



HAL
open science

La proportionnalité des sûretés

Marie Blondel

► **To cite this version:**

Marie Blondel. La proportionnalité des sûretés. Droit. Université Paris-Est, 2020. Français. NNT : 2020PESC0012 . tel-03268735

HAL Id: tel-03268735

<https://theses.hal.science/tel-03268735>

Submitted on 23 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Thèse de doctorat de l'Université Paris-Est

Droit privé

Marie Blondel

La proportionnalité des sûretés

Thèse dirigée par Monsieur Romain Boffa

Soutenue le 05 octobre 2020

Jury :

Monsieur Christophe Albigès, Professeur à l'Université de Montpellier, Rapporteur
Monsieur Augustin Aynès, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil
Monsieur Romain Boffa, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil, Directeur de thèse
Madame Manuella Bourassin, Professeur à l'Université Paris Nanterre, Rapporteur
Madame Claire Séjean-Chazal, Professeur à l'Université de Lille

Sommaire

Sommaire	3
Principales abréviations	4
Remerciements	6
Introduction générale	9
Première partie : Proportionnalité des sûretés et lutte contre l'insolvabilité des garants	29
Titre I. Les propositions d'amélioration de la proportionnalité du cautionnement	36
Chapitre 1. L'amélioration du champ d'application de l'exigence de proportionnalité	37
Chapitre 2. L'amélioration du régime du cautionnement disproportionné	104
Titre II. L'extension de la proportionnalité à toutes les sûretés consenties pour autrui	191
Chapitre 1. L'extension de l'exigence de proportionnalité aux sûretés personnelles	198
Chapitre 2. L'extension de l'exigence de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui	262
Seconde partie : Proportionnalité des sûretés et préservation du crédit des constituants	334
Titre I. Le domaine de la proportionnalité	338
Chapitre 1. L'application de la règle à chaque sûreté	340
Chapitre 2. La généralité de l'application de la règle de proportionnalité	412
Titre II. Le régime de la règle de proportionnalité des sûretés	475
Chapitre 1. L'appréciation de la proportionnalité des sûretés	476
Chapitre 2. La sanction de la disproportion des sûretés	551
Conclusion générale	609
Rappel des propositions de thèse	613
Bibliographie	618
Index alphabétique	664
Table des matières	672

Principales abréviations

AJ	Actualités jurisprudentielles
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
Ass. plén.	arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, (chambres civiles)</i>
<i>Bull. Ass. plén.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière</i>
<i>Bull. mixte</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte</i>
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i> (mensuel d'information des sociétés)
C. civ.	Code civil
C. com.	Code du commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
C. proc. civ. d'exéc.	Code des procédures civiles d'exécution
Cass. civ.	arrêt de la Cour de cassation (chambre civile)
Cass. com.	arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. crim.	arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. soc.	arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale)
<i>CCC</i>	<i>Contrats, concurrence et consommation</i>
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne des droits de l'Homme
chron.	chronique
coll.	collection
concl.	conclusion
<i>contra</i>	en sens contraire
CPC	Code de procédure civile
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
sous dir.	sous la direction de
Dr. et patr.	<i>Droit et patrimoine</i>
Dr. sociétés	<i>Droit des sociétés</i>
éd.	édition
etc.	<i>et caetera</i>
fasc.	fascicule

<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , au même endroit
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)</i>
<i>JCP éd. G</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition générale</i>
<i>JCP éd. E</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition entreprise</i>
<i>JCP éd. N</i>	<i>Juris-Classeur périodique, édition notariale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>jur.</i>	jurisprudence
<i>JurisData</i>	JurisData (base de données du site internet LexisNexis)
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> , à l'endroit cité
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>n°</i>	numéro
<i>obs.</i>	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> – dans l'ouvrage cité
<i>p.</i>	page
<i>préc.</i>	précité
<i>préf.</i>	préface
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>rappr.</i>	rapprocher
<i>RDBF</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire de droit civil</i> , Dalloz
<i>req.</i>	arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes)
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue de procédure collective</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique, droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
<i>s.</i>	suivants
<i>Somm.</i>	sommaires, sommaires commentés
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
<i>t.</i>	tome
<i>v.</i>	voir
<i>v°</i>	<i>verbo</i> , mot
<i>vol.</i>	volume

Remerciements

Mes remerciements vont à mon directeur, Monsieur le Professeur Romain Boffa, pour m'avoir proposé ce sujet de thèse passionnant, qui m'a enthousiasmée jusqu'aux derniers jours. Je lui suis également reconnaissante d'avoir enrichi mes travaux en m'invitant à explorer de nombreuses pistes intéressantes. Je suis ravie qu'il m'ait guidée sans refreiner mes idées. Je le remercie encore pour ses encouragements et ses conseils toujours pertinents.

Je remercie sincèrement mes parents pour leur écoute et leur soutien sans faille.

Je remercie particulièrement mon père pour son implication.

J'adresse encore mes remerciements à tous mes proches pour leur soutien et leur confiance.

J'ai une pensée pour mes collègues : de Lille, de Valenciennes, de Nanterre, de Cergy et de Paris-Est. Je les remercie pour leurs précieux conseils et partages d'expérience mais aussi pour leur amitié.

Je tiens enfin à témoigner toute ma gratitude à mes nombreux et précieux relecteurs : Claire-Alice, Justine, Estelle, Louise, Sophie, Mary, Amélie, Charlotte, Lisa, Suzon, Cécile, Marie-Thérèse, Lucie, Albert, Pierre, Guillaume, Thibault, Pierre, Thomas, Dorian, Germain, Sébastien, Valentin et Mathieu pour le travail qu'ils ont accompli avec le plus grand soin.

J'aimerais dire une nouvelle fois merci à Pierre pour son aide dans le perfectionnement de ce travail de thèse.

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Introduction générale

« La vertu se situe dans un juste milieu »¹.

1. **Proportionnalité et recherche du juste.** Tous les chemins de la proportionnalité mènent à Aristote. Pour le philosophe, la recherche de la justice commande que la distribution des richesses soit proportionnée aux mérites de chaque individu². De façon plus générale, la morale aristotélicienne préconise la recherche du juste milieu. Par juste milieu, Aristote entend non pas l'égalité arithmétique entre les individus mais la juste proportion³. Cette conception de la justice distributive trouve écho dans de nombreux domaines et notamment celui, ô combien sensible, de l'impôt. Le montant à reverser à l'État est ainsi proportionné aux ressources perçues par les personnes physiques. Pourtant, il aurait été possible d'envisager que chaque personne physique soit tenue de payer la même somme dès lors que chacune aura le droit aux mêmes prestations sociales. Le choix de la proportionnalité semble toutefois plus juste : il est plus équitable que chacun contribue à l'impôt proportionnellement à ses moyens financiers. Mais la proportion ne concerne pas que les charges. Elle gouverne aussi les actions : l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen commande que la sanction soit proportionnée aux infractions constatées. En contrepoint, la disproportion est toujours perçue comme une injustice.
2. **Aspects critiquables de la disproportion.** Se pose la question de savoir pourquoi la disproportion est critiquée de façon unanime et instinctive. La réponse à cette question se trouve

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre II. 5 (1106 a-1106 b). Aristote a approfondi la distinction entre la justice commutative et distributive. Il fait ici référence à cette seconde conception de la justice. Sur la distinction entre ces deux acceptions de la justice : « Pour qui s'attache à la *justice commutative*, il convient, par une appréciation objective des produits et des services échangés entre les hommes, d'assurer autant qu'il est possible une égalité mathématique. Pour qui s'attache à la *justice distributive*, il s'agit d'opérer, autant qu'il est possible, entre les hommes la meilleure répartition des richesses » : F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2019, p. 68, n° 62.

² Aristote, *Éthique à Nicomaque*, (trad.) R. Bodéüs, cinquième partie, n° 7.4.

³ Cette conception du juste milieu correspond à la définition de la proportionnalité comme « condition des quantités qui sont proportionnelles entre elles ». v. *Dictionnaire de la langue française*, par É. Littré, XM Littré, v. 2, v° proportionnalité.

peut-être dans l'observation des conséquences de la disproportion. L'expression selon laquelle la disproportion consiste à « tirer sur des moineaux avec un canon » fait apparaître les deux caractères nuisibles des conséquences de la disproportion⁴. En effet, cette métaphore permet de constater que le recours à des moyens disproportionnés se révèle inutile d'une part et dommageable voire dangereux d'autre part. Le caractère inutile de l'emploi d'un moyen disproportionné apparaît de manière nette dans la métaphore citée. Il résulte du fait que le recours à un moyen plus mesuré pour tuer des moineaux aurait pu être tout aussi efficace. Le caractère dommageable voire dangereux apparaît de manière tout aussi évidente dans cette image. L'utilisation d'un canon causera nécessairement des dégâts non désirés. Il est possible d'imaginer que divers biens seront détruits lors de la retombée d'un boulet de canon. Il est même envisageable que des personnes soit blessées à cette occasion. Ainsi, le recours à des moyens disproportionnés sera critiqué au regard de son caractère inutile et de ses conséquences dommageables. Cette vérité générale est transposable au domaine du droit. Il en résulte que la disproportion est également décriée dans le vaste monde juridique. La notion de proportionnalité fait d'ailleurs l'objet d'une remarquable propagation. L'intérêt des juges pour cette notion lui permet de se développer dans toutes les branches du droit.

3. **Proportionnalité et droit européen.** La proportionnalité s'est d'abord développée dans l'espace judiciaire européen avant de conquérir le droit interne. Le principe de proportionnalité européen est défini comme « principe dégagé par la Cour de justice européenne qui limite l'intervention des autorités communautaires et celle des États membres en leur imposant de mettre en œuvre des moyens appropriés à l'objectif à atteindre »⁵. Cette définition fait apparaître que le principe de proportionnalité doit être respecté tant par les autorités communautaires que par les États membres. Si une définition unique a été retenue du principe de proportionnalité, ce principe remplit en réalité une double fonction. Il permet d'une part, un contrôle de l'action européenne dans l'exercice des compétences européennes⁶ et d'autre part, un contrôle de l'action des États membres lorsque les Traités les autorisent à déroger aux principes de règles européennes⁷. Dans l'autre Europe, celle des droits de l'homme, nul n'ignore que l'outil de la proportionnalité est massivement utilisé par la Cour européenne des droits de l'Homme⁸. Cette

⁴ Expression citée par : G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges Waline*, 1974, p. 298.

⁵ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018., v^o proportionnalité.

⁶ Sur ce contrôle : J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, 2^e éd., PUF, 2011, p. 487 et s., n^o 663 et s.

⁷ Sur ce contrôle : J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *op. cit.*, p. 188 et s., n^o 250 et s.

⁸ Sur la jurisprudence de la CEDH : M. De Salvia, *Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme. Vol. 1 Jurisprudence 1960 à 2002*, éd. N. P. Engel Kehl Strasbourg Arlington. Va. 2003 ; J.-P. Marhuénaud, *CEDH et droit privé. L'influence de la*

dernière utilise la proportionnalité pour limiter la marge de manœuvre des États dans l'atteinte portée aux droits fondamentaux⁹. À l'exception des droits absolus¹⁰, les droits consacrés par la Convention peuvent être limités par les États, mais à condition que la mesure, justifiée par un but légitime poursuivi, soit proportionnée à cet objectif¹¹. Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme est réalisé soit *in abstracto* soit *in concreto* : « dans le premier cas, il s'agit de déterminer si l'éventuelle ingérence que réalise la règle de droit en cause constitue, en soi, un moyen proportionné ("nécessaire dans une société démocratique") pour parvenir au but qu'elle poursuit. Dans le second, il convient de tenir compte des circonstances de l'espèce et notamment de la situation propre au justiciable concerné pour évaluer si l'ingérence réalisée était justifiée »¹². En somme, l'outil de la proportionnalité est omniprésent en droit européen.

4. **Contrôle de proportionnalité.** L'observation du droit européen permet d'affirmer que la proportionnalité permet une pesée des intérêts en présence. Par le biais du fameux contrôle de proportionnalité, la Cour européenne des droits de l'Homme met en balance l'atteinte portée à un droit ou une liberté protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales d'une part et l'intérêt général poursuivi par la loi qui y porte atteinte d'autre part. Cette méthode a considérablement influencé nos juridictions. Ainsi, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont recours à la proportionnalité qui leur permet de réaliser une pesée des intérêts en présence. Le Conseil constitutionnel est chargé d'identifier les atteintes qui peuvent être portées aux libertés protégées par la Constitution¹³. Il lui appartient précisément d'évaluer dans quelle mesure l'atteinte à la Constitution est tolérable¹⁴. Par ailleurs, la proportionnalité des mesures prises par les représentants de l'État est

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, La documentation Française, 2001 ; Y. Lécuyer, *Mémento de la jurisprudence de la CEDH*, Hachette supérieur 2012.

⁹ Sur le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH : F. Chénéde, « Petite leçon de "réalisme juridique" », *D.* 2017 p. 663. L'auteur explicite la nature du contrôle opéré par la CEDH. Il affirme que le contrôle de proportionnalité opéré par cette cour consiste en une « simple pesée en opportunité des intérêts en présence ». Selon lui, ce contrôle met en avant la « singularité de la justice rendue au nom des droits et libertés fondamentaux ».

¹⁰ C'est-à-dire des droits auxquels il n'est pas possible de déroger, tels que la prohibition de la torture.

¹¹ La CEDH a par exemple précisé que l'article 14 de la CESDH portant interdiction de la discrimination était violé même si la mesure en cause visait un but légitime, « lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » : CEDH, Aff. Linguistique belge, Fond, p. 34, § 10. Dans le même sens : Abdulaziz Cabales et Balkandali, 72 ; Lightgow et al., 177 ; Inze, 41 ; Cour EDH, McMichael, 97.

¹² F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2019, p. 75, n° 67.

¹³ Les libertés sont essentiellement protégées par la DDHC, laquelle fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité. La DDHC sert de norme de référence au contrôle des lois depuis la décision du 27 décembre 1973, GDCC, 5^e éd., n° 21. v. L. Favoreu, *La constitution et son juge*, Economica, 2014, p. 569 et 570.

¹⁴ P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, LGDJ, 12^e éd., 2018-2019, p. 339, n° 504 et s. Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel prend la forme d'un « triple test de la proportionnalité ». Selon ce triple test, une mesure n'est proportionnée que si elle est d'abord adaptée à l'objectif d'intérêt général poursuivi en ce sens qu'elle permet d'atteindre ce but ; si elle est ensuite nécessaire en ce que le but fixé ne pouvait être atteint par une mesure moins

appréciée par le juge administratif. En droit public, la proportionnalité est un instrument de contrôle du pouvoir administratif et, par suite, un instrument de protection des libertés individuelles des particuliers¹⁵. Enfin, la proportionnalité sert également d'outil de pesée des intérêts en droit privé. En effet, la Cour de cassation a désormais recours à l'outil de la proportionnalité pour mettre en balance les intérêts contradictoires des parties¹⁶, et pour décider de l'inapplicabilité d'une règle en raison de l'atteinte disproportionnée qu'elle porte aux droits fondamentaux¹⁷ ou encore pour écarter l'application de la loi en raison de ses conséquences disproportionnées pour l'espèce en cause¹⁸. Ainsi, la proportionnalité est employée dans toutes les branches du droit pour mettre en balance les intérêts en présence.

5. **Proportionnalité et équité.** Malgré cet attrait très récent des plus Hautes juridictions pour la proportionnalité, il ne faut pas perdre de vue que cette fonction correctrice est remplie de longue date par la notion d'équité¹⁹. La proportionnalité s'apparente à l'équité lorsqu'elle permet

attentatoire à la liberté ; si elle est enfin proportionnée au sens strict c'est-à-dire que les effets négatifs de la mesure ne dépassent pas ses effets bénéfiques. Cette conception du contrôle de proportionnalité n'est pas propre au droit français, mais elle a été adoptée par le Conseil constitutionnel, puis par le Conseil d'État. Cette conception issue du droit allemand et utilisée par le droit de l'Union européenne a été adoptée par le Conseil constitutionnel pour la première fois dans sa décision n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 ; Rec. 89, *GDCC*, n° 36 et par le Conseil d'État : décision d'assemblée du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autre* ; *AJDA* 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Dr. adm.* 2012, n° 1, p. 29, note V. Tchen.

¹⁵ La proportionnalité permet, tout particulièrement, de limiter l'action de la police. Le juge administratif « vérifie que les autorités de police générale n'ont imposé aux citoyens que les mesures strictement proportionnées, en fonction des avantages qu'en retire l'ordre public et des inconvénients qui en résultent pour les libertés publiques » : P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, LGDJ, 12^e éd., 2018-2019, p. 338 et s., n° 504 et s.

¹⁶ Le contrôle de la proportionnalité dans le cadre des rapports interindividuels permet à la Cour de cassation d'arbitrer directement entre l'exercice de deux droits fondamentaux. Pour exemple, la proportionnalité permet de concilier la liberté d'expression des uns et le droit au respect de la vie privée des autres. Sur l'utilisation du contrôle de proportionnalité pour concilier ces intérêts : J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 05 mars 2009, n° 46, p. 113.

¹⁷ Les juges du fond écartent parfois les dispositions du contrat en raison de l'atteinte disproportionnée qu'elles porteraient aux droits et libertés de l'un des cocontractants. La Cour de cassation contrôle alors que les juges du fond ont bien vérifié que l'atteinte portée aux droits et libertés d'un cocontractant est disproportionnée par rapport au but poursuivi. Pour exemple, a été cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant écarté l'application d'une clause du contrat portant atteinte au droit d'un avocat de changer de mode d'exercice de son activité : CA Paris, 25 sept. 2013, RG : 11/01505. La Cour de cassation admet que la clause litigieuse portait atteinte à la liberté de l'avocat de choisir le mode d'exercice de son activité, mais elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir cherché si la stipulation était proportionnée aux intérêts légitimes de la société : Cass., 1^e civ., 16 avr. 2015, Bull. 2015, I, n° 94 ; *Gaz. Pal.* 7 mai 2015, n° 127, p. 25, note C. Berlaud ; *BJS* juin 2015, n° 6, p. 292, J.-F. Barbiéri.

¹⁸ Le contrôle de proportionnalité permet d'écarter une loi interne lorsqu'elle est inadaptée aux circonstances d'espèce. Pour qualifier ce contrôle, le Premier président et le Procureur général de la Cour de cassation parlent de « nouveau légalisme ». v. B. Louvel, « Allocution à la Cour de cassation », *JCP* 2016, suppl. au n° 1-2, p. 5. Sur ce contrôle de la Cour de cassation : S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278 ; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 ; J.-P. Chazal, « Raisonnement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p. 417 ; F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

¹⁹ Sur le rapprochement de la proportionnalité et de l'équité v. notamment : F. Chénéde, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179 ; F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2019, p. 76, n° 67 : « c'est l'équité

d'écarter une règle de droit en raison des conséquences inévitables de son application. La proportionnalité comme l'équité constituent ainsi des dispositifs correctifs. Elles neutralisent l'application générale de la règle lorsque celle-ci produit des conséquences injustes dans une espèce particulière. Il convient toutefois de se demander si cette fonction de la proportionnalité, proche de l'équité, correspond à la réalité de la proportionnalité en droit des sûretés.

6. **Spécificité de la proportionnalité des sûretés.** La proportionnalité des sûretés est-elle identique à celle à laquelle ont recours les juges lorsqu'ils opèrent une mise en balance des intérêts ? Bien que l'on retrouve cette fonction de modération des droits du créancier, la proportionnalité des sûretés recouvre un sens plus précis. Contrairement à la proportionnalité permettant d'évaluer l'atteinte à un droit fondamental ou de peser les intérêts en présence, la proportionnalité des sûretés implique une appréciation mathématique. Il ne s'agit pas de hiérarchiser deux droits fondamentaux, ou encore de mesurer la pertinence d'une mesure au regard de l'objectif poursuivi, mais de comparer objectivement deux valeurs économiques²⁰. Ainsi, la règle de la proportionnalité du cautionnement commande de comparer le montant de l'engagement souscrit par la caution avec ses capacités financières. Cet aspect chiffrable de la proportionnalité des sûretés devrait la rendre moins effrayante. On sait ainsi que le reproche majeur adressé au contrôle de proportionnalité est de ruiner la sécurité juridique, parce que la balance des intérêts est profondément une méthode subjective, qui dépend de son maniement par le juge. La proportionnalité des sûretés présente, à cet égard, une plus grande prévisibilité. Au reste, l'Histoire nous enseigne que la proportionnalité n'a jamais été totalement absente du droit des sûretés, même si cette aspiration s'est surtout développée en droit contemporain.
7. **Proportionnalité des sûretés et droit romain.** La notion de proportionnalité n'apparaissait pas textuellement en droit romain. Pourtant, diverses règles invitent à penser que les finalités poursuivies par la proportionnalité des sûretés étaient déjà des préoccupations de l'époque romaine. Le professeur Crocq a notamment mis en évidence dans sa thèse le fait que le droit romain tentait d'éviter l'épuisement de tout le crédit du débiteur²¹. Cette même finalité pourra

qui avance à peine masquée, revêtue des habits d'un droit européen des droits de l'homme qui procède à un contrôle des droits fondamentaux *in concreto*, en fonction des circonstances de chaque espèce ». Sur l'équité : Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, bibl. dr. privé t. 329, 2000.

²⁰ F. Chénéde, « Petite leçon de "réalisme juridique" », *D.* 2017 p. 663. L'auteur affirme qu'à l'inverse le contrôle de proportionnalité réalisé par la CEDH ne suppose aucune appréciation mathématique : « L'accent mathématique de la formule ne doit pas tromper. Ce contrôle de "proportionnalité" n'est rien d'autre qu'un contrôle d'opportunité ».

²¹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 248, 1995, p. 3, n° 2. Il précise que cette volonté de protéger le constituant a notamment entraîné le déclin de la *fiducia cum creditore* La *fiducia cum creditore* épuisait le crédit du constituant en ce qu'elle entraînait un transfert de propriété du bien grevé au profit

être poursuivie par la proportionnalité des sûretés entendue comme la proportionnalité des sûretés offertes au créancier par rapport au crédit garanti. Par ailleurs, en matière de cautionnement, la limite de la sûreté offerte au créancier par rapport au crédit garanti faisait l'objet d'une règle stricte. Ainsi, le cautionnement ne pouvait dépasser la dette garantie²². Toutefois, les avis des auteurs sont partagés concernant cette règle. Si un auteur y voit une mesure de protection des cautions²³, selon Pothier les juristes romains estimaient qu'un cautionnement supérieur à la dette garantie devait être annulé en ce qu'il « pêche dans sa forme essentielle de cautionnement »²⁴. Enfin, la loi Ciceria imposait au créancier recevant l'engagement d'une caution de faire une déclaration indiquant les cautionnements qu'il avait préalablement reçus pour la dette en cause²⁵. Bien qu'elle n'apparaisse pas contraignante, cette déclaration a pu permettre de modérer les créanciers dans leur prise de cautionnement et s'inscrit donc dans le courant des règles qui encouragent la prise de sûretés proportionnées par rapport au crédit garanti. Ainsi en droit romain, le recours à la proportionnalité semble exister. Il est cependant diffus, dans la mesure où la proportionnalité n'apparaît pas explicitement dans les règles posées.

8. **Proportionnalité des sûretés et Code civil.** Des règles incitant à la proportionnalité existaient en droit romain sans que cet outil ne soit précisément nommé. Le même constat peut être fait à l'heure de l'adoption du Code civil des français. Néanmoins, le recours à la proportionnalité des sûretés y apparaît de manière plus précise. En effet, depuis l'adoption du Code civil en 1804, deux articles sanctionnent l'excès dans la prise d'hypothèque²⁶. L'évolution par rapport

du créancier. En ce sens : *ibid, loc. cit.* : « Le déclin de la fiducia cum creditore tient à deux [...] inconvénients de la fiducia qui n'existent pas dans le cas du gage et de l'hypothèque : le risque d'une aliénation du bien par le créancier, manquant ainsi à sa fides, et le fait que la fiducia épuise en une fois tout le crédit qu'un bien peut procurer ».

²² Les contrats de *sponsio* et de *fidepromissio* donnés pour des montants excessifs n'étaient pas réductibles mais nuls pour le tout. cf. F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998, bibl. dr. privé, t. 294, p. 26, n° 28.

