par ailleurs, indirectement limitée en montant par l'application du principe de proportionnalité imposé par l'article L. 341-4. Ce texte prive le créancier de la possibilité de mettre en œuvre un cautionnement manifestement disproportionné au jour de sa conclusion par rapport aux biens et revenus de la caution, à moins que cette dernière puisse y faire face le jour où elle est actionnée en paiement. La caution qui établit la disproportion manifeste échappe ainsi en totalité à son engagement !

Cette disposition – dont il a été jugé à maintes reprises qu'elle s'appliquait également aux dirigeants – s'applique-t-elle à tous les cautionnements consentis par des personnes physiques au profit de

créanciers professionnels sans distinguer selon leur forme, acte sous-seing privé, acte authentique ou d'avocat ? La doctrine est favorable à l'application la plus large de ce texte^{Note 20}. Une juridiction du fond à qui la question a été posée^{Note 21} a suivi cette doctrine. Si la Cour de cassation ne s'est pas directement prononcée à cet égard, elle a accepté, dans une espèce où des gérants s'étaient portés caution par acte notarié de différentes dettes sociales, de raisonner sur la question de la disproportion de l'engagement souscrit par ces derniers sur le fondement de l'article L. 341-4^{Note 22}.

Il apparaît ainsi que le droit du cautionnement offre une palette de mesures de protection jouant au profit du dirigeant caution personne physique. Le droit de la défaillance, notamment le droit des entreprises en difficulté, mais pas seulement, contribue depuis quelques années également très fortement à protéger le dirigeant.

2. La protection du dirigeant caution par le droit de la défaillance

C'est lorsque les difficultés et la défaillance de la société surviennent que le dirigeant social caution se trouve plus particulièrement exposé et qu'il a véritablement besoin d'être protégé. Le droit des entreprises en difficulté lui assure une certaine protection sans cependant qu'elle lui soit octroyée véritablement pour lui-même ni en toutes circonstances. Le dirigeant caution n'est protégé que parce qu'il est à même d'influencer le devenir de l'entreprise. Il n'est protégé que s'il exerce une influence positive à cet égard, c'est-à-dire si ses choix préservent la survie de l'entreprise, ce qui suppose qu'une conciliation ait abouti à un accord, qu'une procédure de sauvegarde ait été ouverte et donné lieu à un plan de sauvegarde.

Le droit du surendettement, au contraire, se préoccupe davantage du dirigeant caution lui-même. Il a précisément été assoupli pour être plus accueillant que par le passé et il contient des mesures très favorables à ce dernier.

A. - La protection en cas de défaillance de la société : une protection « sélective »

La protection du dirigeant caution personne physique est très étendue lorsqu'il a fait le choix de la sauvegarde tandis qu'elle est faible en cas de redressement judiciaire et absente si la liquidation judiciaire de la société est prononcée. Cette situation traduit l'instrumentalisation dont le droit des sûretés a été l'objet. Elle aboutit finalement à rapprocher le sort de l'homme et de l'entreprise, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes sachant que le droit des entreprises en difficulté s'est précisément construit sur la distinction entre l'un et l'autre.

La protection que le dirigeant caution tire ainsi du droit des entreprises en difficulté est, pour l'essentiel, une protection contre des poursuites exercées à son encontre par le créancier et une protection résultant de l'amputation de la dette principale.

1° La protection du dirigeant caution contre les poursuites des créanciers

Une protection particulière est conférée par le droit des entreprises en difficulté à la caution personne physique pendant le déroulement des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et, au-delà, en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde exclusivement. Le droit des entreprises en difficulté rejoint par ailleurs le droit commun en permettant à la caution de bénéficier également de tout délai prévu dans un accord de conciliation.

a) La protection particulière offerte au dirigeant caution personne physique par le droit des entreprises en difficulté

Le dirigeant caution personne physique est à l'abri des poursuites du créancier dont pourtant la créance est exigible tout au long de la période d'observation des procédures de sauvegarde aussi bien que de redressement judiciaire. La mesure qui repose aujourd'hui sur l'article L. 622-28, alinéa 2 du Code de commerce est ancienne pour les cautions. Elle avait été adoptée en 1994 au profit des « cautions personnelles personnes physiques » et uniquement au profit de ces dernières. Elle a été ensuite étendue au coobligé et au garant autonome avant de l'être par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à l'ensemble des personnes physiques ayant consenti une sûreté personne ou réelle pour garantir la dette du débiteur.

