

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



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

*Le périmètre des garanties*

MACORIG-VENIER FRANCINE

Référence de publication : MACORIG-VENIER (F.), « Le périmètre des garanties », *Revue des procédures collectives*, 2011, n° 1, p. 76-80.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## Le périmètre des garanties

**1.** - S'interroger sur le « périmètre » des garanties revient, selon les organisatrices de ce colloque qui m'ont sollicitée dans l'urgence<sup>Note 2</sup> et aussitôt éclairée, à chercher dans quelle mesure l'ouverture d'une procédure de surendettement, de règlement amiable, de conciliation et surtout de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire a une incidence sur la situation des garants.

**2.** - La question concerne l'ensemble des garanties consenties par des tiers, appréhendées toutefois plus ou moins largement par les corps de règles distincts que sont le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement des particuliers. Le Livre VI du Code de commerce prend en considération, outre la situation du coobligé, l'ensemble des sûretés personnelles, entendues au sens large : cautionnement, garantie autonome, lettre d'intention, mais également les garanties réelles reposant sur l'aliénation ou l'affectation en garantie par un tiers d'un bien immobilier ou mobilier, y compris d'une créance. Le Livre III du Code de la consommation n'envisage que la situation de la caution et du coobligé.

**3.** - En principe, l'impact des procédures sur la situation des garants devrait ne dépendre que de la nature de la sûreté au regard des principes généraux du droit civil. Toutefois, depuis l'ordonnance de 2006 relative aux sûretés, le droit commun lui-même envisage les dérogations susceptibles de lui être apportées par le droit des procédures d'insolvabilité<sup>Note 3</sup>. Ainsi les garanties personnelles échappent au droit commun, particulièrement dans l'hypothèse où sont ouvertes les procédures du Livre VI du Code de commerce, et ce, afin de limiter l'engagement des garants personnes physiques notamment, mais aussi – et surtout – pour les inciter à prendre des mesures de sauvetage de l'entreprise dirigée. Ces garants sont en effet souvent les dirigeants de sociétés en difficulté ou des proches du chef d'entreprise.

**4.** - Cette préoccupation a conduit à un accroissement progressif des dispositions consacrées aux sûretés consenties par des tiers dans le droit des entreprises en difficulté. Ce phénomène s'est accentué depuis les réformes de 2005<sup>Note 4</sup> et 2008<sup>Note 5</sup>, mais a pris naissance un peu avant, en 1994. Il est remarquable dans la mesure où, à l'origine, ce droit ne contenait quasiment que des dispositions concernant les sûretés réelles portant sur des biens du débiteur, sûretés dont il altérerait l'efficacité pour servir l'objectif de redressement.

**5.** - En comparaison, le droit du surendettement des particuliers fait figure de parent pauvre. Il ne s'intéresse guère qu'au cautionnement, probablement parce que c'est la sûreté le plus souvent consentie par des tiers en garantie des dettes du particulier soumis à une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel. Il ne lui consacre au demeurant que peu de dispositions qui concernent également le coobligé<sup>Note 6</sup>. À cet égard, la récente loi du 1er juillet 2010 réformant le crédit à la consommation et modifiant le droit du surendettement n'opère pas de changement dans la voie de l'élargissement de l'application de ces dispositions à d'autres sûretés. Elle vient même en restreindre le bénéfice aux seules personnes physiques cautions ou coobligés. C'est là l'unique rapprochement observé avec le droit des entreprises en difficulté qui, à une exception près, fait preuve de « sollicitude » à l'égard de ces mêmes personnes physiques. Sous cette réserve, force est de constater que les solutions retenues par la loi, mais également par la jurisprudence diffèrent sensiblement de celles applicables dans le droit

des entreprises en difficulté.

**6.** - L'incidence du droit de la défaillance économique sur les garanties consenties par des tiers apparaît ainsi difficile à systématiser et ce d'autant qu'au sein d'un même corps de règles (le Livre VI du Code de commerce notamment) la situation du garant varie fortement selon différents paramètres, pour l'essentiel la qualité de celui-ci, personne physique ou morale, mais également selon la nature de la procédure ouverte à l'égard du débiteur dont l'influence sur la situation du garant est tout à fait considérable.