²³ F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998, bibl. dr. privé t. 294, p. 26, n° 28.

²⁴ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, p. 178, n° 375 corollaire IV de la définition du cautionnement.

²⁵ Sur cette loi : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 64, n° 63. Qui précise notamment que la date exacte de cette loi n'est pas connue de manière certaine mais qu'elle est généralement attribuée au dictateur Cornelius Sylla (138-78 avant JC).

²⁶ Ces règles étaient instaurées aux articles 2161 et 2162. Elles sont aujourd'hui prévues aux articles 2444 et 2445 du Code civil. Art. 2444 c. civ. : « Lorsque les inscriptions prises en vertu des articles 2401 et 2412 sont excessives, le débiteur peut demander leur réduction en se conformant aux règles de compétence établies dans l'article 2442. Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ». Art. 2445 al. 1 c. civ. « Peuvent aussi être réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention ».

au droit romain est nette, dès lors que l'objet de ces règles est de sanctionner l'excès alors que la finalité des règles romaines rappelant la notion de proportionnalité n'était pas toujours clairement définie. Toutefois, ces règles ont un champ d'application limité. Le premier de ces articles permet la réduction des inscriptions d'hypothèques légales qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'une partie d'entre eux permettrait de garantir suffisamment la créance. Le second ne concerne que les hypothèques garantissant des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont l'évaluation a été faite par le créancier seul. Ainsi, la possibilité de réduire les hypothèques disproportionnées par rapport au crédit consenti ne concerne qu'une partie des hypothèques. En outre, lors de l'adoption du Code civil, les autres sûretés ne faisaient l'objet d'aucune possibilité de réduction en raison de leur caractère disproportionné. Il apparaît que la notion de proportionnalité des sûretés était ainsi largement ignorée par le Code civil.

9. **Proportionnalité des sûretés et Code des procédures civiles d'exécution.** La proportionnalité des sûretés a gagné du terrain à une époque relativement récente. L'article 259 du décret du 31 juillet 1992 réformant les procédures civiles d'exécution a instauré une règle permettant au juge de réduire les sûretés judiciaires disproportionnées par rapport au crédit garanti²⁷. Cette règle est aujourd'hui inscrite à l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution.
10. **Proportionnalité des sûretés et Code de la consommation.** De manière plus spectaculaire, la proportionnalité s'est introduite en matière de cautionnement. La proportionnalité du cautionnement s'entend de l'adéquation du montant du cautionnement par rapport aux facultés de paiement de la caution. Le premier texte prévoyant une telle règle a été instauré par l'article 7-4 de la loi du 31 décembre 1989. Il est aujourd'hui consacré à l'article L. 313-10 du Code de la consommation²⁸. Le champ d'application initial de la règle de proportionnalité était très

²⁷ Art. 259 décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution aujourd'hui codifié à l'art. R. 532-9 c. proc. d'exéc. : « Lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties, le débiteur peut faire limiter par le juge les effets de la sûreté provisoire s'il justifie que les biens demeurant grevés ont une valeur double du montant de ces sommes ».

²⁸ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. Art. L. 313-10 c. consom. actuel : « Un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

restreint. La règle n'était applicable qu'aux cautionnements souscrits par des personnes physiques envers des établissements de crédit²⁹. Bien que le champ d'application de cette règle ait été élargi par la suite, c'est l'adoption d'un nouveau texte en 2003 qui a généralisé la règle de proportionnalité à l'ensemble des cautionnements souscrits par des personnes physiques envers tout créancier professionnel³⁰. Par ailleurs, entre l'adoption de la première règle de proportionnalité en 1989 et sa généralisation en 2003, la Cour de cassation a entrepris en 1997 de sanctionner la prise d'un cautionnement disproportionné par rapport aux facultés de paiement de la caution par l'engagement de la responsabilité du créancier³¹. Ainsi, la même finalité est poursuivie à la fois sur un fondement jurisprudentiel et par deux textes du Code de la consommation. Cette règle couvre la majorité des cautionnements mais elle est restée cantonnée à cette seule sûreté. Cette règle de proportionnalité du cautionnement est bien plus utilisée que la règle de proportionnalité des hypothèques et des sûretés judiciaires³². Elle met en exergue la notion de proportionnalité en matière de sûretés.

11. **Proportionnalité des sûretés et Code du commerce.** Ces règles propres à certaines sûretés ont été rejointes en 2005 par une disposition du droit des procédures collectives, l'article L. 650-1 du Code de commerce, envisageant la proportionnalité de l'ensemble des sûretés et garanties prises par un créancier par rapport au crédit garanti³³. Toutefois, ce texte ne peut être perçu comme consacrant une règle générale de proportionnalité des sûretés, dès lors qu'il s'inscrit dans la volonté de limiter la responsabilité des établissements de crédit pour soutien abusif. Il n'en demeure pas moins qu'une disposition législative envisage désormais la

²⁹ Art. 7-4 Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 : « Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

³⁰ Le texte initial a évolué, il permet aujourd'hui de protéger les cautions personnes physiques engagées envers « un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ». Le texte adopté en 2003 se trouve aujourd'hui à l'art. L. 332-1 c. consom. : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

³¹ Arrêt Macron : Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, n° 95-14105 ; *D.* 1998, jur., 208, note J. Casey ; *JCP éd. E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Défrenois* 1997, 1424, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac.

³² v.V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 211, n° 275 : « le contentieux relatif à l'appréciation de la disproportion du cautionnement lors de sa conclusion est (sur)abondant ».

³³ Art. L. 650-1 c. com. al. 1 « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

proportionnalité entendue comme l'adéquation de l'ensemble des sûretés consenties à un créancier par rapport au crédit garanti.

12. **Progression récente de la proportionnalité des sûretés.** L'évolution de la notion de proportionnalité postérieure à l'adoption du Code civil est visible. La proportionnalité prend de l'ampleur par le biais de règles éparses comprises dans différents codes. Bien qu'elle ne fasse l'objet d'aucun principe, la progression de cette notion est néanmoins remarquable. En dehors des règles de proportionnalité des hypothèques qui étaient inscrites dans le Code civil dès 1804, les différentes règles de proportionnalité des sûretés sont apparues à la fin du XX^e et au début du XXI^e siècle. Ce constat peut être aisément expliqué. Ces différentes règles s'inscrivent dans une politique contemporaine de lutte contre l'insolvabilité d'une part³⁴, et de prise en compte

³⁴ Le terme d'insolvabilité est retenu comme terme générique permettant de recouvrir tant le surendettement des particuliers que la cessation des paiements des professionnels. Ce terme est aujourd'hui retenu en droit européen : les procédures d'insolvabilité ont fait l'objet d'une directive récente relative « aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes ». Cette directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 apporte des modifications à la précédente directive (UE) 2017/1132 dite « directive sur la restructuration et l'insolvabilité ». Le terme d'insolvabilité est suffisamment neutre pour désigner la situation dans laquelle une personne, quelle que soit sa qualité, a un patrimoine déficitaire. Ce terme peut être employé pour désigner la situation d'un particulier bien que les procédures de traitement du surendettement ne soient pas soumises au règlement européen sur l'insolvabilité : Cass. 2^e civ., 17 mars 2016, n° 14-26868, *Actualité proc. coll.*, 2016, n° 8, p. 3, note V. Legrand, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, p. 15, note S. Gjidara-Decaix, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 6, n° 174, p. 41, note M. Menjucq. Sur ces deux notions : la protection des professionnels est organisée au sein du livre VI du Code de commerce et la protection des particuliers au sein du livre VII du Code de la consommation. Sur le droit des entreprises en difficulté : P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10^e éd., 2019/2020 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 11^e éd., 2018 ; A. Lienhard, *Procédures collectives*, 7^e éd. 2017/2018 ; Ph. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, 9^e éd., 2017 ; A. Jacquemont, N. Borga, T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficultés*, 11^e éd., LexisNexis, 2019 ; J.-L. Vallens, Lamy Droit commercial (Entreprises en difficulté), éd. Lamy, 2014, n° 4703. Sur le droit du surendettement des particuliers : D. Khayat, *Le droit du surendettement des particuliers*, LGDJ, 1997 ; R.-M. Gelpi et F. Julien-Labruyere, *Histoire du crédit à la consommation, doctrines et pratiques*, La Découverte, Paris 1994 ; X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, éd. Joly, 2003 ; B. Oppetit, « L'endettement et le droit », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295 ; P. Julien, « A propos du surendettement des particuliers et des familles », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991. Pour une définition du droit du surendettement des particuliers : V. Vigneau, G.-X. Bourin et C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012, p. 18, n° 24.

des intérêts des contractants en position de faiblesse d'autre part³⁵. Ces objectifs justifient que des atteintes soient portées au principe de la force obligatoire du contrat³⁶.

13. **Intérêt de la doctrine pour la proportionnalité des sûretés.** Cette expansion de la notion de proportionnalité des sûretés a attisé l'intérêt de la doctrine. De nombreux articles lui ont été consacrés³⁷. Certains auteurs sont sensibles à l'objectif de la lutte contre le gaspillage du crédit. En ce sens, des auteurs ont affirmé qu'une sûreté idéale devrait être « adaptée à la dette qu'elle garantit [...] afin d'éviter l'abus de sûretés qui gaspille le crédit du débiteur »³⁸. Toutefois, en matière de cautionnement c'est le scepticisme qui règne en raison du régime de la règle

³⁵ Sur la prise en compte des intérêts des contractants en position de faiblesse : le législateur de 2016 a inséré dans le Code civil une définition de la notion de contrat d'adhésion. Il est désormais permis de réserver un sort plus favorable aux contractants qui ne sont pas en mesure de négocier les clauses de leur contrat. v. la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui a instauré l'art. 1110 al. 2 c. civ. « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Une autre innovation de la réforme de 2016 participe également à la protection des contractants en position de faiblesse : la reconnaissance de l'imprévision. En effet, se trouve en position de faiblesse le contractant qui en raison d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ne peut plus honorer ses obligations contractuelles. L'art. 1195 c. civ. dispose que : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

³⁶ Sur la force obligatoire des contrats : H. Juillet-Regis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015 ; B. Guiderdoni, *Le forçage du contrat par le juge*, thèse Caen, 2002 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg, 1997 ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil » *D.* 2002, p. 901 ; R. Cabrillac, « Force obligatoire », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 596 et s.

³⁷ v. notamment : P. Crocq, « Sûreté et proportionnalité », in *Étude offerte au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291 et s. ; D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA*, 30 sept. 1998, n° 117, p. 38 s. ; S. Pesenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA* 11 mars 2004, p. 12 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garantie », *Banque et Dr.* 3-4/2000. 4 ; S. Piédelièvre, « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Deffrénois* 2000. 737 ; J. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010. Chron. 335 ; De Laender, « L'exigence de proportionnalité », *RD banc. fin.* 2003. 259 ; Ch. Gamaleu Kameni, « Les garanties excessives octroyées par un débiteur placé en procédure collective », *RLDA* 1995, 1er juill. 2014 ; G. Piette, « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du code de commerce », *RLDC* 2006, n° 28.

³⁸ L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd., 2018, p. 8, n° 8 « Sûreté idéale. – une sûreté idéale devrait avoir quatre qualités ; elle devrait être : - d'une constitution simple et peu onéreuse, pour ne pas augmenter le coût du crédit ; - adaptée à la dette qu'elle garantit – ni trop ni pas assez – afin d'éviter l'abus de sûretés qui gaspille le crédit du débiteur ; - efficace, c'est-à-dire donner au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne s'exécute pas ; - d'une réalisation simple afin d'éviter les lenteurs et les frais inutiles. Aucune sûreté ne réunit, en droit français, ces quatre caractères. Aucune sûreté ne les a eus dans le passé. Selon les époques, certaines sûretés s'approchent de l'idéal comme le montre leur évolution ». Dans le même sens : P. Bouteiller, *Le cautionnement, Aspects généraux et pratiques bancaires*, préf. B. Bouloc, éd. de l'épargne, Paris 1986, p. 8. L'auteur affirme qu'une sûreté efficace doit présenter trois caractéristiques : 1 « représenter réellement un droit sur le patrimoine du garant et non un recours chimérique dès l'origine », 2 « être mesurée par rapport au degré du risque concouru », 3 « être constituée à un moindre coût compte tenu de l'opération garantie ».

instaurée par la loi du 1^{er} août 2003³⁹. Au regard de l'expansion des règles de proportionnalité des sûretés, la question de l'existence d'un principe de proportionnalité a été posée par certaines études⁴⁰. Pourtant, aucune thèse n'a envisagé spécifiquement la proportionnalité en cette matière⁴¹. La question reste aujourd'hui entière. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité qu'un principe de proportionnalité existe dans un domaine voisin du droit des sûretés : le droit des voies d'exécution.

14. **Domaine voisin : proportionnalité des voies d'exécution.** Le droit des voies d'exécution prévoit un principe de liberté de choix du créancier dans les mesures à mettre en œuvre pour obtenir l'exécution de son obligation. Ce principe est immédiatement tempéré par un autre : celui de la proportionnalité des voies d'exécution⁴². Ces deux principes sont prévus ensemble à l'article L. 111-7 du Code des procédures civiles d'exécution⁴³. En application du principe de proportionnalité, le créancier ne peut user que de voies d'exécution proportionnées à la créance à recouvrer. Cette règle de proportionnalité est particulièrement utile, en ce qu'elle permet de modérer les pouvoirs des créanciers dans la mise en œuvre du recours à la force publique. La proximité du droit des voies d'exécution avec le droit des sûretés, - l'un permettant de réaliser les garanties prévues par l'autre-, invite à penser qu'un principe de proportionnalité des sûretés pourrait utilement compléter celui qui a cours au stade de l'exécution forcée⁴⁴. En effet au stade de la naissance de la dette, le candidat au crédit se trouve dans une situation de besoin à l'égard

³⁹ La majorité des critiques relative à la règle de proportionnalité porte sur la sanction retenue par le législateur de 2003. v. notamment : P. Crocq, « A cautionnement disproportionné, sanction disproportionnée, du moins selon la loi Dutreil ! », *RTD civ.* 2010, p. 593 ; L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, bib. de dr. privé, t. 366, 2002, p. 340 n° 491 : « l'anéantissement quelle que soit sa forme constitue une sanction excessive au déséquilibre du contrat » ; S. Piedelièvre, « La sanction du caractère disproportionné du cautionnement », *Gaz. Pal.* 2010, n° 231, p. 20.

⁴⁰ S. Pesenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA* 2004, n°51, p. 12 et s.

⁴¹ Alors même que la proportionnalité est l'objet de plusieurs thèses en dehors du droit des sûretés. La proportionnalité fait d'ailleurs l'objet de nombreuses études juridiques : un auteur dont les travaux de recherche portent sur la proportionnalité en droit constitutionnel démontre ainsi l'intérêt scientifique de la notion de proportionnalité lorsqu'il recense l'ensemble des thèses françaises consacrées à l'étude de la proportionnalité : J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, préf. J.-L. Debré et M. Verpeaux, LGDJ, bibl. constitutionnelle et de science politique, t. 146, 2015, p. 19 et 20, n° 37.

⁴² Sur ce principe de proportionnalité : v. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019, p. 219 et s., n° 169.

⁴³ Art. L. 111-7 c. proc. civ. d'exéc. : « Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ».

⁴⁴ Pour une explication de la proximité entre droit des sûretés et droit des voies d'exécution v. C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 40, n° 28 s. L'auteur retrace l'origine commune de ces deux matières découlant de l'*obligatio*. v. spéc. p. 42, n° 29 « quoique l'évolution vers deux institutions distinctes se soit faite assez rapidement, les indices de cette confusion originelle permettent d'éclairer la force des lignes existant entre sûretés et droit de l'exécution ».

du créancier, qui est à même de satisfaire ce besoin⁴⁵. Un rapport de force s'instaure donc nécessairement entre le créancier et le débiteur lorsqu'ils s'accordent quant aux modalités du crédit envisagé. C'est généralement à cet instant que des sûretés sont consenties par le débiteur au créancier, de sorte qu'il apparaîtrait pertinent de limiter le pouvoir du créancier de se faire consentir les sûretés de son choix. Ce contexte explique que l'étude de la proportionnalité soit particulièrement pertinente en droit des sûretés. Il est d'ailleurs intéressant de constater que dans d'autres pays, la proportionnalité est utilisée pour limiter la prise de sûretés.

15. **Proportionnalité des sûretés en Allemagne.** Comme le droit français, le droit allemand et le droit de l'espace OHADA recourent à la notion de proportionnalité pour limiter la prise de sûretés⁴⁶. En Allemagne, le principe de proportionnalité des sûretés repose entièrement sur l'alinéa 1 du § 138 du BGB relatif aux bonnes mœurs. Cet article a été retenu comme fondement d'une décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand en date du 19 octobre 1993 ayant dégagé un principe de proportionnalité du cautionnement⁴⁷. En vertu de ce principe, les cautionnements disproportionnés par rapport aux facultés des cautions sont annulés comme étant contraires aux bonnes mœurs⁴⁸. Il est à noter toutefois que ce principe ne protège que les cautions « dignes de protection au moment de la signature du contrat »⁴⁹ et à condition que le créancier ait connaissance de l'inexpérience de la caution ou qu'il n'ait pas cherché à la connaître. Néanmoins, la disproportion du cautionnement fait présumer la vulnérabilité de la caution. Ainsi, en droit allemand, la volonté de protéger les cautions en raison de leur situation de faiblesse par rapport au créancier apparaît de manière évidente. Les juges allemands sanctionnent également sur le fondement de l'alinéa 1 du § 138 du BGB relatif aux bonnes mœurs, la prise de sûretés disproportionnées par rapport au crédit garanti⁵⁰. Ainsi, la

⁴⁵ En ce sens C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 83, n° 59 qui affirme que « face au prêteur, le débiteur est dans l'attente de l'octroi de son prêt ; pour l'obtenir, on présume qu'il serait déterminé à céder à n'importe quelle requête de son créancier ».

⁴⁶ L'OHADA est l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Sont compris dans l'espace Ohada les pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Camroun, Centrafrique, Comores, Congo, Cote d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

⁴⁷ Bundesverfassungsgericht, BVerG 19 octobre 1993 (NJW 1994, 36) ; *RTD civ.* 1994, p. 449, *RTD civ.* 1995, p. 705 ; *RTD civ.* 1997 p. 277. Sur cette jurisprudence : P. Ancel, « Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien », *RDC* 2003, n° 1, p. 225.

⁴⁸ v. sur le contrôle de proportionnalité en droit allemand : J.-B. Belda, *Du discours sur l'office de la Cour de cassation. Contribution à l'analyse réaliste de la justice française*, Lextenso, éd. l'épitoque, coll. l'unité du droit, 2018, p. 302, n° 624 ; dans le système de Common law, *ibid.*, p. 302, n° 625 ; en droit européen, *ibid.*, p. 302 et s., n° 626 et s. ; sur le contrôle de proportionnalité de la Cour de cassation *ibid.*, p. 304 et s. n° 629 et s.

⁴⁹ La caution digne de protection s'entend de la caution « inexpérimentée et victime de pressions affectives ou psychologiques, notamment familiales » : v. F.-X. Licari, « Les principales sûretés personnelles du droit allemand », étude n° 520, *Lamy droit des sûretés*, juillet 2018, n° 520-17.

⁵⁰ Sur les principales applications du § 138 al. 1^{er} du BGB dont fait partie le contrôle de la proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti : C. Witz, *Droit privé allemand*, t. 1, Litec, 1992, n° 246 et s. ; M. Pédamon,

contravention aux bonnes mœurs sert de règle unique permettant de sanctionner divers aspects de la disproportion des sûretés.

16. **Proportionnalité des sûretés en droit OHADA.** Au sein de l'espace OHADA, la proportionnalité sert également à limiter l'étendue du cautionnement et celle des hypothèques judiciaires. Bien que l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés soit très inspiré du droit français, la règle de proportionnalité du cautionnement n'y apparaît pas textuellement⁵¹. L'article 15 alinéa 2 qui dispose que « la caution doit présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine » sert néanmoins de fondement légal au contrôle de proportionnalité⁵². En matière de sûretés réelles, l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés prévoit également la possibilité de réduire les hypothèques judiciaires. L'article 220 de cet acte dispose en effet que « lorsqu'il est justifié que la valeur des immeubles est double du montant des sommes inscrites, le débiteur peut faire limiter les effets de la première inscription sur les immeubles qu'il indique à cette fin ». Cette règle rappelle celle que connaît le droit français en matière d'hypothèque légale⁵³. Ainsi, les règles de proportionnalité des sûretés existent au-delà des frontières françaises et même au-delà des frontières européennes. On perçoit déjà, à travers cette approche comparative, les deux applications principales de la proportionnalité en droit des sûretés : éviter à la fois l'insolvabilité des garants et un gaspillage inutile du crédit.
17. **Apport de la thèse.** Ces exemples étrangers témoignent de l'intérêt du recours à la proportionnalité des sûretés. Reste à se demander ce que la présente thèse peut apporter à l'étude de cette notion. L'objectif de notre thèse est de démontrer qu'il existe un principe général de proportionnalité des sûretés qui dépasse les applications particulières existantes. Ainsi, il apparaît que l'essentiel des réflexions déjà menées sur la proportionnalité des sûretés portent

Le contrat en droit allemand, LGDJ, 2^e éd., 2004, n° 107 et s. spéc. n° 109 ; F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 219 et s.

⁵¹ L'influence du droit français résulte de ce que « l'OHADA a donné mandat à un groupe d'experts (universitaires et praticiens) animé par le professeur Pierre Crocq, à l'effet de proposer un projet de réforme en vue de moderniser l'Acte uniforme sur les sûretés » : R. Dooh Collins, O. Bustin, A. Boccovi, « Rapport général sur l'acte uniforme révisé OHADA portant sur l'organisation des sûretés », *LPA* 25 sept. 2015, n° 192. Sur l'acte uniforme OHADA du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés : H. D. Hamboulou et M. Ndende, *Le droit des sûretés dans l'espace OHADA*, l'Harmattan, 2014.

⁵² Un auteur propose que cette règle soit réservée aux cautions profanes : D. Pohé, « La caution profane en droit OHADA : le cautionnement à deux vitesses », *RLDA*, n° 114, 1^{er} avril 2016.

⁵³ Art. 2444 : « Lorsque les inscriptions prises en vertu des articles 2401 et 2412 sont excessives, le débiteur peut demander leur réduction en se conformant aux règles de compétence établies dans l'article 2442. Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ».

précisément sur la proportionnalité du cautionnement. Il ressort de la lecture de ces travaux qu'aucun auteur n'envisage de revenir sur la règle existante. La règle prévue à l'article L. 332-1 du Code de la consommation est néanmoins critiquée. Plusieurs améliorations sont proposées par la commission présidée par le professeur Grimaldi et se retrouvent au sein de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés⁵⁴. Nous formulerons également des propositions visant à l'amélioration de la règle de proportionnalité du cautionnement. Cet aspect de notre étude semble indispensable au regard de l'importance du contentieux relatif à la proportionnalité du cautionnement. Nous espérons que les différentes améliorations proposées permettront de clarifier la règle et de réduire le contentieux y étant rattaché. Les améliorations proposées seront pour partie identiques à celles de l'avant-projet de réforme. Notre étude se démarquera néanmoins des propositions d'ores et déjà formulées par la proposition d'une extension de la règle à d'autres sûretés que le cautionnement. Des auteurs ont envisagé que la règle de proportionnalité puisse bénéficier au garant autonome⁵⁵. Il nous semble possible d'aller encore au-delà en proposant un principe de proportionnalité des sûretés pour autrui. Une telle extension permettrait que le régime de protection proposé aux cautions bénéficie à tous ceux qui, comme elles, s'engagent pour garantir la dette d'autrui et risquent d'importantes pertes financières ou patrimoniales. Ainsi, l'amélioration de la règle existante n'est qu'une première étape pour renforcer le socle sur lequel s'appuiera son extension. Enfin, si l'essentiel des réflexions relatives à la proportionnalité des sûretés concernent la proportionnalité du cautionnement, une

⁵⁴ L'article 2301 proposé par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés dispose que : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ». Ce texte apparaît innovant en ce qu'il propose que la règle de proportionnalité du cautionnement soit inscrite dans le Code civil et non plus au sein du Code de la consommation. Il propose par ailleurs une modification du champ d'application de la règle dès lors qu'en vertu de la proposition formulée, toutes les cautions personnes physiques devraient être protégées quelle que soit la qualité du créancier bénéficiant du cautionnement. Enfin, la sanction de la disproportion consistant aujourd'hui en une déchéance des droits du créancier serait remplacée par la réduction du cautionnement disproportionné.