Après la période d'observation, le dirigeant caution personne physique est protégé des poursuites du créancier social uniquement en cas de sauvegarde si un plan est adopté. La protection joue alors pendant toute la durée du plan de sauvegarde, sous réserve naturellement des modalités de report ou rééchelonnement de la dette.

Le dirigeant caution n'est protégé que parce qu'il est à même d'influencer le devenir de l'entreprise

Toutefois, cela n'empêche pas le créancier de prendre des mesures conservatoires à l'encontre du dirigeant caution. Tel est l'apport d'une récente décision de la Cour de cassation^{Note 23}. Cette décision rendue certes sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 18 décembre 2008, mais dont la solution est transposable aux dispositions qui en sont issues, fait application des règles prévues par la loi pour la période d'observation, pendant laquelle le législateur permet aux créanciers de prendre des mesures conservatoires à l'encontre des cautions bénéficiant de la suspension des actions. Une hypothèque judiciaire peut ainsi être inscrite sur les biens de la caution et les formalités tendant à l'obtention du titre

exécutoire être engagées ou l'action être introduite dans le mois de l'exécution de la mesure provisoire pour éviter la caducité de la mesure provisoire^{Note 24}. L'instance ainsi engagée est, semble-t-il, suspendue, jusqu'à ce que la créance devienne exigible selon les dispositions du plan^{Note 25}. La solution serait identique à celle qu'avait finalement adoptée la Cour de cassation concernant les mesures conservatoires susceptibles d'être prises pendant la période d'observation de la procédure de redressement judiciaire^{Note 26}. Sans doute pourrait-on également considérer comme cela a également été jugé dans ce même contexte que l'action pourra être reprise en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur sans nouvelle assignation^{Note 27}.

Cette protection dont jouit le dirigeant caution pendant la durée du plan joue même en cas de défaut de déclaration de la créance à la procédure. La créance non déclarée est, selon l'article L. 622-26, alinéa 2 du Code de commerce inopposable aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

La solution spécifique à la procédure de sauvegarde contraste avec celle qui prévaut dans les autres hypothèses. La jurisprudence a récemment jugé que le défaut de déclaration était une exception personnelle au débiteur que la caution ne pouvait opposer au créancier^{Note 28}. Toutefois, dans la procédure de redressement judiciaire, si la caution ne peut se prévaloir du plan, elle peut obtenir du tribunal des délais selon l'article L. 622-28, alinéa 2 qui dispose *in fine* : « *Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans* », ce qui revient à reprendre les règles du droit commun des délais de grâce de l'article 1244-1 du Code civil. Sauf à raisonner *a contrario*, on ne voit pas ce qui pourrait priver la caution de solliciter l'application de ces délais lorsque le débiteur principal est en liquidation judiciaire où les poursuites du créancier ne sont nullement entravées par des règles spéciales protectrices des cautions.

b) Convergence du droit des entreprises en difficulté et du droit commun en cas d'accord de conciliation

Après une procédure de conciliation ayant abouti à l'adoption d'un accord de conciliation modifiant l'échéance de la dette, que l'accord ait été simplement constaté par le président du tribunal ou homologué par le tribunal la caution peut s'en prévaloir, y compris les cautions personnes morales. La solution légale n'est pas nouvelle et reprend, pour les cautions, la position adoptée par la Cour de cassation en application des dispositions antérieures aux réformes de 2005 et 2008. Le droit des entreprises en difficulté rejoint tout simplement le droit commun pour assurer la protection des cautions quelles qu'elles soient.