**7.** - Pour plus de clarté, nous avons choisi de présenter le sort des garanties et des personnes qui les ont consenties dans les procédures amiables, d'une part, et dans les procédures judiciaires, d'autre part, étant entendu que les premières sont comprises comme les procédures dans lesquelles les solutions sont contractuelles, négociées entre le débiteur et ses créanciers ou les principaux d'entre eux, tandis que les secondes sont non contractuelles, décidées par un juge (ou plus exactement un tribunal) ou, dans le cas du surendettement, dotées de la force exécutoire par un juge<sup>Note 7</sup>. Dans les premières, la tendance est – ou était – plutôt de respecter les règles du droit civil, du droit commun. Dans les secondes, ces règles sont plus souvent écartées et peuvent ainsi s'avérer plus clémentes pour les intéressés.

## 1. Le périmètre des garanties dans les procédures amiables ou l'incidence de ces procédures amiables sur les personnes ayant garanti les dettes du débiteur

**8.** - C'est plus particulièrement l'incidence des accords conclus à l'issue de ces procédures sur la situation des tiers qui ont fourni une sûreté en garantie des dettes du débiteur soumis à la procédure qui doit être précisée. Observons toutefois que, préalablement à la conclusion d'un tel accord, pendant le déroulement des procédures amiables, la situation des garants est identique et dépend du droit commun. Ainsi, la caution peut être poursuivie par le créancier, sous réserve de l'exigibilité de la dette principale<sup>Note 8</sup>. Dans la procédure de surendettement, les cautions doivent désormais être informées de la situation, la commission devant recueillir leurs observations dès qu'elle constate l'existence de dettes garanties par un cautionnement<sup>Note 9</sup>.

**9.** - S'agissant de l'impact de l'accord conclu (parfois constaté ou homologué), il diffère profondément selon que l'on envisage le droit des entreprises en difficulté ou le droit du surendettement. Le droit des entreprises en difficulté s'avère curieusement plus respectueux du droit civil, du moins en ce qui concerne le cautionnement. La même observation ne peut être faite en revanche pour la garantie autonome.

### A. - Pour le cautionnement

**10.** - Les solutions sur le terrain du Code de commerce et sur celui du Code de la consommation sont en totale opposition.

## 1° Conciliation

**11.** - Dans le cas des accords de conciliation, la nature conventionnelle de ces accords a conduit la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>Note 10</sup> à considérer que les cautions pouvaient bénéficier des délais de paiement ou des remises de dettes prévues dans l'accord en raison du caractère accessoire du cautionnement. En droit commun, en effet, la remise conventionnelle de la dette principale éteint par voie accessoire le cautionnement selon l'article 1287 du Code civil. La caution peut par ailleurs invoquer la prorogation conventionnelle du terme consentie au débiteur principal<sup>Note 11</sup>.

**12.** - La solution rendue sous l'empire des dispositions régissant le règlement amiable institué par la loi du 1er mars 1984, vaut au demeurant toujours pour le règlement amiable agricole soumis aux dispositions du Code rural qui ne contient aucune précision particulière quant au sort des cautions.

**13.** - Le législateur a expressément consacré cette solution pour les accords de conciliation conclus à l'issue de la nouvelle procédure de conciliation, substituée en 2005 au règlement amiable du Code de commerce, en ne visant toutefois que l'accord homologué en 2005 et en se référant également à l'accord simplement constaté en 2008.

## 2° Surendettement

**14.** - En revanche, dans le droit du surendettement, de manière assez paradoxale, la Cour de cassation, plus exactement la première chambre civile, considère que les cautions ne peuvent pas bénéficier des délais de paiement ou remises consentis dans les plans conventionnels de surendettement.

**15.** - Dans un arrêt rendu le 13 novembre 1996<sup>Note 12</sup>, cette dernière a jugé que, compte tenu du contexte dans lequel les remises étaient consenties, elles perdaient leur nature contractuelle et ne pouvaient être analysées en des remises de dettes au sens de l'article 1287 du Code civil. « Attendu que, malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans un plan conventionnel de règlement prévu par l'article L. 331-6 ancien du Code de la consommation, ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'article 1287 du Code civil » affirmait la première chambre civile, procédant à une substitution de motifs. La même solution a été affirmée concernant les reports d'échéance<sup>Note 13</sup>. Il résulte de cette solution que la caution ne pouvait se prévaloir des mesures consenties par le créancier au débiteur et devait payer à l'échéance initialement prévue l'intégralité de la dette. En revanche, la même formation lui a reconnu la possibilité d'exercer ensuite son recours personnel contre le débiteur sans que celui-ci puisse lui opposer les mesures dont il a bénéficié dans le cadre du plan<sup>Note 14</sup>.