⁵⁵ Plusieurs auteurs sont favorables à la protection des garants autonomes par l'extension des règles applicables au cautionnement : N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, 2009, nouv. bibl. de thèses vol. 82, n° 363 ; J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ bibl. dr. privé, t. 539, 2012, n° 131 et s. ; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 36 ; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 456, 2006 ; L. Andreu, « La simplification du droit des sûretés », in D. Bert, M. Chagny, A. Constantin (dir.), *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 187, spéc. n° 18. Concernant spécifiquement la règle de proportionnalité du cautionnement, un auteur se positionne en faveur de son extension à l'ensemble des sûretés personnelles : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 398 n° 495 : « Les volontés individuelles sont impuissantes à combattre l'exigence de proportionnalité qui tend à s'imposer en droit positif : celle-ci est une règle du droit commun des sûretés personnelles qui leur échappe et doit s'appliquer tant aux sûretés personnelles inconnues qu'à celles qui, bien que procédant d'une influence de la volonté sur les qualifications, n'auront pas été requalifiées en cautionnement ».

partie résiduelle des études a pour objet la proportionnalité des sûretés bénéficiant au créancier par rapport au crédit qu'il a consenti. Les auteurs qui ont abordé ce thème ne sont pas favorables à l'extension des règles existantes⁵⁶. Nous pensons pourtant pouvoir proposer une règle de proportionnalité qui permettrait d'éviter le gaspillage des ressources, ce qui implique d'y inclure les sûretés réelles.

18. **Méthode.** Pour parvenir à proposer d'une part une règle de proportionnalité garantissant la protection financière de tous les constituants de sûretés pour autrui et d'autre part une règle permettant de lutter contre le gaspillage de sûretés, il convient de procéder par étape. L'instauration d'un principe général de proportionnalité des sûretés ne se décrète pas : elle se construit en partant des dispositions déjà existantes, afin de vérifier si la finalité recherchée peut être étendue à d'autres sûretés. Le point de départ de la démarche sera nécessairement la proportionnalité du cautionnement. En matière de cautionnement, il conviendra, après avoir interrogé les fondements de la règle, d'observer les défauts du dispositif, afin d'en proposer une amélioration. Cette amélioration nous semble indispensable pour pouvoir, dans un second temps, étendre la règle et l'adapter aux autres formes de sûretés pour autrui. Concernant la règle de proportionnalité visant à lutter contre le gaspillage du crédit, il faudra s'inspirer des règles existantes permettant une adéquation des sûretés prises par rapport au crédit consenti. Ces règles inspireront la proposition d'une disposition générale. Cette démarche conduira à démontrer que les deux règles de proportionnalité envisagées permettraient de lutter à la fois contre l'insolvabilité des garants et contre le gaspillage du crédit des constituants et d'imposer dans les deux cas au créancier d'adopter un comportement mesuré. Le principe de proportionnalité a-t-il vocation à irradier l'ensemble du droit des sûretés ?
19. **Deux aspects de la limitation des pouvoirs du créancier.** Le recours à la proportionnalité en droit des sûretés permet toujours de limiter les pouvoirs du créancier. Le créancier serait tenu

⁵⁶ Plusieurs auteurs affirment qu'il est bon que la sûreté porte sur un bien d'une valeur supérieure au montant de la créance : Ph. Dupichot, thèse *op. cit.*, p. 513, n° 673 : l'auteur affirme que la différence de valeur entre le bien grevé de sûreté et le montant de la créance garantie se justifie d'une part par l'éventuelle évolution de l'endettement du débiteur envers le créancier et d'autre part par la possible dévaluation du bien ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019, p. 224, n° 172 : « au moment de la conclusion de la sûreté, une éventuelle disproportion entre le montant de la créance et la valeur du bien est, non seulement communément admise, mais elle représente surtout un gage d'efficacité de la sûreté réelle » ; P. Crocq « sûretés et proportionnalité », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, n° 16, p. 298 : l'auteur considère que la possibilité de prendre des sûretés plus importantes que le montant de la créance est légitimé par la nécessité d'anticiper les difficultés potentielles liées à leur réalisation ; D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA* 30 sept. 1998, n°117, p. 38 : qui justifie le fait que la valeur du bien remis en sûreté puisse être supérieure au montant de la créance garantie par le principe de l'indivisibilité des sûretés réelles.

d'adopter un comportement mesuré⁵⁷. Il serait invité à prendre en compte les intérêts de ses cocontractants, qu'il s'agisse du débiteur ou de tiers. Au-delà de cet aspect commun, les deux règles de proportionnalité des sûretés envisagées poursuivent deux finalités distinctes⁵⁸. La proportionnalité envisagée entre les sûretés pour autrui et les capacités financières des garants corrige les risques inhérents à ces sûretés. La finalité de cette règle de proportionnalité est d'éviter que les garants se trouvent en situation d'insolvabilité en raison de l'engagement qu'ils ont pris dans le but de favoriser la situation du débiteur. La proportionnalité envisagée entre les sûretés prises et la créance garantie permet quant à elle d'éviter le gaspillage du crédit du constituant.

20. **Lutte contre l'insolvabilité**⁵⁹. La règle de proportionnalité des sûretés pour autrui permettrait tout d'abord de protéger les garants qui souscrivent un engagement dangereux. Cet engagement est particulièrement dangereux, en ce que les garants s'engagent de manière unilatérale envers le créancier. Il en résulte que l'exécution de leur obligation perturbe nécessairement leur équilibre patrimonial. Il est vrai que les garants qui exécutent leur obligation disposent d'un recours contre le débiteur. Néanmoins, ce recours est parfois illusoire, de sorte que l'existence d'un tel recours est insuffisante pour affirmer que les garants ne prennent pas de risque particulier. Ainsi, les sûretés consenties pour autrui sont des contrats propices à l'apparition d'une situation d'insolvabilité du garant⁶⁰. Ce constat invite à protéger le patrimoine des constituants de sûretés pour autrui. En outre, le caractère fondamentalement déséquilibré des contrats instituant des sûretés pour autrui rend particulièrement contestable l'insolvabilité résultant de l'engagement des garants.
21. **Complément au traitement de l'insolvabilité**. Une telle protection est d'autant plus pressante que le législateur tente de traiter l'insolvabilité des particuliers et des professionnels⁶¹. L'instauration de règles permettant d'éviter l'insolvabilité des garants complèterait de manière

⁵⁷ La proportionnalité est appréciée de manière objective de sorte que les règles de proportionnalité existantes ne permettent pas de repérer les comportements abusifs adoptés par les créanciers, mais de sanctionner objectivement la prise de sûretés démesurées. v. sur ces deux aspects pouvant être recouverts par la proportionnalité : C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 219 et 220, n° 169.

⁵⁸ S. Pesenti, *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur distingue la proportionnalité « interne » de la proportionnalité « externe ».

⁵⁹ Le terme d'insolvabilité est retenu comme terme générique permettant de recouvrir tant le surendettement des particuliers que la cessation des paiements des professionnels. v. note n° 33.

⁶⁰ Un auteur fait remarquer en ce sens que « le cautionnement est envisagé dorénavant comme une source d'exclusion potentielle en raison du risque qu'il fait courir au patrimoine de la caution » : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2005, p. 149, n° 165.

⁶¹ Le terme d'insolvabilité regroupe la cessation des paiements des professionnels et le surendettement des particuliers : v. *supra*.

cohérente la mise en place de procédures permettant de traiter les situations d'insolvabilité⁶². En effet, la règle de proportionnalité permet d'intervenir en amont pour éviter l'apparition de l'insolvabilité et complète le droit du surendettement ou des procédures collectives qui interviennent une fois que les difficultés financières du débiteur sont caractérisées⁶³. Ainsi, il nous faudra montrer que la protection des garants contre l'insolvabilité par la proportionnalité des sûretés est nécessaire. Doit également être justifiée la seconde finalité poursuivie par les règles de proportionnalité existantes en droit des sûretés.

22. **Lutte contre le gaspillage des sûretés.** La seconde branche des règles faisant intervenir l'outil de la proportionnalité en droit des sûretés vise à préserver le crédit des constituants de sûretés. La prise de sûretés disproportionnées est une réalité. Pour l'expliquer, un auteur affirme que « le développement du crédit aux particuliers, la crise économique et l'augmentation du nombre de créances impayées ont amené les créanciers à exiger de leur débiteur non plus une, mais plusieurs sûretés, si possible de nature différentes »⁶⁴. Il apparaît dès lors intéressant d'instaurer une règle générale de proportionnalité entre les sûretés consenties et le crédit garanti. L'instauration d'une telle règle permettrait de lutter contre le gaspillage du crédit du constituant de sûretés. Les constituants bénéficieraient ainsi pleinement de leur capacité à offrir des sûretés. Par suite, la prise de sûretés proportionnées au crédit garanti faciliterait l'accès au crédit des constituants de sûretés. Dès lors qu'ils peuvent exploiter au maximum leur capacité à offrir des sûretés, les constituants peuvent recevoir davantage de crédits. Cette facilitation de l'accès au crédit est intéressante, dès lors qu'elle favorise d'une part la création et le développement

⁶² La lutte contre la cessation des paiements de professionnels et contre le surendettement des particuliers étant un enjeu majeur. Des dispositions en ce sens forment tout le livre VI du Code de commerce et le livre VII du Code de la consommation.

⁶³ Si les procédures de surendettement sont réservées aux particuliers en situation de surendettement, certaines procédures collectives sont ouvertes aux professionnels qui ne se trouvent pas encore en cessation des paiements. Tel est le cas de la procédure de conciliation et de la procédure de sauvegarde. Sur ces procédures : S. Saaied, *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, LGDJ, 2015 ; B. G. Bekale Ndoutoume, *La procédure de sauvegarde ou l'anticipation judiciaire du risque de défaillance des entreprises*, thèse Toulon, 2018 ; J. Elia, *La procédure de sauvegarde des entreprises : étude comparée de droit américain et français*, thèse, Saint Etienne, 2007 ; M. F. Kourouma, *Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde - Approche comparative droit français/droit OHADA*, thèse Toulon, 2018 ; S. T. S., Karfo, *Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, Toulouse, 2014 ; M.-C. Mariani-Riela, *Le règlement amiable des entreprises*, thèse Nice, 1991 ; N. Depoix-Robain, *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, thèse Paris, 1997 ; M. Labbé, *Le règlement amiable : loi du 1^{er} mars 1984*, thèse Paris, 1987 ; S. Bachlouch, *La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain*, thèse Paris, 2012 ; P. Rey, *De l'usage de la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, thèse Paris, 1993 ; E. Ossouma-Efame, *Le rôle de la cessation des paiements dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, thèse Toulon, 2015.

⁶⁴ S. Piedelièvre, *Droit des sûretés*, ellipses, cours magistral, 2^e éd., 2015, p. 24, n° 28.

d'entreprises, et d'autre part la consommation par les particuliers. En cela, la facilitation de l'accès au crédit est conforme à la volonté des différents gouvernements se succédant⁶⁵.

23. Dualité des finalités poursuivies. Ainsi, la proportionnalité des sûretés poursuit deux finalités distinctes. D'une part la protection des garants contre l'aggravation de leur passif et d'autre part la protection des actifs de tous les constituants de sûretés. Cette double finalité nous conduira à proposer deux définitions distinctes de la proportionnalité des sûretés. L'élaboration de deux définitions nous semble nécessaire, dans la mesure où la proportionnalité est une notion fonctionnelle.

24. Notion fonctionnelle. La proportionnalité en elle-même pourrait être conçue comme une notion conceptuelle, en ce qu'il s'agit d'une notion qui a une existence en dehors du droit. En cela, la notion de proportionnalité répond à la définition d'une notion conceptuelle selon laquelle « est [...] conceptuelle une notion qui se définit en elle-même et que donc l'on peut retrouver dans toutes les disciplines car elle est issue d'un langage général »⁶⁶. Toutefois, la frontière entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles n'est pas arrêtée de manière nette⁶⁷. Il est possible de considérer qu'en droit des sûretés, la notion de proportionnalité est intimement liée aux finalités poursuivies et par suite à la fonction remplie. Le terme « d'outil » employé pour désigner la proportionnalité démontre que sa raison d'être est de remplir une fonction. Il en résulte qu'en droit des sûretés, la proportionnalité répond à la définition de la notion fonctionnelle selon laquelle « apparaît comme fonctionnelle toute notion qui se définit par sa fonction »⁶⁸.

25. Définitions de la proportionnalité des sûretés. Dès lors que la proportionnalité des sûretés doit être définie par sa fonction et qu'elle assure deux fonctions, elle doit faire l'objet de deux définitions. La proportionnalité des sûretés pourra être définie d'une part, comme l'adéquation des sûretés par rapport aux facultés de paiement des garants et d'autre part, comme l'adéquation des sûretés offertes par le constituant par rapport au crédit consenti. Cette dualité de définitions

⁶⁵ v. notamment le programme électoral de Monsieur le président de la République E. Macron qui propose diverses mesures ayant pour but de « soutenir la création et la croissance de[s] entreprises [françaises] ». Et déjà avant lui, la volonté de favoriser le développement des PME notamment par le biais d'un soutien financier faisait l'objet du premier des « soixante engagements pour la France » pris par le candidat François Hollande.

⁶⁶ M.-T., Calais-Auloy, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA* 9 août 1999, n° 157, p. 4.

⁶⁷ En ce sens : « toute notion conceptuelle peut être transformée en notion fonctionnelle si on la saisit dans sa fonction juridique » : *ibid, loc. cit.*

⁶⁸ *Ibid, loc. cit.*

conduit à se demander s'il est possible d'envisager la consécration d'un principe général de proportionnalité des sûretés.

26. **Unité d'action.** Bien que distinctes, les deux finalités de la proportionnalité sont liées. Elles ont pour objet la protection d'un patrimoine, tantôt contre des sûretés nuisibles, tantôt contre des sûretés inutiles. La proportionnalité est donc un outil de protection. Cette finalité unique de protection permettra d'expliquer de nombreuses similitudes de régime entre les différentes règles de proportionnalité. La plus flagrante de ces similitudes réside dans le fait que la protection offerte aux constituants de sûretés suit un mode d'action unique. En effet, toutes les règles de proportionnalité en droit des sûretés invitent le créancier à la mesure. La liberté du créancier de se faire consentir des sûretés est limitée lorsqu'il lui est interdit de se faire consentir un cautionnement manifestement disproportionné par rapport aux facultés de paiement de la caution. De la même façon, sa liberté de se faire consentir des sûretés est limitée lorsqu'il lui est interdit de se faire consentir des sûretés manifestement disproportionnées à la créance garantie. Ainsi, quelle que soit la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés envisagée, cette règle a pour objet de limiter les pouvoirs du créancier. Précisément, les règles de proportionnalité limitent le pouvoir du créancier d'exiger les sûretés de son choix. Ainsi, les deux finalités des règles de proportionnalité sont poursuivies à travers un mode d'action commun.
27. **Un principe général.** Cette unité du mode d'action des deux règles de proportionnalité des sûretés conduit à envisager les deux règles de proportionnalité des sûretés comme deux faces d'un même principe général. Ces deux règles sont liées, dès lors qu'elles sont construites autour d'un outil commun : la proportionnalité, et ont un mode d'action commun : elles limitent le pouvoir du créancier d'exiger les sûretés de son choix. Le lien indéniable entre les deux règles de proportionnalité des sûretés permet d'envisager la découverte d'un principe général de proportionnalité en droit des sûretés. À cet égard, l'emploi du terme « principe » ne signifie pas que nous souhaitons que les règles de proportionnalité soutenues soient découvertes par la jurisprudence⁶⁹. Il semble au contraire que l'adoption des règles proposées par le législateur permettrait de poser des règles précises. Le législateur pourrait en effet préciser le régime des règles envisagées, là où le juge qui viserait un « principe de proportionnalité des sûretés »

⁶⁹ Sur les principes découverts par la Cour de cassation : M. De Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998, coll. du laboratoire de théorie juridique ; Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 331, « Le juriste ne les crée pas arbitrairement, mais il découvre sous les données des règles légales, l'existence d'une règle générale qui explique un certain nombre de dispositions particulières ».

laisserait les professionnels du droit et les justiciables dans le doute. La consécration légale des règles de proportionnalité semble plus appropriée que la découverte jurisprudentielle d'un vague principe de proportionnalité. Le terme de principe est utilisé en raison du caractère fédérateur de cette notion. Le principe de proportionnalité pourrait recouvrir à la fois une règle de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants et une règle de proportionnalité permettant de lutter contre le gaspillage du crédit du constituant, ces deux règles ayant en commun de limiter le pouvoir du créancier d'obtenir des sûretés par le recours à l'outil de la proportionnalité⁷⁰. Ainsi, la notion de principe permettrait de mettre en évidence la généralité de la règle envisagée⁷¹. Cet usage du terme principe ne peut apparaître comme erroné dès lors que l'expression « principe général » ne désigne aucun concept précis en droit privé français⁷².

28. **Plan.** Sous le bénéfice de ces observations, l'identification d'un principe général des sûretés suppose d'en approfondir les deux dimensions. Il convient ainsi d'envisager successivement la proportionnalité des sûretés et la lutte contre l'insolvabilité des garants (Partie 1) et la proportionnalité des sûretés et la préservation du crédit des constituants (Partie 2).

Première partie : Proportionnalité des sûretés et lutte contre l'insolvabilité des garants

Seconde partie : Proportionnalité des sûretés et préservation du crédit des constituants

⁷⁰ Le principe de proportionnalité des sûretés serait envisagé de manière unitaire ce qui permettrait de faire évoluer l'affirmation selon laquelle « à l'inverse du droit des sûretés personnelles, le principe de proportionnalité est très peu présent dans les sûretés réelles, et aucune disposition générale ne prévoit son application, par principe, à cette catégorie de sûretés » : v. C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 222, n° 170.

⁷¹ Bien que le critère de la généralité des principes soit contesté : P. Morvan, *Le principe en droit privé*, préf. J.-L. Sourioux, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 1999, p. 281 s.

⁷² En ce sens : M. De Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998, coll. du laboratoire de théorie juridique, p.15 : « Sur le plan conceptuel, la catégorie « principe général » n'existe donc pas ».

Première partie

Proportionnalité des sûretés et lutte contre l'insolvabilité des garants

30. **Lutte contre l'insolvabilité.** Depuis de nombreuses années, le législateur lutte contre les situations d'insolvabilité. Il a d'abord élaboré des procédures permettant de remédier aux situations de faillite des professionnels⁷³ et s'est ensuite intéressé au sort des particuliers surendettés⁷⁴. En droit positif, le législateur distingue les professionnels admis à bénéficier des procédures collectives et les particuliers autorisés à se tourner vers les procédures de surendettement. Le terme de surendettement est réservé aux particuliers alors que les professionnels sont dits en état de cessation des paiements⁷⁵. Cette distinction n'apparaît pas utile du point de vue de la règle de proportionnalité, dès lors qu'elle a vocation à protéger les

⁷³ Depuis la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, en matière professionnelle, les débiteurs défaillants ne sont plus juridiquement sanctionnés, mais ils sont accompagnés pour qu'il soit mis fin à leurs difficultés financières.

⁷⁴ Loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

⁷⁵ Sur la notion de cessation des paiements des professionnels : M. Aimé, *Le commissaire aux comptes et l'état de cessation des paiements*, thèse Paris, 1989 ; E. Ossouma-Efame, *Le rôle de la cessation des paiements dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, thèse Toulon, 2015 ; I. Novoseltsev, *Critères d'insolvabilité en droit communautaire, français et ukrainien*, thèse Paris, 2015 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10^e éd., 2019/2020, section 221.100 ; A. Lienhard, *Procédures collectives*, 7^e éd. 2017/2018, 112.15 et s. Sur le surendettement : F. Ferrière, V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 4^e éd. 2012 ; V. Vigneau, G. X. Bourin, C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012 ; G. Biardeaud, *Le surendettement*, Lextenso, 2011 ; J. Julien, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien-Lextenso éd., 2009.

cautions qu'il s'agisse ou non de professionnels. Il est d'ailleurs à noter que la distinction entre la cessation des paiements des professionnels et le surendettement des particuliers est mince. D'une part, la cessation des paiements est définie à l'article L. 631-1 du Code de commerce comme la situation dans laquelle un débiteur se trouve « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ». D'autre part, l'article L. 711-1 du Code de la consommation dispose que « la situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». L'évaluation du surendettement d'un particulier comme la recherche de la cessation des paiements d'un professionnel implique de comparer la valeur des éléments d'actif du débiteur en cause et la valeur de ses éléments de passif. La notion de cessation des paiements semble néanmoins plus précise. La définition de la cessation des paiements fait apparaître que les éléments d'actifs et de passif ne sont pris en compte que s'ils peuvent être qualifiés de « disponibles » pour les uns et d'« exigibles » pour les autres. En outre, les termes d'« impossibilité manifeste » retenus pour la définition du surendettement des particuliers conforte cette impression d'une notion moins précise. La caractérisation du surendettement semble requérir moins de rigueur que celle de la cessation des paiements. En dehors du niveau de précision supplémentaire de cette dernière notion, le surendettement et la cessation des paiements apparaissent similaires. La nature professionnelle ou non des dettes engendrant des difficultés financières sera indifférente dans nos développements. Par ailleurs, seules les dettes non professionnelles sont prises en considération lorsqu'est appréciée la situation de surendettement d'un particulier⁷⁶. En conséquence, nous emploierons le terme d'insolvabilité. Ce terme générique regroupe la cessation des paiements des professionnels et le surendettement des particuliers⁷⁷. En somme, la règle proposée permettra de prévenir

⁷⁶ L'exclusion des dettes professionnelles dans l'évaluation du passif des particuliers est prévue par l'art. L. 711-1 al. 2 c. consom. qui dispose que « La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale dont la valeur estimée à la date du dépôt du dossier de surendettement est égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non-professionnelles exigibles et à échoir ne fait pas obstacle à la caractérisation de la situation de surendettement ». Sur la notion de dettes professionnelles : F. Ferrière et V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^e éd. 2012, 114.121 et s. ; V. Vigneau, G.-X. Bourin, C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012, p. 105 et s., n° 148 et s.

⁷⁷ Le terme d'insolvabilité est utilisé en droit européen : les procédures d'insolvabilité ont fait l'objet d'une directive récente relative « aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes ». Cette directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 apporte des modifications à la précédente directive (UE) 2017/1132 dite « directive sur la restructuration et l'insolvabilité ». Le terme d'insolvabilité est suffisamment neutre pour désigner la situation dans laquelle une personne, quelle que soit sa qualité, a un patrimoine déficitaire. Ce terme peut être employé pour désigner la situation d'un particulier bien que les procédures de traitement du surendettement ne soient pas soumises au règlement européen sur l'insolvabilité : Cass. 2^e civ., 17 mars 2016, n° 14-26868, *Actualité proc. coll.*, 2016, n° 8, p. 3, note V. Legrand, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, p. 15, note S. Gjidara-Decaix, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 6, n° 174, p. 41, note M. Menjucq.

l'apparition d'un état d'insolvabilité et cette protection sera offerte tant aux particuliers relevant des procédures de surendettement qu'aux professionnels relevant des procédures collectives.