Soulagée par des règles qui diffèrent dans le temps les poursuites à son encontre, la caution l'est également par quelques mesures amputant la dette principale, mesure dont elle ne profite également cependant que dans le contexte de la procédure de sauvegarde ou de conciliation.

2° La protection du dirigeant caution consécutive à l'amputation d'une partie de la dette garantie

Deux mesures sont ici en cause. Il s'agit, d'une part, de l'arrêt du cours des intérêts et, d'autre part, des remises prévues par un plan de sauvegarde ou négociées dans le cadre d'un accord de conciliation.

L'alinéa 1er de l'article L. 622-28, applicable uniquement dans la procédure de sauvegarde, permet à l'ensemble des personnes physiques, et donc au dirigeant social, coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle de bénéficier de l'arrêt du cours des intérêts de moins d'un an jouant au profit du débiteur.

Ces mêmes personnes peuvent, par application du second alinéa de l'article L. 622-26 du Code de commerce, se prévaloir du plan de sauvegarde et notamment des remises de dettes qu'il comporte (et ce, que les créanciers les aient acceptées ou qu'elles lui aient été imposées). La solution ne vaut cependant désormais que dans le cadre d'un plan de sauvegarde. La caution, même personne physique, ne peut en aucun cas se prévaloir des mêmes mesures contenues dans un plan de redressement.

L'accord de conciliation peut enfin être également de nature à réduire le poids des engagements du dirigeant caution. Les remises d'un accord de conciliation constaté ou homologué profitent comme les délais qu'il comporte à la caution.

Il apparaît ainsi que le droit de la défaillance confère une protection véritable mais très sélective au profit du dirigeant social personne physique. Lorsque le dirigeant caution n'a pu trouver d'échappatoire à ses engagements, ni dans le droit du cautionnement, ni dans le droit des entreprises en difficulté, il lui reste encore le secours du droit du surendettement qui se révèle depuis quelques années plus « accueillant » à son égard.

B. - La protection élargie du dirigeant par le droit du surendettement

La faveur du droit du surendettement à l'égard des dirigeants cautions est assez tardive. C'est en effet essentiellement la LME du 4 août 2008 qui est venue améliorer leur situation en leur permettant

d'accéder à la procédure de surendettement plus facilement et, en outre, d'être libéré dans certaines circonstances des engagements souscrits.

1° Le bénéfice élargi du droit du surendettement en faveur du dirigeant caution

La LME permet au dirigeant caution d'être plus facilement éligible au droit du surendettement en permettant l'inclusion des dettes sociales cautionnées par le dirigeant dans le passif pris en considération pour apprécier sa situation de surendettement.

Jusque-là, et depuis 2003, les cautionnements de dettes sociales ne pouvaient être pris en compte pour apprécier la situation de surendettement que si la caution demandant l'ouverture de la procédure de surendettement n'avait pas la qualité de dirigeant de droit ou de fait de la société. La LME a donc modifié la rédaction de l'article L. 330-1 du Code de la consommation.

La LME permet au dirigeant caution d'être plus facilement éligible au droit du surendettement

Elle est allée plus loin encore en permettant d'effacer les engagements de cautionnement de la caution à l'issue de la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel.

2° L'allègement des dettes cautionnées au profit du dirigeant caution surendetté

Le droit du surendettement recèle des vertus magiques pour le dirigeant caution. Même avant la LME, la commission de surendettement pouvait en cas d'insolvabilité caractérisée du débiteur et par proposition spécialement motivée, recommander un effacement partiel des dettes qui, hormis les dettes alimentaires, concernait sans distinction l'ensemble des dettes du débiteur et pas seulement ses dettes non professionnelles. L'article L. 331-7-1, 2° prévoit toujours cette mesure, soumise encore à homologation du tribunal d'instance.