### *B. - S'agissant des garanties autonomes*

**16.** - Le droit des entreprises en difficulté qui s'intéresse seul à ces garanties, est, en revanche, moins respectueux du droit commun car il tend à les assimiler à des garanties accessoires, de même qu'il

rapproche le sort des garanties réelles consistant à affecter un bien au paiement de la dette d'autrui de celui des garanties personnelles.

**17.** - En cas d'accord de conciliation (homologué ou constaté), en effet, les garants autonomes peuvent désormais invoquer en leur faveur les délais ou remises consenties dans l'accord. C'est la loi de sauvegarde des entreprises qui a choisi de le faire bénéficier du même traitement que la caution. La rédaction plus large de l'article L. 611-10-2 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 inclut nécessairement le garant autonome. Selon ce texte, « *Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué* ».

**18.** - Le législateur a choisi d'uniformiser la situation de toutes les personnes ayant garanti la dette du débiteur quelles que soient les différences de nature existant entre les sûretés consenties – sûreté personnelle ou réelle – et, de manière surprenante parce que totalement isolée et inexplicite, quelle que soit également la qualité de cette personne, personne physique ou morale. Il a souhaité ainsi déjouer les stratégies de contournement qu'auraient pu, à défaut, tenter de mettre en œuvre les créanciers. Il importe, en effet, que toutes ces personnes œuvrent dans le même sens : qu'elles incitent le débiteur avec lequel elles entretiennent certains liens et sur lequel elles exercent une influence, à réagir le plus tôt possible aux difficultés qu'il rencontre, en se tournant vers des procédures amiables ou judiciaires propres à assurer la pérennité de l'entreprise.

**19.** - Dans les procédures judiciaires, le sort des garanties diffère également non seulement entre le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement, mais également au sein du droit des entreprises en difficulté selon les procédures et la qualité des personnes ayant consenti leur garantie.

## 2. Le périmètre des garanties dans les procédures judiciaires ou l'incidence des procédures judiciaires sur les personnes ayant garanti les dettes du débiteur

**20.** - Peu évoquée par la loi dans les procédures de traitement du surendettement, ce qui conduit à leur appliquer le droit commun, la situation des garants est en revanche aujourd'hui précisée par les dispositions du Livre VI du Code de commerce, ces précisions ayant pour objet d'écarter l'application du droit commun, dans un sens généralement favorable aux tiers ayant garanti la dette du débiteur soumis à la procédure ou plus exactement à certains d'entre eux, les personnes physiques.

### A. - Dans les procédures judiciaires du Code de commerce

**21.** - Dans les procédures judiciaires applicables aux entreprises en difficulté, la situation des garants est fort complexe. Dans un souci de politique de prévention, le législateur ne traite pas de la même manière tous ceux qui ont fourni une garantie, qu'elle soit personnelle ou réelle. Il cherche à favoriser les garants qui peuvent exercer l'influence la plus directe sur le débiteur en difficulté. Ces derniers sont des personnes physiques exclusivement (la personne physique bénéficiant par ailleurs compte tenu de sa faiblesse

supposée, de la sollicitude du législateur). C'est tout particulièrement au dirigeant de la personne morale que le législateur a songé. Pas seulement toutefois. Le chef d'entreprise dont un proche, conjoint, concubin, parent, ou ami, a donné sa garantie s'efforcera d'en préserver le sort. Cette préoccupation incitera celui-ci à s'orienter vers la procédure qui lui est personnellement la plus favorable ou qui est la plus favorable à ses proches. Il s'agit précisément de la procédure de sauvegarde vers laquelle le législateur cherche à orienter les débiteurs par diverses mesures. L'attractivité de la procédure de sauvegarde tient ainsi également aux règles applicables aux tiers garants. Les garanties consenties par des tiers ont été instrumentalisées. Le succès attendu de cette instrumentalisation a commandé que le législateur fasse application des mêmes règles quelle que soit la sûreté consentie par le tiers, quitte à nier la spécificité de ces différentes sûretés.