31. **Insolvabilité des constituants de sûretés pour autrui.** La protection des débiteurs contre l'insolvabilité semble d'autant plus impérieuse lorsque l'endettement de ces personnes résulte d'engagements qu'elles ont souscrits pour satisfaire l'intérêt de tiers. Ces personnes constituant des sûretés permettant de garantir le crédit perçu par d'autres, peuvent être qualifiées de « constituants de sûretés pour autrui ». Cette notion large recouvre l'ensemble des garants. Il s'agit donc des cautions, des garants ayant consenti des garanties autonomes et des émetteurs de lettres d'intention, ainsi que des constituants de sûretés réelles pour autrui. L'ensemble de ces sûretés sont consenties par le biais de contrats unilatéraux⁷⁸. Par ces contrats, les constituants de sûretés pour autrui ne perçoivent pas de contrepartie pour l'engagement qu'ils souscrivent⁷⁹. C'est parce que ces contrats sont des contrats unilatéraux qu'il semble particulièrement difficile d'accepter qu'ils puissent conduire leurs souscripteurs au surendettement. À lui seul en effet, le caractère unilatéral de ces différents contrats justifie que les constituants de sûretés pour autrui soient protégés contre le surendettement, mais en outre d'autres aspects de ces contrats en font des contrats particulièrement dangereux⁸⁰. Le caractère dangereux du cautionnement a souvent été souligné⁸¹, un auteur affirme que « le cautionnement

⁷⁸ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° unilatéral, sens 2 : « Qui oblige une personne envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait, de la part de ces dernières, d'engagement réciproque (c. civ., a. 1103) ; se dit, par opp. aux contrats ou conventions synallagmatiques (ou bilatéraux), de certains contrats ainsi nommés bien qu'ils soient nécessairement, au sens 1, des actes juridiques bilatéraux ». Une définition quasiment identique est reprise à l'al. 2 de l'art. 1106 c. civ. Selon cet article le contrat « est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci ».

⁷⁹ Si le caractère unilatéral du contrat de cautionnement a pu être discuté en raison des « obligations » mises à la charge du créancier, M. Séjean a démontré dans sa thèse que le cautionnement demeurerait un contrat intrinsèquement unilatéral. M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? : le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, bibl. dr. privé, n° 528, 2011. Également sur le caractère unilatéral du cautionnement : Th. Revet et F. Zenati-Castaing, *Cours de droit civil. Sûretés personnelles*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2013, n° 42 ; F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd. 2008, p. 27, n° 308.

⁸⁰ M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 64, n° 90 : Les auteurs mettent évidence le fait que le caractère unilatéral du contrat explique que des protections soient offertes par le législateur aux cautions : « Ce caractère, quasiment commun à l'ensemble des sûretés et garanties, est à l'origine, tout à la fois du déséquilibre inhérent au contrat de cautionnement, illustré par le fait que la caution "se soumet" au créancier, et des tempéraments que le législateur et les juges contemporains n'ont eu de cesse de créer dans le but principal de protéger les cautions, à tout le moins celles réputées les plus faibles ».

⁸¹ Selon une formule classique « qui cautionne paie ». À propos de cette formule un auteur affirme que « pour brutale qu'elle soit, cette formule n'en présente pas moins la réalité du cautionnement avec netteté ». L'auteur affirme également que « la dureté se révèle inhérente à la notion même de cautionnement » : B. Roman, *Droit du cautionnement*, ellipses, 2005, p. 5, n° 1. v. également : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 149, n° 165 : « si le législateur prend aujourd'hui la peine de légiférer en matière de cautionnement, c'est toujours pour subordonner le respect de la parole donnée par la caution à l'objectif supérieur de prévention des exclusions. C'est dire que le cautionnement

est ... une sûreté trop indolore au moment de sa contribution, et trop douloureuse lorsque la caution doit s'exécuter »⁸². La dangerosité du cautionnement se retrouve dans les autres sûretés consenties pour autrui. Est particulièrement remarquable la rigueur de la garantie autonome. Cette rigueur en fait une sûreté plus efficace que le cautionnement, mais également plus dangereuse pour le garant⁸³. Les dangers présentés par la lettre d'intention ou par la sûreté réelle pour autrui sont moins mis en évidence. Pourtant, tous les constituants de sûretés pour autrui s'engagent juridiquement envers un créancier qui ne leur octroie aucune contrepartie. Cette absence de contrepartie explique souvent qu'ils ne réalisent pas avoir souscrit un engagement juridique offrant à leur cocontractant la possibilité de faire exécuter son droit en justice.

est envisagé dorénavant comme une source d'exclusion potentielle en raison du risque qu'il fait courir au patrimoine de la caution, et ce quelle que soit la "coloration" politique des gouvernements successifs » ; F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd. 2008, p. 126, n° 901 : l'auteur parle de « la gravité de l'engagement de caution » ; Ch. Albigès et M.-P. Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Dalloz, 6^e éd., 2017 : les auteurs expliquent l'exigence de la reproduction d'une mention manuscrite stricte prévue par le Code de la consommation par le « caractère dangereux de l'engagement d'une caution », p. 84, n° 123 ; J.-D. Pellier, « Les sûretés personnelles en droit prospectif » in L. Andreu et M. Mignot (sous dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 518 et s. : « une sûreté personnelle est plus dangereuse qu'une sûreté réelle, la première générant un endettement tandis que la seconde ne fait que conforter une créance ». La dangerosité du cautionnement résulte principalement de son caractère unilatéral. La caution ne perçoit aucune contrepartie à son engagement. Toutefois, d'autres aspects du cautionnement contribuent à sa dangerosité. En particulier, la dangerosité du cautionnement s'explique également par le fait que les cautions oublient parfois les cautionnements qu'elles ont souscrit pour de longues périodes. Ce constat pouvait déjà être fait en droit romain. À l'époque, les personnes influentes étaient fréquemment sollicitées pour se porter garant. Ces personnes étaient tenues d'assurer la protection de leur client c'est-à-dire des personnes qui se trouvaient sous leur autorité et dont ils doivent assurer la protection. Un auteur précise que « ce contexte particulier entre débiteurs et cautions conduisait certaines d'entre elles à devoir donner leur garantie si fréquemment qu'elles oubliaient parfois jusqu'à l'existence de leurs engagements. Ainsi, dans une lettre du 12 mars 45 avant J.-C., Cicéron demandait à son ami et banquier Atticus de vérifier pour lui sur le fichier des garants la réalité d'un cautionnement qu'il avait, semble-t-il, souscrit vingt-cinq ans auparavant et dont il n'avait plus le souvenir ». B. Roman, *Droit du cautionnement*, ellipses, 2005, p. 6, n° 4, v. Cicéron, Ad Atticum, XII, 17, Correspondance, t. VIII, éd.-trad. J. Beaujeu, *Les Belles Lettres*, 1983. En outre, la dangerosité du cautionnement résulte également de son caractère hypothétique. Les cautions s'engageant à payer la dette du débiteur seulement s'il est défaillant. Elles ont l'impression que cette condition ne se réalisera jamais.

⁸² M. Béhar-Touchais, « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », *RTD civ.* 1993, p. 737. La dangerosité du cautionnement résulte principalement de son caractère unilatéral. La caution ne perçoit aucune contrepartie à son engagement. Sur le caractère unilatéral du contrat de cautionnement : M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, bibl. dr. privé, n° 528, 2011. Également sur le caractère unilatéral du cautionnement : Th. Revet et F. Zenati-Castaing, *Cours de droit civil. Sûretés personnelles*, PUF, coll. Droit fondamental, 2013, n° 42 ; F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd. 2008, p. 27, n° 308. En outre, d'autres aspects du cautionnement contribuent à la dangerosité du cautionnement. Tel est le cas de son caractère hypothétique.

⁸³ On ne retrouve pas en matière de garantie autonome le « caractère accessoire renforcé » du cautionnement (expression de M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, spéc. n° 302 et 303 ; sur ce caractère : V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 86 et s., n° 134 et s.). En effet, l'engagement de la caution consiste à payer la dette même du débiteur. Alors que le garant autonome s'engage à payer une dette qui lui est propre. La conséquence pratique de l'unicité de la dette de la caution et du débiteur principal réside dans l'opposabilité des exceptions prévues à l'art. 2313 c. civ. Le garant autonome, qui s'engage à payer une dette différente de celle du débiteur principal ne peut en revanche pas opposer les exceptions inhérentes à la dette du débiteur envers le créancier. Il en résulte que la garantie autonome est nécessairement plus dangereuse que le cautionnement. Cette différence de régime résulte de la différence d'objet du cautionnement et de la garantie autonome.

Constatant que les constituants de sûretés pour autrui souscrivent des contrats unilatéraux et dangereux, la première partie de cette étude sera consacrée à la proposition de règles permettant de les protéger de l'insolvabilité.

32. **Utilité de la notion de proportionnalité.** La notion de proportionnalité peut intervenir dans cette lutte, en limitant les engagements des constituants de sûretés pour autrui. La proportionnalité devrait alors être respectée entre le montant de l'engagement souscrit par une personne et ses facultés de remboursement. Si un tel rapport de proportionnalité existait, la personne devrait être en mesure de faire face à son engagement sans que l'exécution de son obligation bouleverse son équilibre patrimonial⁸⁴. En cela, la notion de proportionnalité se révèle utile en matière de lutte contre l'insolvabilité. L'outil de la proportionnalité joue d'ores et déjà ce rôle en droit du crédit. L'article L. 312-16 du Code de la consommation impose aux établissements de crédit de s'assurer de la solvabilité des personnes sollicitant des crédits⁸⁵. En application de cet article, les établissements de crédit veillent au respect d'un rapport de proportionnalité entre les facultés de remboursement des emprunteurs et le montant des crédits qui leurs sont accordés. Avant même l'instauration de cet article par une loi du 1^{er} juillet 2010⁸⁶, la Cour de cassation a parfois sanctionné le non-respect d'un usage selon lequel les établissements de crédit devaient s'assurer que l'endettement des emprunteurs particuliers ne devait pas dépasser une certaine proportion de leurs ressources⁸⁷. Ainsi, la notion de proportionnalité est utilisée en jurisprudence en matière de protection des emprunteurs. Cette notion est également déjà à l'œuvre comme outil de lutte contre l'insolvabilité en droit des sûretés. Dans le domaine du droit des sûretés, le législateur français et la Cour de cassation ont déjà fait appel à la notion de proportionnalité afin de lutter contre l'insolvabilité. À l'heure actuelle, les cautions invoquent surtout la notion de proportionnalité contenue dans l'actuel

⁸⁴ Sauf le cas de la dégradation, au cours de son engagement, de la situation financière de la personne ayant souscrit un engagement initialement proportionnalité à ses facultés de remboursement. Cette hypothèse sera abordée séparément, elle invite à proposer un mécanisme de maintien de la proportionnalité. v. n° 215 et s.

⁸⁵ Art. L. 312-16 c. consom. : « Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur. Le prêteur consulte le fichier prévu à l'article L. 751-1, dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L. 751-6, sauf dans le cas d'une opération mentionnée au 1 de l'article L. 511-6 ou au 1 du I de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier ».

⁸⁶ Loi 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. Cette loi transposant la directive 2008/48/CE du parlement européen et du conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

⁸⁷ Cass. 1^{er} civ., 4 juill. 1995, *RD bancaire et bourse* 1996, n° 54, p. 52, obs. J.-F. Crédot et M. Cabrillac : la chambre civile de la Cour de cassation sanctionne l'établissement de crédit ayant accordé un prêt excessif eu égard à un « usage reconnu et pratiqué par tout le système bancaire en matière de prêts aux particuliers selon lequel l'endettement ne doit pas dépasser le tiers des ressources de l'emprunteur ».

article L. 332-1 du Code de la consommation⁸⁸. Cet article interdit aux créanciers professionnels de bénéficier de cautionnements dont les montants seraient disproportionnés aux « biens et revenus » de leur caution. La volonté de protection des cautions du législateur de 2003 s'inscrit dans un projet de développement de la création d'entreprises en France. En témoigne les termes du rapport de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique du 28 janvier 2003 selon lesquels : « dans le souci de renforcer la protection des entrepreneurs individuels, la commission a souhaité renforcer la protection des personnes qui se portent caution »⁸⁹. La règle jurisprudentielle imposant un même rapport de proportionnalité entre les facultés de paiement de la caution et l'importance de son engagement permet de la même façon d'assurer la protection patrimoniale de la caution⁹⁰.

33. Objectif d'amélioration et d'extension des règles de proportionnalité. Ces règles existantes en matière de cautionnement sont intéressantes mais imparfaites. La jurisprudence comme la règle posée à l'article L. 332-1 du Code de la consommation ont été critiquées⁹¹. L'imminence de la réforme du droit des sûretés à venir ravive à l'heure actuelle les réflexions des auteurs en vue d'une amélioration de la règle existante. L'avant-projet de réforme propose une réécriture de la règle de proportionnalité. Les modifications apportées concerneraient le champ d'application de la règle, ainsi que sa sanction. Nous étudierons particulièrement ces deux aspects. Il est incontestable que ces deux aspects de la règle de proportionnalité peuvent être améliorés. Nous nous intéresserons donc non seulement au droit positif mais également aux propositions formulées au sein de l'avant-projet. Notre objectif sera de restaurer la cohérence entre la finalité et le régime de la règle de proportionnalité. Ainsi nous formulerons des propositions d'amélioration de la proportionnalité du cautionnement (Titre 1). Une fois ajustée en matière de cautionnement, la règle de proportionnalité pourra être étendue à d'autres sûretés. En effet, comme les cautions, les autres constituants de sûretés pour autrui octroient des sûretés pour la garantie de crédits qui ne leur profitent pas. Dès lors que le caractère unilatéral du

⁸⁸ Art. L. 332-1 c. consom « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

⁸⁹ Rapport n° 572 du 28 janv. 2003, assemblée nationale, au nom de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique, n° 507 rectifié, tome I.

⁹⁰ Il est vrai que l'évolution de la règle jurisprudentielle par l'arrêt Nahoum pourrait amener à s'interroger sur la volonté de la Cour de cassation de protéger le patrimoine ou le consentement des cautions. Néanmoins, la règle posée initialement par l'arrêt Macron reste inchangée pour la majorité des cautions et la finalité de protection du patrimoine des cautions ne fait aucun doute à son égard. Sur l'arrêt Macron : v. n° 39. Sur l'arrêt Nahoum : v. n° 40.

⁹¹ Néanmoins, depuis 2003, les critiques se sont surtout concentrées sur la règle légale.

cautionnement justifie qu'une règle de proportionnalité soit instaurée pour protéger le patrimoine de la caution, le caractère unilatéral des autres sûretés consenties pour autrui justifierait que la règle de proportionnalité leur soit applicable et protège leur patrimoine. Ainsi, la protection des cautions contre l'insolvabilité par la règle de proportionnalité, semble naturellement pouvoir être étendue aux autres constituants de sûretés pour autrui. Nous proposerons donc une extension de la règle de proportionnalité à toutes les sûretés consenties pour autrui (Titre 2).

Titre I

Les propositions d'amélioration de la proportionnalité du cautionnement

34. **Existence du principe de proportionnalité du cautionnement.** Le principe de proportionnalité du cautionnement est aujourd'hui bien ancré en droit positif. Il résulte non seulement de deux articles du Code de la consommation⁹², mais également d'une jurisprudence initiée par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁹³. Ce principe constitue une limite au montant du cautionnement, sans laquelle les cautions pourraient souscrire des engagements tellement importants par rapport à leurs facultés de remboursement, que la souscription de tels engagements les placerait immédiatement en situation d'insolvabilité potentielle. La situation d'insolvabilité serait concrétisée si les cautions étaient appelées à honorer leur engagement. Ainsi, la règle de proportionnalité du cautionnement a pour but de protéger les cautions contre l'insolvabilité qui pourrait résulter de leur engagement⁹⁴. Si le recours à la notion de proportionnalité comme outil de lutte contre l'insolvabilité est louable, les modalités entourant les règles existantes sont imparfaites dès lors qu'elles ne sont pas toujours en adéquation avec la finalité retenue. Pour proposer une amélioration du principe de proportionnalité du cautionnement, deux aspects de la règle de proportionnalité retiendront notre attention dès lors qu'ils sont perfectibles. Nous proposerons d'une part une amélioration du champ d'application de l'exigence de proportionnalité (chapitre 1) et d'autre part une amélioration du régime du cautionnement disproportionné comprenant une amélioration de la sanction du cautionnement et une redéfinition des éléments à mettre en balance dans le cadre de l'évaluation de la proportionnalité (chapitre 2).

⁹² L. 332-1 et L. 343-4 c. consom. (anc. art. L. 341-4 c. consom.).

⁹³ Arrêt Macron : Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, n° 95-14105 ; *D.* 1998, jur., 208, note J. Casey ; *JCP éd. E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Défrenois* 1997, 1424, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac.

⁹⁴ La volonté de protéger les cautions a été clairement affirmée dans un rapport de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique : « Dans le souci de renforcer la protection des entrepreneurs individuels, la commission a souhaité renforcer la protection des personnes qui se portent caution » : rapport n° 572 du 28 janv. 2003, assemblée nationale, au nom de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique, n° 507 rectifié, tome I.

Chapitre 1

L'amélioration du champ d'application de l'exigence de proportionnalité

35. **Recherche d'un champ d'application cohérent.** Les champs d'application des exigences de proportionnalité légale et jurisprudentielle diffèrent. Ce constat démontre que le choix des cautions devant être protégées par la règle de proportionnalité et des créanciers devant s'assurer de la proportionnalité des cautionnements dont ils bénéficient n'est pas évident. À l'heure où la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises adoptée le 22 mai 2019 a autorisé une réforme du droit des sûretés par la voie de l'ordonnance, il convient de préciser que l'avant-projet de réforme propose une modification du champ d'application de la règle de proportionnalité⁹⁵. En application du texte de l'avant-projet, toutes les cautions personnes physiques bénéficieraient de la protection offerte par la règle de proportionnalité, peu important que le créancier bénéficiant du cautionnement soit ou non un créancier professionnel⁹⁶. Nous ne suivons que partiellement cette proposition formulée par le groupe de travail présidé par le professeur Grimaldi. Il est selon nous impératif de redéfinir le domaine d'application du principe de proportionnalité pour qu'il soit cohérent avec la finalité de ce principe⁹⁷. En conséquence, nous suivons une méthode consistant à partir de la finalité du texte pour définir le domaine d'application le plus juste. Rappelons que la règle de proportionnalité tend à éviter

⁹⁵ Art. 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite loi Pacte. Sur cette loi : O. Gout, « Quelle réforme pour les sûretés dans la loi PACTE ? », *AJ contrat* 2019, p. 264 ; Y. Blandin, « De la réforme des sûretés après adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi PACTE », *DA*, 24 oct. 2018 ; V. Mauriès, « Loi Pacte : une prochaine réforme du droit des sûretés », *RLDC*, n° 173, 1^{er} sept. 2019.

⁹⁶ Art. 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ».

⁹⁷ L'importance de cette cohérence a été mise en évidence par M. Bourassin : « Chaque fois que le champ d'une règle spéciale n'est pas en adéquation avec la finalité principale poursuivie, la sécurité juridique est mise à mal, puisque ladite règle suscite fatalement un contentieux visant à restreindre ou à étendre ce domaine manquant de cohérence » : M. Bourassin, « La sécurité juridique dans la réforme du droit du cautionnement », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 949.

l'insolvabilité des cautions⁹⁸. Cet objectif guidera tant la recherche des cautions protégées par la règle de proportionnalité (section 1), que celle des créanciers concernés par la règle de proportionnalité (section 2).

Section 1 : Les cautions protégées par la règle de proportionnalité

36. **Recherche complexe d'un champ d'application approprié.** Toutes les cautions personnes physiques bénéficient de la règle légale de proportionnalité du cautionnement posée à l'article L. 332-1 du code de la consommation⁹⁹. En revanche, seules les cautions non averties sont protégées en vertu du régime jurisprudentiel de protection des cautions ayant souscrit des engagements disproportionnés. D'autres distinctions peuvent être envisagées telles que la protection des seules cautions non professionnelles ou des cautions ne percevant aucun avantage pécuniaire en raison de leur engagement. Notre objectif est de proposer un champ d'application cohérent avec la finalité de protection des cautions contre le surendettement. Seront donc distinguées les solutions non cohérentes avec la finalité de la règle (§1), des solutions cohérentes avec la finalité de la règle (§2).

⁹⁸ v. n° 20. Il est vrai que la rédaction de l'article L. 332-1 c. consom. instaure un doute entre la volonté de protection du patrimoine de la caution et la volonté de sanctionner le créancier ayant accepté un cautionnement alors que cet engagement place la caution dans une situation dangereuse. Néanmoins, la lecture des travaux préparatoires de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique ne laisse pas de place au doute. La sanction des créanciers n'a été abordée dans les discussions parlementaires que parce que sa mise en œuvre compliquée a été redoutée. L'objectif de protection des cautions est indiscutable. v. rapport n° 572 du 28 janv. 2003, assemblée nationale, au nom de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique, n° 507 rectifié, tome I., p. 111 et 112 : « M. Charles de Courson a déposé un sous-amendement supprimant [le contrôle de la proportionnalité du cautionnement], estimant que la mise en œuvre de la responsabilité des banques soulevait des questions difficiles. Il s'est interrogé sur la date à laquelle le patrimoine de la caution serait estimé manifestement disproportionné. [...] M. Daniel Garrigue s'est interrogé sur les critères qui seraient utilisés pour apprécier le caractère manifestement disproportionné de la caution. [...] Votre rapporteur a indiqué que cette disposition entendait responsabiliser les banques puisque le caractère manifestement disproportionné des engagements de la caution devait être apprécié lors de la conclusion du contrat de cautionnement. La Commission a alors adopté le sous-amendement de M. Charles de Courson puis l'amendement ainsi modifié (amendement n° 79) ».

⁹⁹ Art. L. 332-1 c. consom. « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

§ 1 : Les solutions non cohérentes avec la finalité de la règle

37. **Éviction de champs d'application retenus et envisageables.** La finalité de la règle guide notre étude des cautions méritant d'être protégées par la règle de proportionnalité. Seront dès lors critiquées toutes les solutions qui ne semblent pas cohérentes avec cette finalité. Tel est le cas des solutions retenues en jurisprudence qu'il s'agisse de l'exclusion initiale des dirigeants sociaux cautions ou de l'exclusion actuelle des cautions averties (I). Tel est également le cas de la protection des seules cautions non professionnelles qui pourrait être envisagée en raison de l'emplacement de la règle de proportionnalité au sein du Code de la consommation (II).

I. Les solutions retenues en jurisprudence

38. **Critique des champs d'application retenus.** Les solutions successivement retenues en jurisprudence seront critiquées parce qu'elles ne sont pas cohérentes avec la finalité de la règle de proportionnalité. Seront ainsi étudiées et critiquées l'ancienne exclusion des dirigeants sociaux cautions (A) et la nouvelle exclusion des cautions averties (B).

A. L'ancienne exclusion des dirigeants sociaux cautions

39. **Découverte du principe de proportionnalité.** La protection contre les cautionnements disproportionnés a pour origine le célèbre arrêt Macron de 1997¹⁰⁰. Par cet arrêt, la Cour de cassation a élargi le domaine légal de la proportionnalité en matière de cautionnement. À l'époque, la seule exigence de proportionnalité du cautionnement était prévue par l'article L. 313-10 du Code de la consommation et ne concernait que les cautions engagées envers des établissements de crédit pour garantir le remboursement d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier¹⁰¹. Par une substitution de motifs et alors que le litige ne pouvait être soumis à l'application de l'article L. 313-10 du Code de la consommation¹⁰², la Cour de cassation a permis à l'avaliste d'engager la responsabilité de son créancier. L'obtention d'un engagement de l'avaliste « sans aucun rapport » avec ses facultés de remboursement, révélateur de la disproportion existante entre le montant de l'aval et les capacités de paiement de l'avaliste,

¹⁰⁰ Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, n° 95-14105 ; *D.* 1998, jur., 208, note J. Casey ; *JCP éd. E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Défrenois* 1997, 1424, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac.

¹⁰¹ Version initiale de l'art. L. 313-10 du c. consom. applicable jusqu'en 2006 : « Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

¹⁰² Le prêt garanti n'étant ni un prêt à la consommation, ni un prêt immobilier.

mettait en évidence l'absence de bonne foi du créancier au jour de la conclusion du contrat d'aval. La protection offerte par la Cour de cassation résultait alors des dommages-intérêts dus par le créancier à l'avaliste, lesquels se compensaient avec la somme due par ce dernier à son créancier en exécution de l'aval. Initialement, ce principe a protégé toutes les cautions¹⁰³, mais, par la suite, la jurisprudence a restreint la possibilité pour certaines cautions d'invoquer cette règle.