C'est lorsque la procédure de rétablissement est ouverte (ce qui suppose une situation irrémédiablement compromise du débiteur) que la LME a amélioré significativement la situation du débiteur caution. En effet, jusque-là, la mesure spectaculaire d'effacement des dettes provoquée par la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif ne pouvait concerner que des dettes non professionnelles. L'article L. 332-9, alinéa 2 du Code de la consommation a été modifié et prévoit depuis que « *la clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société* ».

La mesure impressionne sans doute mais il y a fort à parier que si le dirigeant caution est soumis à la procédure de rétablissement personnel c'est parce qu'il aura acquitté ses engagements de cautionnement... Cette dernière observation doit sans doute conduire à relativiser la portée de ce dispositif de protection mis en place tant par le droit du cautionnement que par le droit de la défaillance. Les créanciers l'ont manifestement bien compris puisqu'ils continuent à exiger des dirigeants sociaux qu'ils se portent caution et espèrent pareillement pouvoir recourir au cautionnement pour l'EIRL...

Note 1 Du moins si l'on admet, ce qui est discuté toutefois, que l'EIRL ne peut pas se porter caution sur l'un de ses patrimoines des dettes nées dans le cadre d'un autre patrimoine.

Note 2 Cass. com., 23 juin 1998 : Contrats, conc. consom. 1998, p. 8 ; CA Rennes, 13 nov. 2000 : RD bancaire et fin. 2001/6, p. 347, D. Legeais.

Note 3 CA Aix –en-Provence, 29 nov. 2007.

Note 4 Cass. com., 17 juin 1997 : JCP E 1997, II, 1007, D. Legeais ; LPA 27 mai 1998, p. 33, S. Piédelièvre ; RTD civ. 1998, p. 157, n° 5, P. Crocq ; D. 1998, p. 208, J. Casey.

Note 5 Cass. com., 8 oct. 2002 : RD bancaire et fin. 2002, comm. 319, D. Legeais ; Cass. com., 5 nov. 2003 : Bull. Joly, févr. 2004, p. 220, J.-F. Barbiéri.

Note 6 L'obligation d'information est prescrite au profit de toutes les cautions personnes physiques ou morales. Or, sous réserve d'une décision de 2008 non publiée (Cass. com., 25 nov 2008, n° 07-18.125 : JurisData n° 2008-046021 ; JCP E 2008, 2495, note Th. Bonneau) la jurisprudence de la Cour de cassation – y compris de sa chambre commerciale – a toujours fait application de ce texte aux dirigeants de société (Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-20.168 : JurisData n° 2007-041401 ; Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 07-12.134 : JurisData n° 2009-046663 ; JCP E 2009, 1582, § 4 ; Cass. 1re civ., 16 sept. 2010, n° 09-15.057 : JurisData n° 2010-016248 ; Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-10.196 ; Cass. com., 13 avr. 2010, n° 08-20.923 : JurisData n° 2010-004005).

Note 7 Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-66.309 : JurisData n° 2010-004013 ; RD bancaire et fin. 2010, comm. 138, D. Legeais ; RLDC juin 2010, 30, J.-J. Ansault. – Cass. com., 22 juin 2010 : D. 2010, p. 1985, D. Houtcicff ; Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-69.203.

Note 8 Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630 : JurisData n° 2012-000176 ; à paraître au Bulletin. La Haute juridiction censure au visa des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation la cour d'appel qui avait écarté l'application de ces dispositions au cautionnement consenti par un gérant de société au motif qu'elles ne s'appliquaient « ni à la caution avertie ni au cautionnement présentant un caractère commercial ».

Note 9 Cass. 1re civ., 8 mars 2012, n° 09-12.246 : JurisData n° 2012-003583 ; à paraître au Bulletin.

Note 10 Cass. 1re civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910, F P+B+I : JurisData n° 2009-049063 ; JCP G 2009, 167 ; JCP G 2009, 286, D. Legeais.

Note 11 Cass. 2e civ., 14 sept. 2006, n° 05-11.230 : JurisData n° 2006-034901 ; Bull. civ. 2006, II, n° 226.