## 1° En sauvegarde

**22.** - Dans la procédure de sauvegarde, les coobligés et garants personnes physiques peuvent invoquer la suspension des poursuites et se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts. Ils bénéficient par ailleurs des délais du plan, voire des remises s'il en existe. S'agissant de la suspension des poursuites, la règle est édictée par l'alinéa 2 de l'article L. 622-28 du Code de commerce en ces termes : « *le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans* ». C'est le premier alinéa de l'article L. 622-28 qui fait bénéficier ces mêmes personnes de l'arrêt du cours des intérêts profitant au débiteur : « *les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa selon lequel le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts à moins qu'il s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an* ». En outre et surtout, les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie bénéficient des délais et des remises du plan de sauvegarde. L'article L. 626-11 énonce, en effet, qu'« *à l'exception des personnes morales, les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir* ».

**23.** - Ajoutons que lorsque le créancier n'a pas déclaré sa créance, il ne peut poursuivre les personnes physiques tiers garants ni pendant la période d'observation, ni pendant l'exécution du plan de sauvegarde. L'article L. 622-26 du Code de commerce dispose, en effet, que pendant l'exécution du plan, les créances non déclarées, qui sont inopposables au débiteur, « *sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ». Cette précision apportée par l'ordonnance de 2008 est particulièrement importante et opportune pour les intéressés, une juridiction du fond ayant jugé, en application des dispositions originaires de la loi de sauvegarde, que l'inopposabilité de la créance constituait pour la caution une exception personnelle au débiteur qu'elle ne pouvait invoquer<sup>Note 15</sup>. Conformément à cette disposition, il faudra donc que le créancier attende la fin de l'exécution du plan de sauvegarde pour poursuivre ces garants, et ce sous réserve de la prescription de sa créance. Ces poursuites devraient toutefois, selon l'opinion défendue par Mme Pérochon<sup>Note 16</sup>, être limitées à la partie de la dette non remise au terme du vote du comité des créanciers auquel le créancier non déclarant appartient<sup>Note 17</sup>, dès lors que ce vote aura été entériné par le tribunal.

**24.** - Il en résulte que les dirigeants garants ou coobligés ont tout intérêt à demander le bénéfice de la sauvegarde sans attendre la cessation des paiements. Il semblerait d'ailleurs que cela explique l'augmentation sensible du nombre des procédures de sauvegarde en 2009. Ces procédures sont recherchées pour la protection qu'elles accordent au garant. La situation des garants est totalement différente, y compris dans la sauvegarde, s'ils sont des personnes morales et quelle que soit leur qualité dans la procédure de redressement.

## 2° En redressement judiciaire

**25.** - Dans la procédure de redressement judiciaire, en revanche, les personnes physiques qui ont fourni leur garantie ne peuvent se prévaloir que de la suspension des poursuites pendant la période d'observation, (dont on peut supposer qu'elle concerne également les divers garants de créances non déclarées). En revanche, les règles relatives à l'inopposabilité des créances non déclarées ne s'appliquent pas, à défaut de renvoi à l'article L. 622-26. L'article L. 631-14 énonce que « *les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26* ». Elles ne bénéficient pas non plus des dispositions de l'article L. 622-28, alinéa 1er, prévoyant l'arrêt du cours des intérêts des prêts de moins d'un an, ni de l'article L. 626-11, c'est-à-dire des délais et remises du plan de redressement. Il apparaît ici de la manière la plus claire que le régime des garanties est instrumentalisé pour inciter les dirigeants à l'anticipation. Leur situation est plus défavorable encore dans la liquidation judiciaire.

## 3° Dans la procédure de liquidation judiciaire

**26.** - Le droit commun s'applique et les garants peuvent tous être poursuivis pendant la procédure dans les conditions propres à chaque garantie. Pour la caution, l'exigibilité de la dette principale est nécessaire. Peu importe que la créance ait été ou non déclarée. La caution peut songer à invoquer l'application de l'article 2314<sup>Note 18</sup> du Code civil et le garant à mettre en jeu la responsabilité civile du créancier.