40. **Évolution du champ d'application.** Cinq ans après avoir généralisé l'exigence de proportionnalité, la chambre commerciale de la Cour de cassation a fait évoluer le champ d'application de cette protection dans l'arrêt Nahoum¹⁰⁴. Alors que les discussions devant la cour d'appel portaient sur la détermination de l'actif des cautions¹⁰⁵, par une substitution de motifs la Cour de cassation a décidé que les cautions ne pouvaient engager la responsabilité du créancier puisque ce dernier n'était pas mieux informé qu'elles¹⁰⁶. La formule complexe de la Cour de cassation donne matière à réflexion. La Cour de cassation a pris soin de rappeler quelles étaient les fonctions des cautions au sein de la société dont les dettes sont garanties. Les deux cautions remplissaient des missions de direction de la société¹⁰⁷. La Cour a également précisé que ces cautions n'avaient pas prétendu, ni démontré que le créancier disposait d'informations dont elles auraient été privées relatives à « leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société ». Il semble que ce soit la combinaison de ces deux critères qui justifie que les cautions ne puissent rechercher la responsabilité du créancier ayant obtenu

¹⁰³ Sur l'aval : R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire*, LGDJ, 12^e éd., 2017, p. 169, n° 194 : « l'aval est une sorte de cautionnement cambiaire en vertu duquel l'avaliste s'engage à payer tout ou partie du montant de l'effet en cas de défaillance de la personne pour le compte de laquelle il est donné ». L'aval étant perçu comme l'équivalent du cautionnement en matière bancaire, la protection offerte en l'espèce à un avaliste semblait impliquer que toutes les cautions puissent invoquer la disproportion existante entre leurs revenus leur patrimoine d'une part et le montant de leur engagement d'autre part. La réciproque n'aurait toutefois pas été exacte puisque, en raison de la nature cambiaire de l'aval, les avalistes ne bénéficient pas de toutes les protections offertes aux « cautions de droit commun ».

¹⁰⁴ Cass. com., 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136, n° 99-18619 ; *D.* 2003, p. 414, note C. Koering ; *JCP* 2003, II, 10017, note Y. Picod et I, 124, n° 6, obs. Ph. Simler ; *Défrenois* 2003, p. 456, note S. Piedelièvre ; *Défrenois* 411, obs. Ph. Théry ; *RTD civ.* 2003, p. 125, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2003, p. 151, obs. D. Legeais ; *LPA* 18 juill. 2003, n° 143, p. 12, note C. Brenner ; *Contrats conc. consom.* 2003, n° 20, obs. L. Leveneur ; *LPA*, 8 juill. 2003, note B. Roman.

¹⁰⁵ Les cautions affirmaient que leurs revenus escomptés ne devaient être pris en compte pour apprécier la proportionnalité de leur engagement.

¹⁰⁶ Précisément, la Cour de cassation a affirmé que les cautions « respectivement président du conseil d'administration et directeur général de la société [cautionnée], qui n'ont jamais prétendu ni démontré que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, ne sont pas fondés à rechercher la responsabilité de cette banque ».

¹⁰⁷ L'une des cautions était président du conseil d'administration et l'autre directeur général.

un cautionnement disproportionné aux biens et revenus des cautions. Par l'arrêt Nahoum, la chambre commerciale de la Cour de cassation a donc modifié le champ d'application du principe de proportionnalité en le précisant. Les cautions exerçant des fonctions de direction au sein de la société dont les dettes sont cautionnées ne peuvent se prévaloir du principe de proportionnalité de leur engagement, sauf si elles démontrent que le créancier disposait d'informations relatives à leurs revenus, leurs patrimoines ou leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en cas de succès de l'opération financée qu'elles-mêmes ignoraient.

41. **Cautions dirigeantes en déficit d'information.** Il sera évidemment exceptionnel que les cautions dirigeantes soient moins bien informées que les créanciers envers lesquelles elles s'engagent en tant que caution. Cette situation n'est toutefois pas totalement inconcevable. À la suite de l'arrêt Nahoum, des auteurs ont imaginé différentes hypothèses dans lesquelles il aurait été possible que le créancier soit mieux informé que la caution concernant notamment les facultés de remboursement raisonnablement prévisibles de la caution en cas de succès de l'opération escomptée¹⁰⁸. En jurisprudence, les hypothèses sont restées rares. La Cour de cassation a admis qu'une caution franchisée se trouvait en déficit d'information par rapport au créancier de sa société, lequel avait été informé des difficultés rencontrées par la société directement par le franchiseur¹⁰⁹.
42. **Champ d'application incertain.** Par l'arrêt Nahoum, la Cour de cassation a exclu en pratique les dirigeants de société se portant caution des dettes de leur société de la protection offerte par la proportionnalité. Cette lecture de la portée de l'arrêt Nahoum a été confirmée l'année suivante par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹⁰. À cette date, une partie de la

¹⁰⁸ Y. Picod, « Que reste-t-il du principe de proportionnalité en droit du cautionnement, après l'arrêt Nahoum ? », *JCP éd. G*, n° 5, 29 Janvier 2003, II, 10017 : « Il faudrait supposer un dirigeant inexpérimenté ou embrassant un nouveau secteur d'activité face à un organisme de crédit spécialisé : il pourrait sans doute envisager d'engager la responsabilité de la banque pour ne pas l'avoir informé du déséquilibre existant en fonction des résultats prévisibles de l'opération ».

¹⁰⁹ Cass. com., 20 sept. 2005, Bull. 2005 IV, n° 176, n° 03-19732 ; *JCP éd. E*, 2006 n° 4, 1145, note D. Legeais ; *RD banc. et fin.* 2005, n° 6, 207, note A. Cerles. Le litige ne concernait pas la proportionnalité du cautionnement. La responsabilité de la crédit-bailleresse a été engagée pour avoir manqué à son obligation de contracter de bonne foi pour avoir financé une opération non viable en connaissance de cause et détenant des informations ignorées des dirigeants cautions. Dans les faits le franchiseur avait fourni des informations relatives à l'état de solvabilité d'une société franchisée directement au créancier. Ces mêmes informations n'avaient pas été transmises aux dirigeants de la société franchisée alors qu'ils se sont portés cautions. La Cour de cassation en déduit que « la crédit-bailleresse détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient, la cour d'appel a pu en déduire que cette crédit-bailleresse avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard de ces cautions » (franchisés).

¹¹⁰ Cass. com., 25 mars 2003, inédit, n° 00-15386 ; *RD banc. et fin.* 2003, n° 4, 135, obs. D. Legeais.

doctrine a affirmé que les dirigeants de société étaient les seuls tenus de rapporter une preuve supplémentaire relative au manque d'information, tandis que les autres cautions pouvaient se prévaloir de la disproportion objective de leur engagement par rapport à leurs facultés de remboursement¹¹¹. Pourtant, les cautions dirigeantes pouvaient bénéficier de la règle de protection malgré les fonctions exercées au sein de la société cautionnée en cas d'asymétrie d'informations entre elles et leurs créanciers. La qualité de dirigeant de la société cautionnée n'excluait donc pas, en elle-même, toute possibilité de protection par le principe de proportionnalité. Ce constat invite à se demander si le critère de l'exercice de fonction de direction au sein de la société dont les dettes sont garanties avait vocation à durer. Entre l'exercice de fonction de direction au sein de la société cautionnée et l'absence d'asymétrie d'informations entre la caution et le créancier, quel est au fond le critère déterminant de la restriction de la protection ?

43. **Critique du champ d'application.** Cette distinction originelle entre les dirigeants cautions et les autres a été abandonnée car elle permettait à certaines cautions intéressées par l'opération financée¹¹², tels que les associés de la société dont la dette est garantie¹¹³, de bénéficier de l'exigence de proportionnalité. Ces cautions ont pourtant toutes les cartes en main pour donner un cautionnement réfléchi et, au-delà du fait qu'elles mesurent aisément les risques que leur fait

¹¹¹ F.-X. Lucas, « Preuve du cautionnement accordé par un dirigeant social et respect du principe de proportionnalité : rappel de solutions acquises », *BJS*, n°12, p. 1279 : l'auteur affirme que « si l'arrêt Nahoum a opéré un revirement, c'est seulement au détriment des dirigeants sociaux. Eux seuls sont privés de la possibilité d'invoquer le caractère excessif de leur engagement » ; R. Dumas, « Responsabilité d'un banquier envers un dirigeant-caution : une mise en jeu délicate mais possible conformément à la jurisprudence "Nahoum" », *BJS* janv. 2006, p. 44 : « l'arrêt Nahoum qui a mis un terme aux velléités de dirigeants-cautions peu scrupuleux en subordonnant l'octroi des dommages et intérêts à l'exigence que le banquier ne leur ait pas révélé une information sur la viabilité de l'opération, qu'eux-mêmes ignoraient » ; J. Devèze, « La Chambre commerciale restreint la portée du principe de proportionnalité quant à la responsabilité du banquier à l'égard du dirigeant caution », *BJS* févr. 2003, p. 133 ; A. Constantin, « Le cautionnement donné par les dirigeants (et assimilés), entre son passé et son avenir... », *BJS* oct. 2003, p. 1017 ; J.-M. Berly, « Les cautions données par les dirigeants d'une société de promotion pour garantir le financement accordé à cette dernière ne peuvent être remises en cause au motif que les capacités financières des cautions étaient sans proportion avec les engagements garantis », *RDI* 2003, p. 84.

¹¹² Les « cautions intéressées par l'opération financée » s'entendent des cautions qui ont vocation à percevoir un avantage financier personnel résultant de l'opération de cautionnement.

¹¹³ L'associé est « une personne physique ou morale réalisant un apport et recevant en contrepartie des droits sociaux nommés parts sociales ou actions » : M.-H. Monsérié-Bon, L. Grosclaude, *Droit des sociétés et des groupements*, LGDJ, 2016, p. 107, n° 237 ; v. Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° Associé, ée « Membre d'un groupement constitué sous forme de société dont les droits essentiels consistent à participer aux bénéfices, à concourir au fonctionnement de la société, à être informé de la marche de celle-ci et dont les obligations principales sont la libération de ses apports et la contribution aux pertes (cette dernière obligation étant plus ou moins étendue suivant le type de société) ». Sur la notion d'associé : B. Petit, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 6^e éd., 2015, p. 49, n° 75 ; P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2018, p. 91, n° 94 et 95.

courir leur engagement¹¹⁴, ces cautions tirent un bénéfice de l'opération cautionnée¹¹⁵. La similitude entre leur situation et celle des dirigeants cautions a conduit la Cour de cassation à s'interroger. Ces cautions ont choisi de courir le risque résultant du cautionnement dans le but d'obtenir un avantage ce qui autorise à penser qu'elles ne « méritent » pas d'être protégées par la règle de la proportionnalité. Néanmoins, il convient de se méfier des sentiments ou intuitions selon lesquels certaines cautions « méritent » ou non d'être protégées par la règle de la proportionnalité. Pour déterminer quelles cautions doivent être protégées par la règle de proportionnalité, il faut s'intéresser à la finalité de cette règle. Rappelons que la règle de proportionnalité tend à éviter l'insolvabilité des cautions. Il convient de poser précisément la question de savoir si l'on protège les cautions parce qu'elles s'engagent unilatéralement envers le créancier ou parce qu'elles ne tirent aucun avantage de leur engagement¹¹⁶. Une distinction existe entre ces deux hypothèses dès lors que tous les cautionnements sont des contrats unilatéraux alors que certaines cautions tirent un avantage de leur engagement. Il en résulte que si l'on retient la première conception, l'exclusion des dirigeants caution n'est pas justifiée. Ils méritent d'être protégés comme toute autre caution. Si l'on retient la seconde conception, la protection des cautions qui retirent un bénéfice de l'opération cautionnée ne semble pas justifiée, ces cautions agissent en effet dans leur intérêt propre. Quelle que soit la conception retenue, il semble étonnant de distinguer le sort des dirigeants et des associés de la société cautionnée. Ainsi, le critère simple de l'exclusion du dirigeant caution dissimulait mal l'injustice qui en résultait. Il est dès lors compréhensible que la conception jurisprudentielle du principe de proportionnalité ait évolué pour exclure de la protection contre la disproportion objective non seulement les dirigeants qui étaient visés par l'arrêt Nahoum, mais également les associés et finalement toutes les cautions averties.

B. La nouvelle exclusion des cautions averties

44. **Protection refusée aux cautions averties.** Pour la première fois en 1999, la chambre commerciale a fait de l'asymétrie d'information une condition d'engagement de la responsabilité du créancier concernant l'octroi d'un crédit excessif à un emprunteur¹¹⁷. En 2002,

¹¹⁴ Le critère de la connaissance des risques par la caution n'est pas pertinent v. n° 49.

¹¹⁵ Toutes les définitions des associés mettent en évidence le principal avantage résultant de la qualité d'associé : la participation aux bénéfices. v. n° 55, note 130.

¹¹⁶ Pour une réponse à cette question v. n° 53 et s.

¹¹⁷ Cass. com. 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 95, n° 96-16088 ; cf. rapport 1999 de la Cour de cassation p. 358 : « un emprunteur (ou le dirigeant d'une entreprise emprunteuse) ne peut invoquer la responsabilité de la banque pour octroi abusif de crédit que dans des circonstances exceptionnelles où lui-même aurait été moins bien informé sur sa situation désespérée ou celle de son entreprise que la banque ».

confirmant le critère de l'asymétrie d'information permettant d'engager la responsabilité du prêteur, la chambre commerciale de la Cour de cassation emploie une formule semblable à celle de l'arrêt Nahoum¹¹⁸. Elle indique que les emprunteurs avertis n'auraient dû être protégés que s'ils avaient disposé d'une information incomplète concernant leurs propres capacités de remboursement. Un parallèle entre cet arrêt et l'arrêt Nahoum autorisait déjà à penser que la restriction de protection formulée dans l'arrêt Nahoum ne devait pas concerner uniquement les dirigeants de société, mais toutes les cautions averties. Néanmoins, il est permis de penser que lorsque la caution revêt la qualité de dirigeant de l'entreprise cautionnée, l'absence d'asymétrie d'information entre le créancier et ces cautions puisse être présumée. Cette présomption expliquerait que ces cautions doivent apporter la preuve de leur déficit d'information pour pouvoir se prévaloir du principe de proportionnalité. Ainsi, parmi les deux conditions à la restriction de protection posées par l'arrêt Nahoum, l'élément essentiel était peut-être déjà l'asymétrie d'informations et non les fonctions exercées par la caution au sein de la société.

45. **Confirmation du champ d'application finalement retenu.** La jurisprudence postérieure à l'arrêt Nahoum vient confirmer que l'asymétrie d'information constitue le critère qui justifie que le créancier soit tenu de s'assurer de la proportionnalité de l'engagement de la caution. En effet, la jurisprudence estime que non seulement les cautions dirigeantes, mais également toutes les cautions averties doivent apporter la preuve que le créancier disposait d'informations ignorées par elles. Dès lors, en pratique, la protection contre la disproportion du cautionnement n'est plus offerte à toutes les cautions non dirigeantes, mais aux seules cautions non averties. Cette évolution du champ d'application du principe de proportionnalité postérieure à l'arrêt Nahoum est restée discrète. Aucun arrêt de référence n'a marqué les esprits.
46. **Présomption originelle.** Si la transition est floue, c'est en partie parce qu'à l'origine les dirigeants sociaux cautions étaient assimilés aux cautions averties¹¹⁹. La présomption touchant les dirigeants sociaux s'est ensuite élargie pour concerner également les autres personnes

¹¹⁸ Le critère de l'asymétrie d'information est retenu pour engager la responsabilité des établissements de crédit octroyant des prêts à des particuliers : Cass. com., 26 mars 2002, inédit, n° 99-15989 ; *RTD com.* 2002, p. 523, note M. Cabrillac ; *JCP éd. E* 2002, 852, note A. Gourio : en l'espèce « les établissements de crédit, dont il n'avait pas été allégué qu'ils auraient pu avoir sur la société emprunteuse des informations que par suite de circonstances exceptionnelles, son propre dirigeant aurait ignorées, n'étaient redevables d'aucun devoir d'information ou de conseil envers ce dernier qui disposait déjà du fait de ses fonctions, de tous les renseignements utiles à la prise de décision », on peut déduire de cette solution que le créancier accordant un crédit immobilier excessif à des emprunteurs avertis n'engage sa responsabilité que s'il dispose d'informations sur la situation de ces derniers qu'eux-mêmes auraient ignorées.

¹¹⁹ *BICC* 15 janv. 2010, n° 714 : la caution dirigeante « est censée disposer d'un degré de connaissance suffisant sur la situation de la société cautionnée, lui permettant d'être informée sur les risques encourus au regard de sa capacité financière et de la rentabilité de l'obligation garantie ».

impliquées dans la gestion de la société dont les dettes sont garanties. À l'inverse, les cautions non impliquées dans le fonctionnement de la société cautionnée ne sont pas présumées averties, y compris lorsqu'elles sont intéressées par les bénéfices réalisés par l'entreprise¹²⁰. Ainsi, pour leur refuser la protection offerte par la règle de proportionnalité, les juges doivent démontrer que ces cautions peuvent être qualifiées d'averties. Une telle solution s'applique pour toutes les cautions non dirigeantes, y compris pour les associés des sociétés garanties et pour les conjoints des dirigeants de ces sociétés. Ainsi, les associés de la société dont les dettes sont cautionnées peuvent invoquer le principe de proportionnalité, à moins qu'ils n'aient disposé d'une parfaite connaissance de la situation de la société cautionnée¹²¹. Les membres de la famille du dirigeant de la société, souvent appelés à se porter caution aux côtés de ce dernier, seront également qualifiés de cautions averties ou de cautions profanes selon leurs compétences et leurs connaissances réelles de la situation de la société.

47. **Identification complexe des cautions averties.** Lorsqu'au-delà des présomptions simples décrites, les juges recherchent la connaissance réelle des cautions¹²², les fonctions qu'elles exercent au sein de la société cautionnée ne sont pas toujours un critère prédominant. L'exercice de fonction de direction n'est finalement pas un gage d'expérience. C'est pourquoi les juges étudient le parcours des dirigeants cautions. L'analyse des différentes expériences professionnelles et personnelles d'une caution permet de différencier celles qui en savent trop pour être protégées de celles qui méritent une protection bienveillante. La tâche du créancier, à qui il appartient de prouver que la caution n'est pas une caution avertie, s'avère parfois complexe. En témoigne un arrêt dans lequel la Cour de cassation a rappelé que la preuve devait être apportée au regard de l'expérience de la caution et précisant que sa position au cœur d'un montage financier complexe n'était pas en l'espèce suffisante¹²³. Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2017 par la chambre commerciale, la jurisprudence a mis en évidence deux types de critères permettant de qualifier la caution d'avertie, les uns concernant l'expérience de la caution résultant de son parcours professionnel et des formations suivies par elle, les autres

¹²⁰ Notamment Cass. com., 2 octobre 2012, Bull. civ. IV, n° 174, n° 11-28331 : « la caution, fût-elle intéressée par les fruits de l'entreprise, ne pouvait être considérée comme avertie, dès lors qu'elle n'était pas impliquée dans la vie de l'entreprise » ; *JCP éd. G* 2013, 80 note S. Le Normand ; *RD banc. fin.* 2012, comm. 179, p. 30, obs. A. Cerles ; *RD banc. fin.* 2012, comm. 183, note D. Legeais.

¹²¹ Cass. com., 11 juin 2003, Bull. civ. 2003, IV, n° 95, n° 99-18714 ; *D.* 2003, act. p. 2094 ; *Banque et dr.* juill.-août 2003, p. 61, obs. Jacob ; *JCP éd. E* 2004, 69, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

¹²² Pour un état de la jurisprudence actuelle concernant la qualification de caution avertie : cf. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd., 2018, p. 185 et s., n° 297.

¹²³ CA Aix-en-Provence, 8^e ch. C, 12 mai 2011, n° 10/03928 ; *rev. proc. coll.*, mai 2012, comm. 108, note A. Martin-Serf ; *RD banc. fin.* 2011, comm. 165, obs. D. Legeais ; *RD banc. fin.* 2011, comm. 197, obs. A. Cerles.

portant sur l'implication de la caution dans l'activité de la société cautionnée¹²⁴. Aucune référence n'est faite par la Cour de cassation au rôle de direction de la caution au sein de la société cautionnée. Dans la même lignée, doit être remarqué un arrêt du 22 mars 2016 dans lequel l'arrêt de la cour d'appel de Reims est cassé pour avoir déduit des fonctions de direction de la société cautionnée de la caution, sa qualité de caution avertie¹²⁵. Pourtant, la cour d'appel s'était appliquée à démontrer les compétences de la caution ainsi que son accès aux informations nécessaires pour mesurer le risque de non remboursement par la société débitrice. Elle avait précisé, en outre, que la caution avait réitéré plusieurs fois son engagement. L'arrêt ainsi rendu par la Cour de cassation met en évidence une certaine clémence des juges à l'égard des cautions. Une casuistique importante résulte de l'appréciation *in concreto* de la qualité d'avertie ou non de la caution. Dépendant des faits, le contentieux fourni relatif à la qualité d'avertie ou non de la caution ne devrait pas décroître à l'avenir. La Cour de cassation exerce un contrôle de cette qualification mais, alors que le rôle d'harmonisateur de la Cour de cassation pourrait être apprécié, elle rend parfois des décisions surprenantes¹²⁶.

48. **Paradoxe.** Il est intéressant de constater que la conception retenue de la notion de caution avertie fait naître un paradoxe en matière de cautionnement disproportionné. Rappelons que les cautions averties peuvent bénéficier du principe de proportionnalité à condition d'apporter la preuve que le créancier disposait « d'information relatives à leurs revenus, leurs patrimoines ou leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en cas de succès de l'opération financée » ignorées des cautions. Il semble pourtant que les critères d'identification de la caution avertie soient incompatibles avec l'apport d'une telle preuve par la caution. La caution avertie sera tenue de prouver qu'elle était moins bien informée que le créancier. Or, la caution avertie est justement, selon la jurisprudence, celle qui dispose d'une expérience réelle de la vie des affaires de sorte qu'elle est capable de mesurer les capacités de développement et des

¹²⁴ Cass. com. 18 janvier 2017, Bull. civ. IV, n° 8, n° 15-12723 ; *RD banc. et fin.* 2017, comm. 71, note D. Legeais ; *RTD com.* 2017, p. 625, obs. A. Lecourt ; *resp. civ. et assur.* 2017, comm. 116 ; *resp. civ. et assur.* 2018, fasc. 335-20, obs. V. Thomas et L. Bloch. Ces critères étaient déjà retenus par les juges en 2016 : Cass. com., 2 nov. 2016, inédit ; *RD banc. fin.* 2017, comm. 15 obs. D. Legeais ; *BJS* 2017, p. 7, note Ch. Juillet ; les juges démontrent que la caution était avertie en prouvant d'une part son expérience et d'autre part l'implication dans l'opération financée.

¹²⁵ Cass. com., 22 mars 2016, Bull. civ. IV, n° 42, n° 14-20216, *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 117, obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 7 juin 2016, p. 70, note M. Bourassin ; *resp. civ. et assur.* 2016, comm. 198 ; n'est pas non plus suffisante la qualité de commerçante de la caution : Cass. com., 5 avr. 2016 ; *resp. civ. et assur.* 2016, comm. 231.

¹²⁶ Les juges se montrant parfois cléments envers les cautions : Cass. com. 22 mars 2016, Bull. civ. IV, n° 42, v. n° 47, note n° 120. Et appliquant parfois des critères classiques : Cass. com., 2 nov. 2016, v. n° 47, note n° 119. L'un des commentateurs de ce second arrêt a d'ailleurs affirmé que « la qualification d'avertie ou non de l'emprunteur ou de la caution relève donc un peu de la loterie » : D. Legeais, *RD banc. et fin.* 17, comm. 15.

perspectives de gains de la société cautionnée¹²⁷. L'apport d'une telle preuve d'asymétrie d'information en défaveur de la caution avertie semble dès lors impossible¹²⁸. Il est donc possible pour simplifier les solutions, de retenir qu'en l'état de la jurisprudence, les cautions qualifiées d'averties au regard de leurs compétences et de leurs connaissances de la société garantie, ne peuvent invoquer utilement le bénéfice de proportionnalité du cautionnement.