Note 12 Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760 : JurisData n° 2010-011188 ; Bull. civ. 2010, IV, n° 118 ; D. 2011, p. 407, P. Crocq, suivant un avis dans le même sens : Cass. 1re civ., avis, 8 avr. 2010, n° 08-21.760 : JurisData n° 2010-010902.

Note 13 Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699, FS-PBI : JurisData n° 2011-003162 ; JCP E 2011, 1270, D. Legeais.

Note 14 Cass. 1re civ., 28 mai 2009, n° 07-14.075 : RD bancaire et fin. 2009, comm. 195, D. Legeais (ce devoir s'applique même si d'autres professionnels sont intervenus dans le montage juridique et quelle que soit la qualité du client, V. Cass. 1re civ., 19 déc. 2006, n° 1810 FS-P+B.

Note 15 Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-18.142 : JurisData n° 2008-045973 ; JCP E 2009, 1046 ; Bull. civ. 2008, I, n° 267.

Note 16 Y. Picod, Droit des sûretés : Thémis PUF, 2e éd. 2011, n° 77, p. 119.

Note 17 Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699, FS-PBI : JurisData n° 2011-003162 ; JCP E 2011, 1270, D. Legeais.

Note 18 Préc. note 12.

Note 19 Cass. 1re civ., avis, 8 avr. 2010, n° 08-21.760, préc.

Note 20 D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit : LGDJ, 8e éd., 2011, n° 174 ; M. Mignot, Droit des sûretés : Cours LMD, 2010, n° 311.

Note 21 CA Rennes, 18 févr. 2005 : Contrats, conc. consom. 2005, comm. 155, A. Raymond ; RD bancaire et fin. 2005, comm. 129, D. Legeais.

Note 22 Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-70.226 et 09-65.264, inédit.

Note 23 Cass. com., 10 janv. 2012, n° 11-11.482, P+B : JurisData n° 2012-000178 ; JCP E 2012, 1104 ; Dict. perm. Diff. des entreprises. Plans Restructuration, L.-C. Henry ; Gaz. Pal. 28 avr. 2012, n° 119, p. 139, E. Le Corre-Broly ; BJE mai 2012, p. 144, N. Borga.

Note 24 La solution résulte de l'article 215 du décret du 31 juillet 1992 compris au visa de l'arrêt.

Note 26 Cass. com., 24 mai 2005, n° 00-19.721, Navarra c/ SA Crédit commercial de France : JurisData n° 2005-028554 ; JCP E 2005, 1099. – Cass. com., 24 mai 2005, n° 03-21.043, Sté Banque de Bretagne c/ Benysty : JurisData n° 2005-028553 ; JCP E 2005, 1098 ; D. 2005, p. 1632, A. Lienhard et p. 2054, P. Crocq ; RD bancaire et fin. 2005, comm. 130, D. Legeais ; Rev. Proc. Coll. 2005/3, p. 212, F. Macorig-Venier.

Note 27 Cass. com., 24 mai 2005, n° 03-21.043 : JurisData n° 2005-028553 ; JCP E 2005, 1098 : « l'action régulièrement engagée par le créancier contre la caution et suspendue par l'effet du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du débiteur principal peut être reprise sans nouvelle assignation après le jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire ».

Note 28 Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71.113 : JurisData n° 2011-014300 ; JCP E 2011, 1628 ; Gaz. Pal., 27 oct. 2011, n° 300, p. 8, Ch. Juillet.

Note 25 En ce sens également, V. E. Le Corre-Broly, préc.. Contra N. Borga, préc. selon lequel « l'attendu de principe n'invite pas véritablement au prononcé d'un sursis à statuer sur la demande du créancier, mais plutôt à la délivrance à son profit du titre exécutoire sollicité » ce qui devrait alors contraindre le garant à soulever l'application de l'article L. 626-11, alinéa 2 si le plan est exécuté.