**27.** - Curieusement, la clôture pour insuffisance d'actif semble produire des conséquences différentes pour les divers garants dans l'hypothèse où ils auraient été amenés à payer la dette garantie. La loi (*C. com., art. L. 643-11, II*) n'écarte en effet la paralysie des poursuites qu'au profit des cautions et coobligés auxquels le législateur permet d'exercer leurs recours après paiement, recours personnel, et selon la jurisprudence<sup>Note 19</sup>, recours subrogatoire (solution permettant à la caution, sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sauvegarde, de « profiter » de la déclaration faite par le créancier à la procédure, tandis qu'elle aurait omis d'effectuer une déclaration de sa créance au titre de son recours personnel). L'absence d'extension de la solution aux personnes ayant consenti une autre sûreté personnelle ou une sûreté réelle paraît sévère et peu cohérente au regard de l'uniformisation des règles qui leurs sont applicables dans ces procédures.

**28.** - Dans les procédures « judiciaires » applicables aux particuliers, le législateur ignore la plupart de ces sûretés pour ne s'intéresser, sommairement qui plus est, qu'au cautionnement. Il est vrai que l'usage des

garanties autonomes y est moins répandu et parfois même interdit<sup>Note 20</sup>.

*B. - Dans les procédures « judiciaires » applicables aux particuliers*

**29.** - Dans le droit du surendettement, seule la procédure de rétablissement personnel instituée par la loi *Borloo* est *stricto sensu* une procédure judiciaire : ouverte par un juge et aboutissant à une solution arrêtée par celui-ci.

**30.** - Néanmoins, peut être préalablement évoqué également ici le plan de surendettement recommandé par la commission et homologué par le JEX, plan adopté, à la demande du débiteur à l'issue de la procédure de surendettement, en l'absence de plan conventionnel. La Cour de cassation a elle-même considéré que le domaine d'intervention et les décisions des commissions de surendettement participaient de la procédure judiciaire<sup>Note 21</sup>. Ici encore, les solutions rendues ne sont pas favorables aux cautions. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé dans une affaire qui lui était soumise en 1998 que « le redressement judiciaire civil ne prive pas le créancier des garanties qui lui ont été consenties ;... la caution ne peut se prévaloir pour se soustraire à son engagement, des mesures arrêtées par le juge en faveur du débiteur surendetté »<sup>Note 22</sup>. La caution ne peut par conséquent invoquer les mesures recommandées (et demain en application de la loi du 1er juillet 2010 imposées par la commission seule) pour échapper aux poursuites. À l'inverse, elle ne peut subir un effacement des dettes qu'elle aurait payées. Rappelons, en effet, que la commission peut, en cas d'insolvabilité caractérisée du débiteur, recommander un effacement partiel des dettes. La règle posée par l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation a été légèrement modifiée par la loi du 1er juillet 2010. Jusqu'à ce texte, étaient visées les dettes payées par la caution ou le coobligé. Désormais ne sont visées que celles payées par la caution ou le coobligé personne physique, ce qui réduit la portée de l'exception posée. Le même changement se retrouve dans la procédure de rétablissement personnel.

**31.** - Dans la procédure de rétablissement personnel, où la suspension des poursuites des créanciers à l'égard du débiteur a progressivement gagné du terrain<sup>Note 23</sup>, la caution ne bénéficie d'aucune mesure de suspension des actions en paiement à son encontre. La seule mesure prévue expressément en sa faveur consiste en une exception à l'effacement de principe des dettes non professionnelles. Cette exception joue également au profit du coobligé, mais comme indiqué précédemment, tant pour l'un que pour l'autre, seulement désormais s'il s'agit de personnes physiques. Cette mesure était contenue à l'article L. 332-9, alinéa 2, du Code de la consommation précisant les conséquences de la clôture de la liquidation. Elle est désormais également prévue par l'article L. 332-5 qui concerne l'hypothèse où la commission a recommandé un rétablissement personnel sans liquidation et où cette recommandation a été homologuée par le juge. Elle est comparable à l'exception à la paralysie des poursuites prévue au profit des cautions et coobligés par le droit des entreprises en difficulté. Il résulte par conséquent de ces dispositions que les cautions (ou coobligés) personnes physiques ayant désintéressé le créancier peuvent poursuivre le débiteur principal. Le non effacement semble ne concerner que les dettes déjà payées par la caution ou le coobligé personne physique. En revanche, il semblerait que dès lors que la dette n'a pas encore été payée par cette même caution (ou ce coobligé) elle soit éteinte, extinction leur profitant alors<sup>Note 24</sup>. Ici, la solution diffère de celle du droit des entreprises en difficulté, aucune extinction de la dette ne résultant de la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif, mais une simple paralysie du droit de poursuite. Il est à noter enfin que