49. **Questionnement de la cohérence du champ d'application.** Il est vrai que les cautions non averties ont un vrai besoin de protection. Ce besoin de protection rend nécessaire non seulement leur mise en garde contre les risques résultant de leur engagement, mais également la limitation de l'étendue de leur engagement. On pourrait penser qu'à l'inverse, les cautions averties sont en mesure de prendre soin elles-mêmes de la protection de leur patrimoine, de sorte qu'elles n'auraient pas besoin d'être protégées par la règle de proportionnalité. Il est important de rappeler que les cautions averties sont également exclues de la protection résultant du devoir de mise en garde¹²⁹. Les créanciers professionnels sont, en effet, tenus d'un devoir de mise en garde envers les cautions non averties¹³⁰. Les cautions non averties sont celles qui en raison de leur manque d'expérience, ne sont *a priori* pas en mesure de comprendre les risques résultant de leur engagement de caution. Ce sont justement les informations qui sont délivrées par le créancier lorsqu'il remplit son devoir de mise en garde¹³¹, de sorte que ces informations sont délivrées aux cautions qui en ont réellement besoin¹³². Le domaine d'application du devoir de mise en garde est parfaitement adapté à sa finalité et à son objet. Il s'agit de délivrer une information relative au risque du cautionnement, le but étant de permettre aux cautions de

¹²⁷ La notion de caution avertie a été précisée en particulier à travers le contentieux relatif à l'obligation de mise en garde. Il en ressort que la qualité de dirigeant social ne fait pas de la caution une caution avertie. v. Cass. com. 7 février 2018, n° 16-19516 ; Cass. com., 9 mai 2018, n° 17-10918 ; Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-15937. L'expérience professionnelle et les études de la caution sont prises en considération : Cass. com., 17 janvier 2018, n° 16-21433. Pour un exposé des critères retenus par les juges pour apprécier la qualité de la caution v. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 105, n° 164.

¹²⁸ À l'origine, il n'était pas impossible pour les cautions dirigeantes d'apporter la preuve de cette asymétrie d'information. En revanche, la caution avertie ne peut prouver l'asymétrie d'information.

¹²⁹ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, Bull. ch. mixte n° 7.

¹³⁰ Sur le devoir de mise en garde : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 104 et s., n° 163 et s.

¹³¹ V. Legrand, « Le créancier professionnel et la caution non avertie... Regain », *LPA* 21 nov. 2012, n° 233, p. 11. L'auteur affirme que la distinction de l'exigence de la proportionnalité et du devoir de mise en garde aurait dû conduire les juges à abandonner l'exclusion de la protection des cautions averties. Il précise que le devoir de mise en garde a un objet double. Il consiste d'une part à avertir la caution du risque d'insolvabilité du débiteur et du danger lié à sa défaillance probable et d'autre part à l'avertir du risque de l'engagement excessif de la caution elle-même lié à la disproportion entre le montant de son engagement et ses facultés de paiement.

¹³² J.-J. Ansault, note sous Cass. com. 18 janv. 2017, *Rev. Sociétés*, 2017, p. 282 : « la position qui consiste à apprécier *in concreto* la situation de la caution dans deux dimensions - objective (connaissance réelle des informations relatives aux risques encourus) et subjective (compréhension effective des risques encourus) - fait sens ».

s'engager en pleine conscience des risques qu'elles encourent. Il est donc naturel de délivrer cette information aux cautions qui ne connaissent pas les dangers relatifs au contrat de cautionnement. Retrouve-t-on la même cohérence entre d'une part l'objet et la finalité du texte et d'autre part son domaine d'application lorsque l'on envisage de protéger les cautions non averties par la proportionnalité du cautionnement ? Précisément, se pose la question de savoir s'il est pertinent de distinguer les situations des cautions qui avaient conscience du risque de celles qui ont seulement été initiées aux dangers du cautionnement avant de souscrire un tel engagement. Le mécanisme de la proportionnalité ne semble pas, contrairement au devoir de mise en garde, évidemment destiné aux cautions non aguerries à la vie des affaires. L'insolvabilité des cautions pouvant être qualifiées de cautions averties n'est pas moins préoccupant que l'insolvabilité touchant les cautions inexpérimentées. Ainsi, l'asymétrie d'informations entre le créancier et la caution ne doit pas être une condition d'application du principe de proportionnalité si ce principe a pour but d'éviter l'insolvabilité des cautions.

50. **Incohérence des champs d'application retenus en jurisprudence.** En définitive, les différents champs d'application successivement retenus par la Cour de cassation ne sont pas cohérents avec la finalité de la règle de proportionnalité. De la même façon, il aurait été critiquable de protéger par la règle de proportionnalité uniquement les cautions non professionnelles.

II. La protection des cautions non professionnelles

51. **Exclusion non cohérente avec la finalité de la règle.** Les textes prévoyant l'exigence de proportionnalité ont été placés au sein du Code de la consommation, de sorte que l'on aurait pu envisager de protéger uniquement les cautions pouvant être assimilées à des consommateurs. Auraient alors été protégées par l'exigence de proportionnalité les cautions personnes physiques agissant « à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de [leur] activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹³³. Ce critère n'est pas pertinent, dès lors que les cautions agissant dans le cadre de leur activité professionnelle doivent également être protégées contre l'insolvabilité. En outre, agir dans le cadre de son activité professionnelle n'est ni un gage de maîtrise des risques, ni un gage d'engagement volontaire et réfléchi. La caution salariée par exemple, pourrait être en pratique contrainte de se porter caution des dettes de la société qui l'emploie. Cette caution n'est pas nécessairement avertie. Elle n'a pas accès aux informations

¹³³ Art. liminaire du Code de la consommation. Sur la notion de consommateur : Y. Picod, *Droit de la consommation*, Dalloz université, 4^e éd., 2018 p. 36 et s., n° 38 et s.

relatives à la santé économique de cette société, de sorte qu'elle ne doit pas être exclue de la protection offerte par le principe de proportionnalité. Les professionnels indépendants ne doivent pas non plus être exclus de la protection offerte par la proportionnalité sous prétexte qu'ils se portent caution dans le cadre de leur activité professionnelle. Si la finalité de la proportionnalité est d'éviter que les cautions se trouvent insolvables en raison de leur engagement de caution¹³⁴, aucune distinction ne doit être faite relativement à la nature de la dette cautionnée. Il est donc nécessaire de protéger toutes les cautions, qu'elles agissent ou non dans le cadre de leur activité professionnelle.

52. **Recherche d'un champ d'application cohérent.** Aucun des champs d'application envisagé n'est cohérent avec la finalité de la règle. Si la protection des cautions contre l'insolvabilité est nécessaire en raison du caractère unilatéral du contrat de cautionnement, il semble qu'on ne puisse admettre que certaines cautions en proie à l'insolvabilité soient exclues de cette protection. Les seules cautions qui pourraient être exclues de cette protection sont les cautions qui tirent un avantage personnel de leur engagement en tant que caution, ce qui atténue la rigueur du cautionnement découlant de son caractère unilatéral.

§ 2 : Les solutions cohérentes avec la finalité de la règle

53. **Précision de la finalité de la règle de proportionnalité.** Les cautions doivent être mises à l'abri de l'insolvabilité qui pourrait résulter de leur engagement. En s'engageant, les cautions contractent une dette bien que celle-ci présente un caractère hypothétique. Cette dette s'ajoute à leur passif et pourrait donc les mettre en situation d'insolvabilité. Dès lors que toutes les cautions risquent de se trouver en situation d'insolvabilité en raison de leur engagement, il est naturel de considérer que toutes les cautions doivent être mises à l'abri. Néanmoins, la protection des cautions contre l'insolvabilité résulte du fait que le cautionnement est un engagement pour autrui. L'insolvabilité est particulièrement inacceptable lorsqu'elle résulte d'un tel engagement. Se pose donc la question de savoir s'il faut protéger les cautions dont le cautionnement ne permet pas de satisfaire un intérêt personnel ou toutes les cautions quel que soit leur intérêt à l'opération cautionnée dès lors que leur cautionnement demeure un contrat unilatéral. Il faudra donc choisir entre l'exclusion des cautions intéressées (I) et la protection de toutes les cautions personnes physiques (II). Enfin, dès lors que la lutte contre l'insolvabilité

¹³⁴ Le caractère unilatéral du cautionnement rend particulièrement préoccupant l'insolvabilité résultant de ce contrat. v. n° 31.

répond à des objectifs différents en présence de personnes physiques et de personnes morales, il conviendra d'étudier distinctement le sort des cautions personnes morales (III).

I. L'exclusion des cautions intéressées

54. **Précision de la finalité de la règle de proportionnalité du cautionnement.** Quelle réponse apporter à la question de savoir s'il convient de protéger toutes les cautions personnes physiques afin de les mettre à l'abri de l'insolvabilité ou s'il est plus juste de ne protéger que les cautions ayant agi sans intention lucrative ? Pour trancher, il faut retenir que la difficulté d'identification des cautions intéressées est avérée (A), tandis que les avantages de cette distinction sont mitigés (B).

A. La difficulté avérée d'identification des cautions intéressées

55. **Identification difficile des cautions protégées.** Est envisagée la protection par la règle de proportionnalité des cautions dénuées d'intention de percevoir un avantage financier de leur engagement. L'inconvénient principal de ce champ d'application réside dans l'identification de ces cautions intéressées. Il sera, en effet, difficile de définir quelles sont les cautions pour lesquelles l'opération financée présente un intérêt financier personnel. Les cautions intéressées seront celles qui espèrent percevoir un bénéfice de l'opération cautionnée. Les associés de la société cautionnée sont donc les premiers concernés dès lors qu'ils participent aux bénéfices réalisés par les sociétés¹³⁵. Toutefois, se pose la question de savoir si tous les associés cautionnant les dettes de leur société doivent être exclus de la protection. Il peut sembler injuste d'exclure de la protection les associés minoritaires se portant caution dans l'intérêt de la société et qui ne percevront qu'un bénéfice minime ou indirect en cas de succès de l'opération financée. L'exemple allemand témoigne de cette difficulté. En Allemagne, seules sont protégées par le principe de proportionnalité, fondé sur l'alinéa 1^{er} du § 138 BGB relatif aux bonnes mœurs¹³⁶,

¹³⁵ L'associé est « une personne physique ou morale réalisant un apport et recevant en contrepartie des droits sociaux nommés parts sociales ou actions » : M.-H. Monsérié-Bon, L. Grosclaude, *Droit des sociétés et des groupements*, LGDJ, 2016, p. 107, n° 237 ; v. Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° Associé, ée « Membre d'un groupement constitué sous forme de société dont les droits essentiels consistent à participer aux bénéfices, à concourir au fonctionnement de la société, à être informé de la marche de celle-ci et dont les obligations principales sont la libération de ses apports et la contribution aux pertes (cette dernière obligation étant plus ou moins étendue suivant le type de société) » ; sur la notion d'associé : B. Petit, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 6^e éd., 2015, p. 49, n° 75 ; P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2018, p. 91 n° 94 et 95.

¹³⁶ Cette jurisprudence a pour origine une décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (Bundesverfassungsgericht, BVerG) en date du 19 octobre 1993 (NJW 1994, 36) ; *RTD civ.* 1994, p. 449, *RTD civ.* 1995, p. 705 ; *RTD civ.* 1997 p. 277. Sur cette jurisprudence : P. Ancel, « Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien », *RDC* 2003, n° 1, p. 225.

les cautions « dignes de protection au moment de la signature du contrat, c'est-à-dire inexpérimentée et victime de pressions affectives ou psychologiques, notamment familiales »¹³⁷ et à condition que le créancier ait connaissance de l'inexpérience de la caution ou qu'il n'ait pas cherché à la connaître. Bien que la vulnérabilité de la caution soit présumée dès lors que la disproportion existe, les cautions associés ou commanditaires sont exclues de cette protection¹³⁸. Néanmoins, il est admis que les associés dont la participation est insignifiante peuvent invoquer le non-respect des bonnes mœurs. Cette admission exceptionnelle de la protection d'un associé crée des incertitudes, les juges allemands devant distinguer les participations faibles des participations insignifiantes. Pour l'heure, la jurisprudence allemande a affirmé qu'un associé détenant une participation de 10 pourcents ne pouvait être protégé par la règle de proportionnalité, sa participation dans la société cautionnée n'étant pas insignifiante¹³⁹. Pour éviter ces incertitudes, il serait possible de réserver strictement la protection offerte par la règle de proportionnalité aux cautions qui ne tirent aucun profit financier personnel de l'opération cautionnée. Pourtant, il semblerait plus juste d'admettre, sur le modèle allemand, que les associés minoritaires se portant caution agissent avant tout pour autrui et que le bénéfice personnel qu'ils tirent de l'opération est secondaire de sorte qu'ils méritent d'être protégés. Ajoutant à la complexité, il est possible de remarquer que si certaines cautions sont exclues de la protection offerte par le principe de proportionnalité en raison des bénéfices qu'ils espèrent retirer de l'opération financée, le critère d'exclusion de la protection de ces cautions semble être la détention de parts sociales ou d'actions par ces cautions et non les fonctions exercées ou non par elles au sein de la société. Ainsi, si les associés minoritaires sont admis à profiter de la protection car leur intérêt dans l'opération n'est pas significatif, les dirigeants minoritaires devraient également être en mesure d'invoquer cette règle. Ne devraient finalement être exclues que les cautions qui agissent dans leur intérêt propre et dans le but de tirer un avantage financier personnel de l'opération cautionnée.

56. **Question des membres des familles des dirigeants.** Poseront difficultés toutes les hypothèses dans lesquelles les membres de la famille du dirigeant se portent caution avec lui des dettes de sa société. Faudra-t-il considérer que le fait d'être un membre du foyer du dirigeant fait de la caution une caution indirectement intéressée dès lors que le dirigeant perçoit des revenus de

¹³⁷ v. F.-X. Licari, « Les principales sûretés personnelles du droit allemand », étude n° 520, in *Lamy droit des sûretés*, juillet 2018, n° 520-17.

¹³⁸ En pratique, les cautions bénéficiant du principe de proportionnalité en droit allemand sont donc souvent des membres de la famille du débiteur. Peuvent également se prévaloir de cette règle les salariés cautions des dettes de leurs employeurs.

¹³⁹ v. F.-X. Licari, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'opération cautionnée ? Il semble que les revenus profitant au foyer ne doivent pas être considérés comme des bénéfices attendus par la caution, puisque ces bénéfices ne sont pas perçus directement par le proche du dirigeant, mais lui profitent indirectement lorsqu'ils sont perçus par le dirigeant. Il est fréquent que le conjoint ou les membres de la famille proche du dirigeant se portent caution avec lui des dettes de sa société, de sorte que cette question se posera inmanquablement si le critère de l'exclusion des cautions intéressées financièrement est retenu¹⁴⁰.

57. **Accroissement du contentieux.** Le contentieux qui pourrait résulter de l'identification des cautions ayant un intérêt patrimonial à se porter caution rappellerait celui de l'identification des cautions averties qui se développe lorsqu'est invoqué le régime jurisprudentiel de la proportionnalité. Le contentieux prévisible relatif à la détermination des cautions espérant un avantage financier de l'opération cautionnée ne remplacerait pas le contentieux de la détermination des cautions averties mais s'y ajouterait. En effet, la casuistique liée à la détermination de la caution non avertie demeurerait sur le terrain du devoir de mise en garde. En l'absence de mise en garde, les cautions pourraient arguer de leur qualité de caution non avertie pour invoquer la faute du créancier. L'étude de la jurisprudence permet de constater que les cautions invoquent souvent ensemble le non-respect du principe de proportionnalité et le défaut de mise en garde, de sorte que la question de la qualification de caution avertie ou non devrait être posée encore fréquemment. Au vu de ces inconvénients, il convient de se demander si l'exclusion des cautions intéressées est judicieuse. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'étudier les différents avantages résultant de cette exclusion.

B. Les avantages mitigés de l'exclusion des cautions intéressées

58. **Avantages propres à l'exclusion des dirigeants cautions.** Deux avantages résultaient de l'exclusion des dirigeants cautions retenues par l'arrêt Nahoum. Ces avantages ne peuvent toutefois être invoqués pour la défense de l'exclusion de toutes les cautions intéressées. Ils existent lorsque les cautions intéressées sont des dirigeants de société, mais sont inopérants pour les autres cautions intéressées. En outre, ils ne bénéficieraient pas aux cautions dirigeantes minoritaires qui ne pourraient être qualifiées de cautions intéressées. Ces avantages propres à l'exclusion des dirigeants cautions sont liés à l'aspect psychologique spécifique des

¹⁴⁰ Sur cette pratique posant par ailleurs la question du caractère civil ou commercial du cautionnement : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 78, n° 114. Les auteurs rappellent que le cautionnement est commercial si la caution est personnellement intéressée à la créance garantie et précisent que l'intérêt des salariés à garantir les dettes de leur société est incertain.

cautionnements des dirigeants sociaux (1) et aux conséquences de la règle de proportionnalité sur l'octroi de crédit aux entreprises (2).

1. La spécificité des cautionnements des dirigeants sociaux

59. **Aspect psychologique du cautionnement du dirigeant.** L'exclusion initiale des dirigeants de société caution était cohérente avec le but recherché par le créancier lorsqu'il demande au dirigeant d'une société de se porter caution de ses dettes. Le créancier ne cherche pas seulement les effets classiques du cautionnement : il souhaite faire tomber la protection du patrimoine personnel du dirigeant offerte par l'écran social¹⁴¹. Cette technique lui permet de s'assurer que le dirigeant mettra tout en œuvre pour que sa société paie elle-même sa dette¹⁴². Or, dans ce contexte, offrir la possibilité au dirigeant d'échapper à l'exécution de son engagement de caution pourrait faire fléchir sa détermination à faire en sorte que sa société honore son engagement. Il était dès lors bienvenu d'exclure le dirigeant de société de la protection offerte par la règle de la proportionnalité, afin qu'il ne puisse y voir une échappatoire.
60. **Avantage propre aux dirigeants cautions.** Cet argument en faveur de l'exclusion des dirigeants cautions n'est pourtant pas recevable pour les autres cautions intéressées. Si toutes les cautions intéressées sont susceptibles de trouver dans leur cautionnement une source de motivation supplémentaire à voir l'opération aboutir, seules les cautions menant le projet financé ont un réel pouvoir influant sur l'issue de l'opération garantie. Les cautions intéressées mais ne disposant d'aucun pouvoir de décision se trouveront impuissantes à faire en sorte que le projet financé aboutisse. Ainsi, l'avantage résultant de l'exclusion de la règle de proportionnalité des dirigeants cautions ne peut être invoqué pour défendre l'exclusion de toutes les cautions intéressées. À l'inverse, l'autre avantage résultant de l'exclusion de la règle de

¹⁴¹ Sur les sociétés à risques limités rappelant que les actifs de la société constituent seuls l'assiette du droit de gage de ses créanciers : P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2018, p. 39 s., n° 8 s. : « si la société est devenue insolvable, les créanciers impayés ne pourront pas poursuivre les associés sur leurs biens propres ».

¹⁴² Sur cet aspect spécifique du cautionnement donné par le dirigeant de la société cautionnée : L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 12^e éd., LGDJ, 2018, p. 134 et s., n° 239. Les auteurs ont mis en évidence la fonction du cautionnement du dirigeant social. Ils affirment que « les banques recherchent souvent ce type d'engagement avant de nouer une relation de crédit avec une société, non pas tellement en raison de la solvabilité des dirigeants sociaux : le patrimoine de ceux-ci peut ne pas être florissant et de toute façon risque de se révéler insuffisant, compte tenu du volume du crédit, par conséquent de la dette. En réalité, les banques cherchent à impliquer personnellement les dirigeants sociaux dans la conduite de l'entreprise, souvent afin d'asseoir leur confiance. Si les dirigeants se portent caution c'est que le pari qu'implique un soutien financier n'est pas déraisonnable, et que le dirigeant caution aura à cœur de le gérer prudemment ».

proportionnalité des dirigeants cautions se retrouve à l'identique pour l'exclusion des cautions intéressées par l'opération financée. Toutefois cet avantage n'apparaît pas déterminant.

2. L'effet sur l'octroi de crédit aux entreprises ?

61. **Impact théorique de la règle sur l'octroi de crédit.** L'exclusion des dirigeants cautions permettait d'éviter de bloquer l'accès au crédit des entrepreneurs qui souhaitent démarrer ou développer une activité, mais qui ne disposent pas personnellement de fonds suffisants pour que leur cautionnement soit à la fois proportionné à leurs biens et revenus et intéressant pour les créanciers. L'octroi de crédit à une société ne doit pas dépendre des ressources personnelles de son dirigeant, mais des chances de réussite du projet. Or, affirmer que le cautionnement doit être proportionné aux biens et revenus du dirigeant de société revient à interdire au créancier d'exiger un cautionnement trop important par rapport aux facultés de remboursement du dirigeant. Le créancier, ainsi limité dans sa prise de sûreté, limiterà à son tour le montant du crédit offert au dirigeant. L'effet pervers de la règle de proportionnalité est de faire dépendre l'octroi de crédit non de la viabilité du projet financé, mais des capacités de remboursement de la caution¹⁴³. L'exclusion des dirigeants de société éviterait que la protection offerte par la règle de proportionnalité porte atteinte au crédit consenti aux entreprises. En effet, si les dirigeants de société sont exclus de la règle de proportionnalité, le créancier pourra obtenir de leur part des cautionnements suffisamment importants pour accepter de prêter aux sociétés les sommes nécessaires au lancement ou au développement de leur activité.

62. **Doute sur la réalité pratique de l'impact.** Encore faut-il, pour que cet argument soit recevable, que l'effet pervers décrit soit démontré. Or, globalement, le crédit aux entreprises se porte bien en France. Si les chiffres sont rassurants, il convient de s'intéresser de plus près aux crédits octroyés aux entreprises les plus modestes. En effet, les entreprises les plus importantes inspirent naturellement confiance¹⁴⁴. Même si les très petites entreprises¹⁴⁵ n'obtiennent pas les crédits demandés aussi aisément que les entreprises de taille intermédiaires¹⁴⁶ ou les petites et moyennes entreprises¹⁴⁷, 85 pourcents des crédits d'investissements demandés par elles au

¹⁴³ Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994. L'auteur mettait particulièrement en garde contre les effets pervers résultant des règles de protection : « Les exemples que je donne des effets pervers attachés à une loi peuvent tous se rattacher à une sorte de règle sociologique de l'esprit, résultant de deux axiomes enchaînés : 1 / toute protection juridique tend, avec le temps, à se développer et à devenir excessive ; 2 / toute protection excessive se retourne fatalement contre la personne protégée », p. 310.

¹⁴⁴ Leurs difficultés financières sont relatives car elles peuvent souvent trouver les moyens de rebondir.

¹⁴⁵ Il s'agit des entreprises qui, si elles en emploient, emploient au maximum 9 salariés.

¹⁴⁶ Il s'agit des entreprises qui emploient entre 250 et 4 999 salariés.

¹⁴⁷ Il s'agit des entreprises qui emploient entre 10 et 249 salariés.

dernier trimestre de l'année 2017 leur ont été octroyés. Ce chiffre démontre que les très petites entreprises désirant développer leur activité trouvent très souvent un créancier qui accepte de financer leur projet¹⁴⁸.

63. **Absence de blocage du crédit octroyé aux entreprises.** Ainsi, le crédit aux entreprises n'est pas ralenti. Pourtant, la loi Dutreil a permis à toutes les cautions personnes physiques d'invoquer la disproportion de leur engagement. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, les dirigeants de société, les associés et toutes autres cautions intéressées sont privés de la possibilité d'offrir des cautionnements disproportionnés à leurs facultés de paiement. Ce constat démontre que la protection des dirigeants et des associés qui se portent cautions ne crée pas de blocage du crédit aux entreprises.
64. **Solutions offertes au créancier.** Cette absence de blocage peut être expliquée. Le créancier confiant peut se contenter d'un cautionnement proportionné aux biens et revenus du dirigeant caution qui ne couvrira pas l'intégralité de la somme empruntée par la société. Le créancier peut encore encourager le débiteur à se tourner vers des organismes de solidarité active. Certaines associations proposent de garantir gratuitement les prêts accordés aux entrepreneurs¹⁴⁹. Bien évidemment, les projets bénéficiant de cette aide sont sélectionnés. Seuls les projets ayant les meilleures chances de réussite obtiennent la garantie des prêts nécessaires à leur réalisation. L'absence de blocage du crédit résulte également de la possibilité pour le créancier de se faire consentir des sûretés diversifiées. Comme il l'a été rappelé, le cautionnement du dirigeant présente une importance particulière pour le créancier en raison de son aspect incitatif. Toutefois, le créancier peut exiger d'autres garanties en complément du cautionnement limité offert par le dirigeant de société. Le créancier est libre de demander non seulement le cautionnement du dirigeant de la société débitrice, mais également d'autres sûretés réelles ou personnelles. D'ailleurs, en pratique, le créancier demandera souvent le cautionnement des

¹⁴⁸ Pour plus de chiffres v. Enquête trimestrielle auprès des entreprises sur leur accès au crédit en France, du 18 janvier 2018. 1° les ETI concernant les crédits de trésorerie : « L'obtention (en totalité ou à plus de 75 %) reste élevée à 89 %, après 92 % au trimestre précédent ». Concernant les crédits d'investissement « 98 % des ETI obtiennent en totalité ou en grande partie les crédits demandés ». Concernant les crédits d'équipement : 87 % d'obtention. La banque de France rappelle que « les ETI ont accès au marché des titres privés, ce qui doit être pris en considération dans l'interprétation des résultats les concernant » ; 2° les PME : les demandes de lignes de crédit des PME sont « largement satisfaites ». Concernant les crédits de trésorerie : « 84 % des PME obtiennent totalement ou en grande partie les crédits demandés » (chiffre en progression par rapport au troisième trimestre). Concernant les crédits d'investissement « 96 % des PME obtiennent (en totalité ou à plus de 75 %) les crédits souhaités ». Concernant les crédits d'équipement, « l'obtention se maintient à haut niveau (91 %) » ; 3° les TPE : concernant les crédits de trésorerie on constate une légère baisse : 65 % après 67 %, « sans s'écarter de la moyenne des derniers trimestres ». Concernant les crédits d'investissement : « 85 % des TPE ont obtenu en totalité ou en grande partie les financements souhaités ».

¹⁴⁹ 42 associations territoriales formant le groupe France active.

associés et des proches du dirigeant. Même si chacun de ces cautionnements doit être proportionné aux biens et revenus de chaque caution, la multiplication de ces cautionnements permettra souvent au créancier de garantir l'intégralité de la somme prêtée. Pour que cette multiplication des sûretés personnelles permette d'échapper à la sanction du cautionnement disproportionné, le créancier devra prendre soin de se faire consentir des cautionnements non solidaires. En effet, si les cautions s'engagent solidairement, la proportionnalité de leur engagement sera appréciée en considération de la somme totale pouvant leur être réclamée par le créancier et non en considération de leur part contributive au sein du cautionnement solidaire¹⁵⁰. Le cumul de plusieurs cautionnements permet souvent à la société d'obtenir du crédit bien que ces cautionnements soient limités par le principe de proportionnalité. En somme, s'il pouvait sembler intéressant d'interdire aux dirigeants de société de se prévaloir du principe de proportionnalité pour éviter le blocage du crédit aux entreprises, un tel raisonnement ne peut être transposé à l'identique à l'exclusion de toutes les cautions intéressées. Dès lors qu'il est possible d'identifier des associés ou d'autres personnes intéressées par l'opération garantie, leur cautionnement peut être sollicité par le créancier. Il lui sera alors possible de cumuler des cautionnements, de sorte que la limite prévue par la règle de proportionnalité ne devrait pas l'empêcher d'obtenir des garanties couvrant l'intégralité de sa créance. Ainsi, c'est souvent lorsqu'un unique cautionnement peut être offert au créancier que la règle de proportionnalité entraîne un blocage du crédit aux entreprises. Si plusieurs personnes sont intéressées à la dette, leurs cautionnements pourront s'additionner, ce qui déblocuera l'accès au crédit. Ainsi, du point de vue de l'accès au crédit, il n'est nulle raison d'exclure toutes les cautions intéressées à la dette de la protection offerte par la proportionnalité.

65. **Refus de crédits justifiés.** Rares sont les hypothèses dans lesquelles le dirigeant de société est seul et se trouve dans l'impossibilité de proposer à son créancier le cautionnement d'autres personnes en complément du sien. Une telle situation n'est toutefois pas irréaliste. Tel pourrait être le cas par exemple du dirigeant et associé unique d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Encore faudrait-il que ledit dirigeant soit seul à soutenir le projet

¹⁵⁰ Cass. 1^{er} civ., 22 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 362, n° 94-15615 : arrêt rendu sur le fondement de l'article L. 313-10 c. consom, selon les juges la cour d'appel était tenue de prendre en compte les revenus de chacune des cautions solidaires, pour les comparer au montant total du cautionnement, puisque ces cautions « pouvaient se voir réclamer chacune le paiement intégral de la dette », *D.* 1997, p. 515 note M. Wacongne. Dans le même sens sur le fondement du principe de proportionnalité jurisprudentiel : Cass. 1^{er} civ. 27 fév. 2007, inédit ; Cass. com., 13 sept. 2011, *JCP éd. G* 2011, 1259, n° 4, obs. Ph. Simler ; *RCA* n° 12, déc. 2011, comm. 398 ; L. Aynès et C.-A. Michel, étude 110, in *Lamy droit des sûretés*, n° 110-75 : qui affirment que « la solution est transposable à l'article L. 341-4 du Code de la consommation ». Transposition de la solution lorsque la règle de proportionnalité est invoquée sur le fondement de l'anc. art. L. 341-4 c. consom : Cass. com., 15 déc. 2009, inédits, n° 08-70226 et 09-65264 ; *RLDC* 2009/68, n° 3713, obs. J.-J. Ansault.

envisagé et pour lequel l'obtention d'un crédit est nécessaire. L'accès au crédit de telles entreprises pourrait être compliqué par la proportionnalité du cautionnement. Si le dirigeant social dispose de faibles ressources financières et demande des fonds importants pour sa société, son cautionnement pourrait être insuffisant pour garantir le remboursement du crédit. Cependant, s'il porte seul le projet de sa société, il est légitime de se demander s'il est judicieux de lui octroyer le prêt demandé. Cette hypothèse suppose que le créancier ne voit pas dans l'opération envisagée un projet innovant méritant qu'il prenne un risque particulier en accordant le crédit demandé, que les organismes solidaires aient également refusé de garantir gratuitement ledit prêt, et enfin que le dirigeant de société ne soit pas capable de proposer en complément de son cautionnement une autre sûreté réelle ou personnelle intéressante pour le créancier. Seront donc privées de crédit les sociétés soutenues uniquement par leur dirigeant, qui d'une part ne disposent pas de ressources suffisantes pour proposer un cautionnement à la fois intéressant et proportionné et d'autre part proposent un projet qui n'est pas suffisamment solide aux yeux des créanciers.

66. **Effet sur le crédit non dirimant.** L'effet pervers du principe de proportionnalité du cautionnement résidant dans la difficulté d'obtenir des crédits pour les entreprises dont les dirigeants n'ont pas de ressources suffisantes était le principal argument en faveur de l'exclusion des dirigeants de la règle de proportionnalité du cautionnement. À l'analyse, cet effet pervers n'est pas un obstacle dirimant. En conclusion, le bilan des avantages et inconvénients de l'exclusion de la protection des cautions intéressées à l'opération financée est négatif. En effet, l'exclusion de ces cautions ferait naître un contentieux important portant sur la détermination des cautions intéressées. Ce contentieux s'ajouterait au contentieux existant relatif à la détermination des cautions averties lesquelles ne sont pas créancières d'un devoir de mise en garde. L'exclusion des seuls dirigeants permettrait de les inciter à s'assurer du paiement par leur société, tout comme elle faciliterait l'octroi au crédit des plus petites entreprises. Néanmoins, ces objectifs ne sont pas cohérents avec l'exclusion de toutes les cautions intéressées.
67. **Étude de la protection de toutes les cautions personnes physiques.** En définitive, la protection des seules cautions non intéressées à l'opération garantie est contestable. D'une part, elle ferait naître un contentieux important et d'autre part elle ne créerait d'avantages qu'en ce qu'elle inclurait l'exclusion de la majorité des dirigeants de société. L'autre champ d'application cohérent avec la finalité de la règle de proportionnalité retiendra donc notre attention : la protection de toutes les cautions personnes physiques.

II. *La protection de toutes les cautions personnes physiques*

68. **Défaut de la protection de toutes les personnes physiques.** La protection des personnes physiques a été retenue tant par le législateur à l'occasion de la loi Dutreil que par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés. Ce champ d'application peut néanmoins être critiqué dès lors qu'il permet aux cautions mal intentionnées de souscrire volontairement un engagement disproportionné dans le but d'invoquer ensuite la règle de proportionnalité. Ce constat invite à chercher une alternative pour pallier les inconvénients de la protection de l'ensemble des cautions personnes physiques (A). La volonté de proposer un champ d'application cohérent avec la finalité de la règle de proportionnalité permettra de découvrir un remède consistant dans la protection des seules personnes physiques de bonne foi (B).

A. *La protection retenue de toutes les personnes physiques*

69. **Cohérence de la protection de l'ensemble des personnes physiques.** La protection de toutes les cautions personnes physiques serait en adéquation avec la finalité de protection contre l'insolvabilité. Cette protection est justifiée parce que le cautionnement est un contrat unilatéral étant entendu que toutes les cautions s'engagent en garantie de la dette d'autrui et risquent de se trouver en situation d'insolvabilité si leur cautionnement est disproportionné. Ce champ d'application a été choisi par le législateur de 2003 et est également retenu par l'avant-projet Capitant.

70. **Exigence légale de proportionnalité.** Coexistent dans le Code de la consommation l'article L. 332-1 et l'article L. 314-18 qui sont deux textes relatifs à l'exigence de proportionnalité du cautionnement. Les exigences de proportionnalité prévues par ces textes sont strictement identiques. Cependant, alors que le domaine d'application de l'article L. 332-1 du Code de la consommation est assez largement ouvert, l'article L. 314-18¹⁵¹ n'est applicable qu'à certains créanciers qui font de l'octroi de crédit l'objet de leur profession¹⁵² et n'est applicable que si le crédit consenti au débiteur principal peut être qualifié de crédit à la consommation ou de crédit immobilier¹⁵³. Ainsi, le domaine d'application de cet article est plus restreint que celui de

¹⁵¹ Cf. sur l'article L. 314-18, anc. art. L. 313-10 c. consom. : J. Raynaud, « La solvabilité de la caution », *LPA* 21 janv. 2000, n° 15, p. 12 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 201, n° 268.

¹⁵² Le créancier doit être « un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier », art. L. 314-18 c. consom.

¹⁵³ Article applicable au « cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres II ou III du présent titre, conclu par une personne physique » art. L. 314-18 c. consom.

l'article L. 332-1 du même code. Le domaine d'application de l'article L. 314-18 est d'ailleurs totalement absorbé par le domaine d'application de l'article L. 332-1 de sorte que lorsque l'article L. 314-18 est applicable, l'article L. 332-1 l'est également¹⁵⁴. Il apparaît que l'existence de l'article L. 314-18 s'explique par son adoption antérieure à celle de l'article L. 332-1. Ainsi, rien ne justifie plus, aujourd'hui, le maintien de cet article. Comme les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, nous préconisons une abrogation de ce texte¹⁵⁵. Il en résulte que seul l'article L. 332-1 du Code de la consommation est intéressant pour l'étude du domaine d'application de la proportionnalité du cautionnement.

71. Protection de toutes les cautions personnes physiques. L'article L. 332-1 du Code de la consommation protège toutes les cautions personnes physiques. Bien que les dispositions de cet article soient claires, elles ont provoqué la surprise des spécialistes. La loi Dutreil a été promulguée au mois d'août 2003, soit moins d'un an après l'arrêt Nahoum qui avait restreint la possibilité pour les dirigeants de société caution de se prévaloir de la disproportion de leur engagement. Les juges étaient parvenus à un équilibre, permettant aux cautions non dirigeantes de se prévaloir de la disproportion de leur engagement pour invoquer la responsabilité de leur créancier et excluant de cette protection les cautions dirigeantes. C'est pourquoi les auteurs se sont demandé si le législateur avait réellement eu la volonté de protéger, sans distinction, toutes les personnes physiques¹⁵⁶. Ces interrogations doctrinales étaient justifiées également par l'insertion de la nouvelle exigence de proportionnalité au sein du Code de la consommation¹⁵⁷.

¹⁵⁴ D. Bakouche, « La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence », *CCC* avril 2004, chron. 5 : « On observera encore, soulignant une nouvelle fois la médiocrité du travail accompli, que le législateur n'a pas pris la peine d'abroger les dispositions antérieures qui font aujourd'hui doublons avec les dispositions nouvelles. Ainsi, le nouvel article L. 341-4 du Code de la consommation rend inutile l'article L. 313-10 du même code, non seulement parce que la teneur de la règle posée est la même dans les deux textes, mais aussi, et surtout, parce que le domaine du premier est plus large que celui visé par le second » ; P. Crocq, « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD civ.* 2004, p. 124 : qui considère que le législateur a oublié d'abroger l'ancien article L. 313-10 du c. consom.

¹⁵⁵ Les auteurs annotent l'article 2301 consacré à la règle de proportionnalité du cautionnement et indiquent « Il conviendra d'abroger les articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation ». L'article L. 343-4 du Code de la consommation étant la réplique exacte de l'article L. 332-1 du même code.

¹⁵⁶ D. Houtcieff, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique » : *JCP, éd. G*, 2003, I, n° 161, spéc. n° 22 et s. ; V. Avena-Robardet, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.*, 2003, p. 2083, III ; Groupe de recherche sur les organisations et les groupements, « Commentaire de la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003 » : *RJ. com.*, 2003, p. 339, spéc. n° 37 ; F. Barbière, « Cautionnement disproportionné et qualité de la caution, personne physique », *BJS* févr. 2004, n° 2, p. 220. L'auteur pense que l'article L. 341-4 n'est pas applicable aux cautions averties et défend cette lecture de l'article L. 341-4. Il affirme que « le phénomène de fuite devant toute responsabilité est devenu tel qu'il semble même qu'un maintien de cette jurisprudence [Nahoum] pourrait avoir une vertu pédagogique, voire morale, dans le monde des affaires ».

¹⁵⁷ v. notamment V. Avena-Robardet, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.*, 2003, p. 2083, spéc. p. 2085. L'auteur anticipe les réactions de la doctrine qui selon elle « ne manquera pas de soulever, comme en matière de mention manuscrite, que ce nouvel article ne concerne nullement les cautions-dirigeants ». Elle affirme qu'« il faut bien avouer que l'insertion d'un tel article dans le Code de la consommation légitime les hésitations. Il est fâcheux que le législateur ait perdu ainsi l'opportunité de briller par sa clarté ».

Fallait-il déduire de cet emplacement que le législateur avait souhaité ne protéger que les cautions assimilables à des consommateurs et, par suite, exclure de cette protection les cautions assimilables à des professionnels ? Une telle lecture aurait permis de refuser la protection offerte par cet article aux dirigeants se portant caution des dettes de leur société. Cette option n'a pas été retenue par la jurisprudence qui a préféré respecter la lettre du texte. Dès 2005, la cour d'appel de Rennes a décidé que la nouvelle exigence de proportionnalité prévue à l'époque par l'article L. 341-4 était applicable quelles que soient les fonctions de la caution au sein de la société cautionnée¹⁵⁸. Cette solution a été reprise par d'autres cours d'appel¹⁵⁹, puis confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt largement diffusé¹⁶⁰. Ainsi, toutes les cautions personnes physiques bénéficient de la règle de proportionnalité de l'article L. 332-1 du Code de la consommation. La proportionnalité du cautionnement est donc un outil de lutte contre l'insolvabilité des personnes s'engageant pour autrui. Le champ d'application retenu par le législateur de 2003 est conforme à cette finalité. Si la finalité du texte est d'éviter l'ensemble des situations d'insolvabilité, rien ne justifie que certaines cautions personnes physiques soient mises à l'écart de cette protection. L'insolvabilité n'étant pas plus grave lorsqu'elle touche des consommateurs que lorsqu'elle touche des cautions dirigeantes, intéressées à l'opération financée. La solution actuellement retenue par le législateur est donc cohérente avec la finalité du principe de proportionnalité. Ce constat pourrait inviter à approuver sans retenue ce champ d'application. L'avant-projet de réforme propose d'ailleurs également de protéger toutes les cautions personnes physiques par la règle de proportionnalité. L'article 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 dispose en effet que « le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ». Bien que cet article modifie le champ d'application retenu par l'actuel article L. 332-1 du Code

¹⁵⁸ CA Rennes, 21 oct. 2005, JurisData n° 2005-294344.

¹⁵⁹ CA Orléans, 26 mars 2009 : JurisData n° 2009-380128 ; CA Aix en Provence, 8^e chambre C, 5 déc. 2013, n° 11/05629.

¹⁶⁰ Cass. com., 22 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 112 ; *JCP éd. E* 2010, 1678, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 19 août 2010, n° 231, p. 20, note S. Piedelièvre ; *CCC*, 2010, comm. 263, obs. G. Raymond ; *RDC* 2011, p. 137, obs. D. Fenouillet ; *Gaz. Pal.* 09 sept. 2010, n° 252, p. 17, obs. Ch. Albigès : arrêt qui précisait non seulement la sanction de la règle prévue à l'article L. 341-4, mais également indirectement le domaine d'application de cet article : le créancier prétendait que l'article ne pouvait s'appliquer que si un manquement au devoir de mise en garde pouvait être relevé. Or, en l'espèce, la caution avertie n'aurait pas pu invoquer de manquement au devoir de mise en garde. Mais la cour réfute cet argument et précise que « la caution étant une personne physique, l'article L. 341-4 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2003, était applicable à son engagement ».

de la consommation, il retient néanmoins une protection de l'ensemble des cautions personnes physiques.

72. **Inconvénients de la protection de toutes les cautions personnes physiques.** Cette solution présente des inconvénients. D'une part, elle est déresponsabilisante pour certaines cautions. Les cautions qui peuvent être qualifiées d'averties sont conscientes des risques que crée leur engagement. Les cautions non averties quant à elles sont mises en garde par le créancier qui attire leur attention sur ces risques. Il est possible d'admettre que les cautions non averties et mises en garde par leur créancier ne soient pas immédiatement en mesure de réaliser que l'importance de leur cautionnement dépasse largement leurs capacités financières. Elles peuvent se trouver confuses lorsque le créancier qui les a mises en garde contre les risques du cautionnement, accepte de recevoir de leur part un cautionnement d'un montant trop élevé par rapport à leurs facultés financières. Il semble donc cohérent d'imposer à ces créanciers de refuser les cautionnements disproportionnés. En revanche, les cautions averties, souvent intéressées ou agissant dans le cadre de leur activité professionnelle, doivent être rigoureusement tenues de respecter leurs engagements. Les cautions qualifiées d'averties n'ont pas eu besoin de mise en garde, en ce qu'elles connaissaient les risques liés au contrat de cautionnement. Elles ont fait le choix de courir ces risques et il semble que leur permettre d'échapper à leur engagement sous prétexte que le risque encouru et accepté par elles était trop important ne les incite pas à la prudence. En outre, la protection de toutes les cautions personnes physiques permet aux cautions les plus habiles et aguerries de détourner la règle de protection pour en faire une échappatoire à leur engagement. Les cautions peuvent s'engager pour des sommes sans rapport avec leurs facultés de remboursement en sachant qu'elles pourront contester leurs engagements disproportionnés¹⁶¹.

73. **Recherche d'un remède à ces inconvénients.** Ainsi, la protection par la proportionnalité de toutes les cautions personnes physiques présente des inconvénients non négligeables. Ce constat invite à rechercher une solution pour que la règle de la proportionnalité ne bénéficie pas aux cautions qui auront souscrit, en toute conscience, un cautionnement disproportionné. Nous ne suivons donc pas la proposition formulée au sein de l'avant-projet de réforme du droit des

¹⁶¹ F. Pasqualini, « Responsabilité du banquier », *Rep. com. Dalloz* avril 2014, n° 115. Rappr. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 892, n° 880 : Le professeur Simler met également en exergue l'attitude condamnable des cautions tentées de se prévaloir de la règle de proportionnalité lorsqu'il affirme que l'« on peut craindre que [la démonstration nécessaire de l'absence de retour à meilleure fortune] soit indirectement une incitation, sinon à l'organisation par la caution de son insolvabilité, du moins à la mobilisation, aux fins de dissimulation, de certains éléments de son patrimoine ».

sûretés consistant à protéger l'ensemble des cautions personnes physiques par la règle de proportionnalité¹⁶². Dans cette recherche d'un moyen de restreindre la protection offerte aux cautions personnes physiques, notre critère principal est de proposer un champ d'application de la règle de proportionnalité cohérent avec l'objectif de lutte contre l'insolvabilité. Ce critère, qui semble primordial, se révèle finalement être la clé de la recherche du champ d'application de la règle de proportionnalité. En effet, puisque l'objectif est de lutter contre l'insolvabilité des cautions, il serait cohérent que les personnes pouvant bénéficier de la règle de proportionnalité soient les mêmes que celles admises à se prévaloir du traitement du surendettement organisé par le Code de la consommation. Il semble que rien ne justifie que les règles permettant d'éviter l'insolvabilité et les règles permettant de traiter le surendettement ne soient pas applicables aux mêmes personnes. Ces règles sont relatives à un même problème, les unes tentent de l'éviter, les autres de le traiter. Il serait logique que les mêmes personnes soient protégées par les règles préventives et les règles curatives. Ainsi, sera envisagée la protection par la règle de proportionnalité des personnes physiques de bonne foi, lesquelles peuvent invoquer les mesures de traitement de leur surendettement.

B. La protection des cautions personnes physiques de bonne foi

74. **Conception de la bonne foi.** Pour mieux identifier les cautions qui pourront être dites de bonne foi et se prévaloir de la règle de proportionnalité, sera étudiée la notion de bonne foi telle qu'elle est appliquée en droit du surendettement. Si ni le législateur, ni la Cour de cassation n'ont proposé de définition de la bonne foi, l'étude de la jurisprudence permet néanmoins de deviner les critères permettant de distinguer les débiteurs de bonne et de mauvaise foi. Cette étude permettra de se faire une idée de la conception de la bonne foi qui devrait être retenue pour l'application de la règle de proportionnalité. Ainsi, seront rapprochées les mesures de traitement du surendettement profitant aux débiteurs de bonne foi (1) et la règle de proportionnalité profitant aux cautions de bonne foi (2).

1. Les mesures de traitement du surendettement profitant aux débiteurs de bonne foi

75. **Protection réservée aux débiteurs de bonne foi.** La mauvaise foi du débiteur surendetté constitue une fin de non recevoir de sa demande de traitement de son surendettement. En droit

¹⁶²Art. 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ».

du surendettement, comme dans d'autres branches du droit contractuel, la mauvaise foi d'une partie justifie qu'elle perde certains droits que lui conférerait la loi ou le contrat¹⁶³. Cette « sanction » de la mauvaise foi par la perte d'un droit est une idée classique que l'on retrouve à l'article III-1 : 103 du projet de cadre commun de référence¹⁶⁴. Selon cet article, la mauvaise foi « peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé »¹⁶⁵. Cette règle rappelle la formule d'un célèbre juriste selon laquelle si le juge « ne peut pas donner au juste plus que la loi ne lui donne, il se reconnaît le pouvoir d'enlever au coupable les avantages de la situation juridique que celui-ci avait cru acquérir »¹⁶⁶. Cette formule trouve une application concrète au sein de l'article 1221 du Code civil¹⁶⁷. La règle prévue par cet article semble particulièrement intéressante, puisqu'elle conditionne le droit pour le débiteur de se prévaloir d'une règle de proportionnalité. En effet, l'article 1221 du Code civil prévoit que l'exécution forcée en nature ne peut être exigée par le créancier « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». S'il est de bonne foi, le débiteur pourra arguer de la disproportion existante entre le coût important que représenterait pour lui l'exécution forcée de son obligation et le faible intérêt qui en résulterait pour le créancier. En revanche, s'il est de mauvaise foi, le débiteur d'une obligation inexécutée pourra être contraint de subir l'exécution forcée en nature de cette obligation malgré la démonstration de la réalité de la disproportion. Ainsi, la perte de son droit d'action par le justiciable de mauvaise foi est une solution répandue. Mérite également d'être signalé le fait que le débiteur de mauvaise foi

¹⁶³ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 208, 1989. L'auteur relève une tendance de plus en plus nette à tirer les conséquences de l'inexécution volontaire du contrat. Il énumère divers effets tels que l'inapplication d'un délai de prescription favorable, le refus de révision d'une clause pénale ou le refus d'octroi d'un délai de grâce. L'exclusion de la règle de proportionnalité des cautions de mauvaise foi viendrait alimenter cette tendance car l'inexécution volontaire de ses obligations peut être associée à la mauvaise foi d'un contractant.