les cautions, quelle que soit leur qualité, doivent logiquement également profiter d'une autre cause d'extinction de la dette principale susceptible de s'appliquer dans la procédure de rétablissement personnel : il s'agit de l'extinction pour défaut de déclaration de la créance. Le droit du surendettement connaît en effet cette cause d'extinction disparue en 2005 du droit des entreprises en difficulté<sup>Note 25</sup>, ce qui souligne, une fois de plus l'écart entre ces deux matières. Cet écart ne laisse pas augurer d'une fusion prochaine entre elles. Il faudra, semble-t-il, encore longtemps conjuguer au pluriel le droit de la défaillance qui nous rassemble ici aujourd'hui.

---

**..Egalement dans ce dossier :** articles 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

---

Note 1 *Actes du colloque de Toulouse du 10 septembre 2010 « Le périmètre du droit de la défaillance économique », colloque inaugural de l'Association des Juristes de la Défaillance Économique (AJDE).*

Note 2 Cette communication devait être effectuée par le professeur Jean Devèze. Ce dernier retenu par le concours d'agrégation en qualité de membre du jury n'a pu finalement être présent.

Note 4 *C. Houin-Bressand, Cautions, garants et coobligés, in Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde, Actes Colloque Toulouse 17-18 janv. 2008 : Rev. proc. coll. 2008, dossier 9.*

Note 5 *Ph. Pétel, Les sûretés personnelles dans le nouveau droit des entreprises en difficulté : CDE 2009/4, dossier 20. – N. Borga, Regards sur les sûretés dans l'ordonnance de 2008 : RD bancaire et fin. 2009, étude 20. – P. Crocq, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés : Rev. proc. coll. 2009, dossier 10. – F. Macorig-Venier, Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés : Dr. et patrimoine janv. 2010, p. 26 s.*

Note 6 Depuis quelques années toutefois, il s'intéresse au débiteur caution qui n'est pas l'hypothèse envisagée ici où seule la situation des tiers cautions du débiteur en difficulté est abordée. Pour ce qui est du débiteur caution, le législateur s'y est intéressé à plusieurs reprises, en 2003 et 2008, notamment pour prendre en compte certains engagements de cautionnement dans l'appréciation de la situation de surendettement, mais également pour effacer ces mêmes dettes (*V. F. Macorig-Venier, in Chronique Droit des difficultés économiques, Traitement des difficultés des particuliers : Dr. et patrimoine sept. 2009, n° 184, p. 116-117, 120-121*).

Note 7 La réforme du 1er juillet 2010 dote la commission de surendettement de pouvoirs nouveaux puisqu'elle lui permet désormais d'imposer des mesures, les mesures les moins graves, telles que le rééchelonnement des dettes, l'imputation des intérêts sur le capital, la suspension de l'exigibilité des dettes pour une durée de deux ans au plus. La reconnaissance de ces pouvoirs conduira sans doute à des interrogations sur la nature juridique de l'institution qualifiée d'autorité administrative. V. en ce sens, *S. Djidara-Decaix, Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers. Présentation de la loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : RD bancaire et fin. 2010, étude 14, n° 19. – Déjà, la Cour de cassation avait considéré que les décisions de la commission participaient de la procédure judiciaire, V. S. Piedelièvre, Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers : JCP E 2010, 1676, n° 10.*

Note 8 Il est à noter que dans la procédure de surendettement telle que réformée par la loi du 1er juillet 2010, le débiteur qui bénéficie désormais d'une suspension des poursuites se voit interdire d'effectuer des paiements de créances autres qu'alimentaires. Il lui est notamment interdit de désintéresser des cautions qui auraient payé (*C. consom., art. L. 333-1-3 nouveau*).

Note 9 *G. Raymond : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 104.*

Note 10 *Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873 : Bull. civ. 2004, IV, n° 84 ; D. 2004, p. 1594, note A. Lienhard ; RTD civ. 2004, p. 534, obs. P. Crocq ; RTD civ. 2004, p. 590, note F. Macorig-Venier ; Act. proc. coll. 2004, n° 132, note J. Vallansan ; RD bancaire et fin. 2004, comm. 161, obs. D. Legeais ; Banque et droit juill.-août 2004, p. 51, note N. Rontchevsky ; Defrénois 2004, p. 1663, note D. Gibirla.*

Note 11 *Sur la question, V. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés : Litec, Manuel, 9e éd. 2010, n° 248 et 249.*

Note 12 *Cass. Ire civ., 13 nov. 1996, n° 94-12.856 : Bull. civ. 1996, I, n° 401. – L. Aynès, Cautionnement : une regrettable entorse au principe de l'accessoire : LPA 1997, n° 14, p. 15. – V. aussi, P. Crocq : RTD civ. 1997, p. 190. – Ph. Simler et Ph. Delebecque : JCP E 1997, I, 670, n° 7.*

Note 13 *Cass. Ire civ., 3 mars 1998, n° 96-10.753 : Bull. civ. 1998, I, n° 82 ; D. 1998, p. 421, concl. J. Sainte-Rose ; JCP E 1998, p. 1311, note S. Piedelièvre ; RTD civ. 1998, p. 423, note P. Crocq.*

Note 14 *Cass. Ire civ., 15 juill. 1999 : D. affaires 1999, p. 1279 ; RTD civ. 1999, p. 877, note P. Crocq.*

Note 15 *CA Toulouse, 23 juin 2009 : JurisData n° 2009-006960 ; JCP G 2009, 492, n° 8, note Ph. Simler.*

Note 16 *F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit : LGDJ, Manuel, 8e éd., n° 538-3.*

Note 17 *La loi ne limite pas le cercle des créanciers intégrant les comités de créanciers aux seuls créanciers déclarants, mais aux seuls créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure.*

Note 18 *La possibilité d'obtenir gain de cause est loin d'être évidente. Elle suppose que le créancier ait pu être partiellement au moins désintéressé. – V. CA Toulouse, 3e ch., Ire sect., 23 juin 2009 : JurisData n° 2009-006960 : la cour de Toulouse qui a considéré que « l'inopposabilité de la créance s'analyse en une exception personnelle que la caution ne peut invoquer » a écarté, par ailleurs, l'application du bénéfice de subrogation de l'article 2314 du Code civil au motif, qu'en l'espèce, la caution ne subissait aucun préjudice lié au défaut de déclaration dès lors qu'aucune répartition n'avait été effectuée.*

Note 19 *Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-13.430 : Rev. proc. coll. 2009, comm. 112, note F. Macorig-Venier.*

Note 20 *L'ordonnance du 30 mars 2006 a interdit le recours à la garantie autonome au lieu et place du cautionnement dans deux hypothèses concernant spécifiquement le cautionnement de dettes contractées par des particuliers : il s'agit du cautionnement des crédits consentis à des consommateurs régis par le Code de la consommation (C. consom., art. L. 310-10-1) et du cautionnement des dettes résultant d'un bail d'habitation ou mixte (L. n° 89-42, 6 juill. 1989, art. 22-1-1), le législateur ne permettant dans cette dernière hypothèse le recours à la garantie autonome qu'à la place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 de la loi.*

Note 21 *V. S. Piedelièvre, Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers : JCP G 2010, 858, n° 10 citant Cass. Ire civ., 13 déc. 2005 : Bull. civ. 2003, I, n° 492 ; D. 2006, p. 227, note V. Avena-Robardet.*

Note 22 *Cass. Ire civ., 3 mars 1998 : D. affaires 1998, p. 570.*

Note 23 *Selon l'article L. 331-3-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007, les voies d'exécution sont suspendues dès la saisine du juge, de même que les mesures d'expulsion du logement. Ce texte a été supprimé et l'article L. 332-6 remanié. La suspension des poursuites vient de gagner la procédure de surendettement : C. consom., art. L. 331-3-1 la prévoit dès la décision de recevabilité du dossier par la Commission sous réserve de la suspension de la procédure de saisie immobilière qui nécessite une décision du juge à l'initiative de la commission dès lors que la vente forcée a été ordonnée.*

Note 24 *Sur l'effacement des dettes dans le droit du surendettement, V. F. Macorig-Venier : Dr. et patrimoine sept. 2009, n° 184, p. 54 s.*

Note 25 Sur l'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté, V. M. Monsèrié-Bon : *Dr. et patrimoine sept. 2009, n° 184, p. 64 s.*

Note 3 L'article 2287 du Code civil dispose ainsi : « *les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers* ».