¹⁶⁴ Sur cet article : M. Poumarède et Ph. Le Tourneau, « Paralysie de la force obligatoire du contrat », *Rép. dr. civil*, Janvier 2017 (actualisation : mai 2018), n° 129 ; D. Mazeaud, « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs », *RTD eur.* 2008, p. 723.

¹⁶⁵ Sur la nature de la sanction : P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », *in Mélanges D. Tricot*, 2011, Dalloz-Sirey/Litec, p. 61.

¹⁶⁶ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, coll. Anthologie du droit, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, n° 159

¹⁶⁷ Art. 1221 c. civ. : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». L'article 1221 c. civ. a été introduit par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Toutefois la condition relative à la bonne foi du débiteur a été ajoutée par l'article 10 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : L. Andreu et M. Mignot (sous dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut universitaire Varenne, 2017, Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016 ; M. Latina (sous dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Dalloz, 2016.

ne soit pas admissible à bénéficier de délais de grâce. Il serait cohérent selon nous que la caution de mauvaise foi perde le droit d'invoquer la disproportion de son engagement, tout comme le débiteur de mauvaise foi perd le droit de demander le traitement de son surendettement. Il semble cohérent que des règles ayant une même finalité de lutte contre l'insolvabilité soient soumises aux mêmes conditions d'application.

76. **Fondement légal.** La condition de la bonne foi des débiteurs bénéficiant des mesures de traitement du surendettement est posée dès le premier article du Code de la consommation relatif au traitement du surendettement des particuliers¹⁶⁸. La condition de la bonne foi est répétée par d'autres articles du même code traitant plus précisément du rétablissement personnel. La répétition de cette condition s'explique par le fait que le rétablissement personnel aboutit à l'effacement des dettes non professionnelles du débiteur surendetté. Cette issue est la plus attentatoire aux droits des créanciers, ce qui justifie que la bonne foi du débiteur soit à nouveau exigée lorsque se pose la question de son ouverture. En vertu de l'article L. 724-2 alinéa 1 du Code de la consommation¹⁶⁹, le débiteur peut saisir la commission de surendettement afin de bénéficier d'une procédure de rétablissement personnel lorsqu'en cours d'exécution des mesures recommandées ou imposées par la commission ou d'un plan conventionnel de redressement, sa situation se dégrade et devient irrémédiablement compromise. La commission doit alors s'assurer à nouveau de la bonne foi du débiteur pour accepter l'ouverture de cette procédure¹⁷⁰. La commission doit d'abord constater la bonne foi pour ensuite imposer un rétablissement personnel sans liquidation ou renvoyer le dossier au juge qui, à son tour, examinera la bonne foi du débiteur avant d'ouvrir le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire¹⁷¹. Par ces articles, le législateur impose à la commission comme au juge d'examiner la bonne foi du débiteur. La bonne foi est encore exigée des

¹⁶⁸ Art. L. 711-1 c. consom. al. 1 « le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi ».

¹⁶⁹ Anc. art. L. 331-7-3 c. consom.

¹⁷⁰ Art. L. 724-3 c. consom. : « dans le cas mentionné à l'article L. 724-2, après avoir constaté la bonne foi du débiteur, la commission impose un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisit le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire ». Dans le même sens, art. R. 724-4 al. 1 c. consom : lorsqu'un débiteur souhaite bénéficier d'un rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire « la commission se prononce sur la demande du débiteur par une décision motivée qui indique si celui-ci est de bonne foi et en situation irrémédiablement compromise ».

¹⁷¹ En effet, la vérification de la bonne foi du débiteur est également imposée au juge par l'article L. 742-3 qui dispose que « lorsque le juge est saisi aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, il convoque le débiteur et les créanciers connus à l'audience. Le juge, après avoir entendu le débiteur s'il se présente et apprécié le caractère irrémédiablement compromis de sa situation ainsi que sa bonne foi, rend un jugement prononçant l'ouverture de la procédure », anc. art. L. 332-6 c. consom.

bénéficiaires de la faillite civile¹⁷². Cette procédure particulière consiste dans l'application des règles de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, aux particuliers domiciliés dans les départements du Haut-Rhin, Bas-Rhin et de la Moselle, lorsqu'ils sont en état d'« insolvabilité notoire ». L'article L. 670-1 du Code de commerce prévoit que ces débiteurs doivent être de bonne foi. Ainsi, la bonne foi conditionne l'accès des particuliers aux mesures de traitement de leur surendettement qu'elles soient prévues par le Code de la consommation ou par le Code de commerce. Pourtant, la bonne foi en matière de surendettement ne fait l'objet d'aucune définition officielle.

77. Recherche de la définition de la bonne foi en matière de surendettement. La notion de bonne foi recouvre plusieurs réalités. Son sens diffère notamment en droit des obligations¹⁷³ et en droit des biens¹⁷⁴. Ces acceptions très différentes de la notion de bonne foi invitent à se concentrer sur la notion de bonne foi telle qu'elle existe en droit du surendettement¹⁷⁵. Il est vrai que si elle conditionne la possibilité d'invoquer la règle de proportionnalité du cautionnement, la notion de bonne foi pourra trouver en ce domaine son sens propre. Toutefois, puisque l'objectif de la règle de proportionnalité du cautionnement rapproche cette règle du traitement du surendettement, il est intéressant d'analyser la conception de la bonne foi retenue en droit du surendettement. Cette définition de la bonne foi propre au surendettement, pourra servir de guide dans la recherche du contenu de la bonne foi en matière de proportionnalité du cautionnement.

78. Absence de définition légale. L'étude de la conception de la bonne foi en matière de surendettement n'est toutefois pas évidente, dès lors que le législateur n'a pas souhaité

¹⁷² Prévue aux articles L. 670-1 et s. c. com., anc. art. L. 628-1. Sur cette procédure : J.-L. Vallens, « Alsace-Moselle, Faillite civile, Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires », *J.-Cl. com.* fasc. comm. 3115, 2010.

¹⁷³ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o Bonne foi. sens 2 : « Comportement loyal que requiert not. l'exécution d'une obligation ; attitude d'intégrité et d'honnêteté ; esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime (bénéfice de la bonne foi) ».

¹⁷⁴ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o Bonne foi. sens 1 : « Croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière ».

¹⁷⁵ Sur la notion de bonne foi en matière de surendettement F. Ferrière et V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^e éd., 2012-2013, n^o 113 et s. ; G. Couturier, « la condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers », in M. Gardaz (sous dir.), *Le surendettement des particuliers*, Economica Anthropos, 1998, p. 73 et s. ; G.-X. Bourin, « Quelques aspects du contrôle, par la Cour de cassation, de la fin de non-recevoir tirée de l'absence de bonne foi dans le surendettement des particuliers », *Dr. et proc.*, janv.-févr. 2006, n^o 1 ; J.-F. Haudebourg, « Bonne foi et surendettement des ménages », *Rev. Proc. Coll.* 1997-1, p. 1 s. ; P.-L. Chatain, « La notion de bonne foi à l'épreuve de la jurisprudence », *JCP éd. E* 1992. I. 121 s. ; G. Paisant, « Surendettement. Appréciation des comportements exclusifs de la bonne foi », *RTD com.* 1991, p. 652 ; M. Poultais, « Les conditions du droit du débiteur civil au bénéfice des procédures de la loi du 31 décembre 1989 : surendettement et bonne foi », *Contrats, conc. consomm.*, 1993. chron. 4.

s'enfermer dans une définition de la bonne foi¹⁷⁶. Bien que divers articles du Code de la consommation prévoient que la bonne foi conditionne l'admission des débiteurs à se prévaloir des dispositions relatives au surendettement, aucune définition de cette notion n'est donnée par le législateur. Cette absence de définition ne constitue pas une lacune, le législateur ayant souhaité laisser aux juges le soin d'apprécier quels débiteurs méritent que leur surendettement soit soumis aux mesures légales de traitement du surendettement. En ne la définissant pas, le législateur a fait de la bonne foi une notion souple et évolutive.

79. **Comportements légalement stigmatisés.** Toutefois, sans définir la bonne foi, le législateur expose à l'article L. 761-1 du Code de la consommation des comportements qui lorsqu'ils sont adoptés par les débiteurs entraînent leur déchéance du bénéfice des procédures de surendettement¹⁷⁷. En vertu de cet article, sont notamment privés du droit de recourir aux mesures de traitement du surendettement les débiteurs ayant fait de fausses déclarations ou dissimulé une partie de leurs biens¹⁷⁸. Le législateur ne fait aucun lien entre ces comportements et la bonne foi requise des débiteurs souhaitant que leur surendettement soit traité. Pourtant, l'adoption des comportements décrits met en évidence la mauvaise foi des débiteurs. Selon nous, bien qu'il ne le précise pas expressément, le législateur dépeint dans cet article, certaines des formes que peut prendre la mauvaise foi des débiteurs au moment où ils invoquent le bénéfice des mesures de traitement du surendettement. En ce sens, certains arrêts de cours d'appel retiennent que ces comportements caractérisent la mauvaise foi des débiteurs qui les adoptent¹⁷⁹. Le législateur n'ayant ni défini la notion de bonne foi, ni affirmé que ces comportements étaient révélateurs de la mauvaise foi des débiteurs, ne peut avoir eu pour intention de restreindre la mauvaise foi à l'adoption de ces seuls comportements. Cet article permet donc de se faire une première idée de la notion de mauvaise foi des débiteurs, mais ne suffit pas à l'appréhender entièrement¹⁸⁰. Cette réflexion est confortée par les décisions de la

¹⁷⁶ Sur l'absence de définition légale de la bonne foi en matière de surendettement des particuliers : V. Vigneau, G.-X. Bourin et C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012, p. 58, n° 78.

¹⁷⁷ Anc. art. L. 333-2 c. consom.

¹⁷⁸ Art. L. 761-1 c. consom. « Est déchu du bénéfice des dispositions du [livre relatif au traitement des situations de surendettement] : 1° Toute personne qui a sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts ; 2° Toute personne qui a détourné ou dissimulé ou tenté de détourner ou de dissimuler, tout ou partie de ses biens ; 3° Toute personne qui, sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge, a aggravé son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou aura procédé à des actes de disposition de son patrimoine pendant le déroulement de la procédure de traitement de la situation de surendettement ou de rétablissement personnel ou pendant l'exécution du plan ou des mesures prévues à l'article L. 733-1 ou à l'article L. 733-7 ».

¹⁷⁹ CA Paris, 22 nov. 2011, RG : 10/00096 ; CCC avril 2012, comm. 110, note G. Raymond. Selon les juges, est de mauvaise foi la débitrice qui a créé puis aggravé son endettement en constituant une SCI familiale dont les actifs sont à l'abri des poursuites de ses créanciers, organisant ainsi son insolvabilité.

¹⁸⁰ Des auteurs affirment que « la mauvaise foi nourrit des liens étroits avec les causes de déchéance de la procédure de traitement du surendettement spécifiées à l'article L. 333-2 du Code de la consommation, dont elle se présente

Cour de cassation par lesquelles elle retient que d'autres comportements permettent de caractériser la mauvaise foi des débiteurs¹⁸¹.

80. **Absence de définition jurisprudentielle.** Comme le législateur, la Cour de cassation a renoncé à définir la notion de bonne foi en matière de surendettement, accordant ainsi sa confiance aux juges du fond pour différencier les débiteurs de bonne foi et de mauvaise foi. Cette confiance est perceptible à deux égards. D'une part, la Cour de cassation n'a posé aucune définition jurisprudentielle de la bonne foi. Elle laisse ainsi les juges du fond libres dans leur caractérisation de la bonne ou de la mauvaise foi des débiteurs. D'autre part, elle a précisé que les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain pour caractériser la bonne ou la mauvaise foi du débiteur se présentant à eux afin de bénéficier des mesures de traitement du surendettement. Seules l'absence de motivation et l'erreur de motivation des juges retenant la mauvaise foi des débiteurs sont censurées par la Cour de cassation¹⁸². Précisément, la Cour de cassation s'assure que les juges du fond ne se contentent pas d'affirmer que le débiteur est de mauvaise foi, mais qu'ils s'appuient sur des éléments pertinents pour caractériser la mauvaise foi du débiteur. Une telle liberté laissée aux juges du fond implique inévitablement un risque d'inégalité entre les justiciables. En outre, elle nourrit les espoirs de décisions favorables et entraîne dès lors un contentieux abondant. C'est au travers de ce contentieux que l'on peut déduire la conception retenue de la notion de bonne foi en droit du surendettement.
81. **Présomption de bonne foi.** Avant de s'intéresser au contenu de la notion de bonne foi en matière de surendettement, il convient de rappeler que la bonne foi des débiteurs souhaitant

comme la forme générique » : V. Vigneau, G.-X. Bourin et C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012, p. 70, n° 95. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que la bonne foi ne s'apprécie pas seulement au regard des causes de déchéance prévues à l'article L. 761-1 c. consom. : Cass. 1^e civ., 14 mai 1992, Bull. civ. 1992, I, n° 136 ; *RTD com.* 1992, p. 864, obs. G. Paisant ; *LPA* 12 mai 1993, n° 57, p. 23, note Y. Dagorne-Labbé.

¹⁸¹ La Cour de cassation a notamment admis que soit dit de mauvaise foi le débiteur qui n'utilise pas les fonds dont il dispose pour payer ses charges : Cass. 2^e civ., 5 juin 2014, inédit, n° 13-18426 ; *rev. proc. coll.* sept. 2014, comm. 109, obs. S. Gjidara-Decaix. De même a pu être dite de mauvaise foi la débitrice qui retire des sommes et joue au casino en sortant de l'audience ayant décidé d'un plan de désendettement : Cass. 2^e civ., 15 mai 2014, n° 13-13664, inédit ; *Gaz. Pal.* 21 mai 2015, p. 16, note J. Lasserre Capdeville ; *RD banc. et fin.*, nov. 2014, comm. 206, note S. Piedelièvre ; *CCC* août 2014, comm. 203, note G. Raymond ; *D.* 2015, p. 588, obs. H. Aubry ; *rev. proc. coll.* sept. 2014, comm. 109, note S. Gjidara-Decaix. N'est pas non plus de bonne foi le professionnel du crédit qui souhaite avoir recours au traitement du surendettement pour se réserver un patrimoine relativement important constitué notamment d'une résidence principale et d'une résidence secondaire, et non pour soulager un endettement grave qui exige une solution immédiate : CA de Pau, 2^e ch., 17 déc. 1990.

¹⁸² Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, Bull. Civ. II, n° 20, n° 07-20067 ; *Dr. et proc.* 2009. 167, obs. Norguin ; *D.* 2009. Chron. 2069, obs. J.-M. Sommer et C. Nicolétis ; *RTD com.* 2009, p. 466, note G. Paisant ; « Un débiteur de bonne foi », *Lamy droit de l'exécution forcée*, n° 325-75 : « si le juge du tribunal d'instance dispose d'un pouvoir souverain dans l'appréciation de la bonne foi, la Cour de cassation contrôlera l'existence d'une motivation suffisante ».

bénéficiaire des mesures de traitement du surendettement est présumée. En effet, bien que différents articles du Code de la consommation limitent le bénéfice des dispositions du traitement du surendettement aux débiteurs de bonne foi, la jurisprudence ne recherche jamais de signes traduisant la bonne foi animant le débiteur. En réalité, seuls les débiteurs ayant fait preuve de mauvaise foi sont exclus du droit de se prévaloir de ces dispositions¹⁸³. La jurisprudence présume la bonne foi des débiteurs sur le fondement de l'article 2274 du Code civil relatif à l'usucapion. Cet article dispose que « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». En raison de sa rédaction en des termes généraux cet article a été interprété comme applicable au-delà du domaine de la prescription acquisitive¹⁸⁴. Il constitue donc une maxime générale d'appréciation. La jurisprudence a affirmé à de nombreuses reprises qu'il appartenait à la personne contestant l'application des mesures de traitement du surendettement au débiteur de prouver la mauvaise foi de ce dernier¹⁸⁵. Cette solution doit être approuvée, dès lors que le débiteur aurait peine à prouver sa bonne foi. La notion de bonne foi sera donc étudiée à la lumière de la précision selon laquelle la bonne foi des débiteurs est caractérisée par leur absence de mauvaise foi. L'étude de la notion de bonne foi fait apparaître que deux conceptions complémentaires de la bonne foi ont été proposées en doctrine, les deux ayant été retenues en jurisprudence.

82. **Bonne foi procédurale.** L'une de ces conceptions est la bonne foi procédurale. Elle se manifeste lorsque le débiteur demande à bénéficier des mesures de traitement de son surendettement. Positivement, il s'agit de l'attitude du débiteur animé par une volonté de se sortir de ses difficultés se manifestant par sa coopération avec les différents acteurs de la procédure et la cohérence de son comportement avec les mesures dont il bénéficie au cours de la procédure¹⁸⁶. Il est intéressant de constater que les hypothèses de mauvaise foi procédurale

¹⁸³ Y. Picod, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Sirey, 2018, p. 449, n° 615 : « La bonne foi requise est manifestement conçue comme une absence de mauvaise foi et non comme un comportement particulièrement diligent du débiteur ».

¹⁸⁴ La Cour de cassation vise cet article pour censurer un arrêt dans lequel la cour d'appel de Colmar s'était contenté d'affirmer que « le débiteur ne paraît de bonne foi ni dans la création de son passif ni sur le plan procédural » : Cass. 2^e civ. 2 juill. 2009, Bull. civ. IV, n° 177, n° 08-17355, *Gaz. Pal.* 1^{er}-3 nov. 2009, p. 3, note F. Reille. Se fonde également sur l'article 2274 c. civ. pour justifier la présomption de bonne foi du débiteur surendetté : J. Lasserre Capdeville, « Éléments insuffisants à la caractérisation de la mauvaise foi du débiteur », *Gaz. Pal.*, n° 33, p. 21. Sur l'art. 2274 c. civ. : F. Ferrand, « Attribution du risque de la preuve », *Rép. Procédure civile*, déc. 2013, n° 155.

¹⁸⁵ Cass. 1^e civ., 8 juill. 1994, inédit, n° 93-04177 ; CCC 1994, n° 240, obs. G. Raymond ; Y. Picod et V. Valette-Ercole, *Rép. civ. Dalloz*, v° Surendettement des particuliers, n° 27 ; Cass. 2^e civ., 16 mars 2017, inédit, n° 16-13510 ; *Gaz. Pal.* 2 mai 2017, p. 31, note J. Lasserre Capdeville ; v. « Présomption de bonne foi », *Lamy droit économique*, n° 6102.

¹⁸⁶ Sur la notion de bonne foi procédurale : V. Vigneau, G.-X. Bourin et C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012, p. 84, n° 116.

caractérisées en jurisprudence sont parfois celles dans lesquelles les débiteurs ont adopté les comportements prévus à l'article L. 761-1 du Code de la consommation¹⁸⁷. Ainsi, fait preuve de mauvaise foi lors de sa demande de traitement de son surendettement le débiteur qui dissimule une partie de son patrimoine¹⁸⁸, fait de fausses déclarations¹⁸⁹, remet des documents inexacts ou encore aggrave son endettement pendant la procédure¹⁹⁰. Le débiteur adoptant ces comportements peut tout aussi bien voir sa demande déclarée irrecevable sur le fondement de l'article L. 711-1 du Code de la consommation ou être déchu du droit d'invoquer les dispositions relatives au traitement du surendettement sur le fondement de l'article L. 761-1 du même code. Toutefois, la mauvaise foi procédurale, dès lors qu'elle n'est pas définie, n'est pas limitée aux situations prévues par le législateur à l'article L. 761-1 du Code de la consommation. Pourront notamment être déclarées irrecevables les demandes formulées par des débiteurs laissant percevoir un détournement de la finalité de la loi¹⁹¹. Selon la formule d'un auteur, fait preuve de bonne foi au sens procédural, le débiteur « sincère dans sa volonté de trouver une issue conforme à l'esprit de la loi, non une échappatoire »¹⁹². Cette définition met en évidence le fait que le débiteur de bonne foi a recours aux dispositions du Code de la consommation dans un but conforme à leur finalité.

83. **Bonne foi contractuelle.** Pour être admis à se prévaloir des dispositions relatives au traitement du surendettement, non seulement le débiteur doit être de bonne foi lors de la procédure, mais il devra également avoir été de bonne foi lors de son endettement. Cette seconde facette de la

¹⁸⁷ S. Piedelièvre, « Surendettement et bonne foi », *Gaz. Pal.* 9 oct. 2014, n° 282, p. 21 : « En théorie, il convient de dissocier la mauvaise foi de l'article L. 330-1 du Code de la consommation et la déchéance de l'article L. 333-2. Mais en pratique ces deux notions sont voisines ».

¹⁸⁸ Cass. 2^e civ., 20 avril 2017, inédit, n° 16-14837 ; *Gaz. Pal.* 3 oct. 2017, p. 30, note J. Lasserre Capdeville. Selon les juges, est de mauvaise foi le couple de débiteurs qui procède une donation déguisée afin de rendre le bien donné insaisissable par ses créanciers.

¹⁸⁹ Cass. 2^e civ., 11 mai 2017, n° 16-15481 ; *Gaz. Pal.* 3 oct. 2017, p. 31, note J. Lasserre Capdeville ; *LEDC* juin 2017, n° 6, p. 7, note M. Latina ; *CCC* juill. 2017, comm. 162, note S. Bernheim-Desvaux ; *RD banc. et fin.* juill. 2017, p. 171, note S. Piedelièvre ; *D.* 2018, p. 583, obs. H. Aubry. Les juges peuvent rejeter la demande d'un débiteur ayant déjà bénéficié d'un plan de redressement à l'occasion duquel il n'avait pas déclaré l'une de ses dettes alors qu'il avait conscience qu'il en était redevable et qu'il ne pourrait pas assumer ses obligations financières.

¹⁹⁰ CA Paris, 22 nov. 2011, RG : 10/00096, *supra*.

¹⁹¹ Tel est le cas de la débitrice qui n'utilise pas les fonds dont elle dispose pour payer ses charges : Cass. 2^e civ., 5 juin 2014, inédit, n° 13-18426 ; *rev. proc. coll.* sept. 2014, comm. 109, obs. S. Gjidara-Decaix. Tel est également le cas de la débitrice qui retire des sommes et joue au casino en sortant de l'audience ayant décidé d'un plan de désendettement : Cass. 2^e civ., 15 mai 2014, inédit, n° 13-13664, *supra*. N'est pas non plus de bonne foi le professionnel du crédit qui souhaite avoir recours au traitement du surendettement pour se constituer un patrimoine relativement important comprenant notamment une résidence principale et une résidence secondaire, et non soulager un endettement grave qui exigent une solution immédiate : CA de Pau, 2^e ch., 17 déc. 1990.

¹⁹² Y. Picod, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Sirey, 2018, p. 450, n° 615.

bonne foi en matière de surendettement est appelée la bonne foi contractuelle¹⁹³. Ces deux aspects de la bonne foi sont complémentaires. Comme le relève un auteur, si l'on retient seulement la notion de bonne foi procédurale, « on accorde le bénéfice de la procédure à des gens qui ne deviennent honnêtes qu'au moment d'appeler à l'aide »¹⁹⁴. Depuis la réforme du 10 février 2016¹⁹⁵, l'article 1104 du Code civil dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Cette solution était déjà admise avant cette date puisque les tribunaux ont exploité la notion de bonne foi présente à l'ancien article 1134 du Code civil non seulement au stade de l'exécution du contrat, mais aussi au stade de sa formation¹⁹⁶. Cette notion de bonne foi devant exister au stade de la formation du contrat est présente en matière de surendettement. Ainsi, la mauvaise foi du débiteur lorsqu'il contractait interdit que lui soient ouvertes les mesures de traitement du surendettement¹⁹⁷. Cette notion de bonne foi contractuelle complète la notion de bonne foi procédurale.

84. **Bonne foi des contractants imprudents.** Cette seconde conception de la bonne foi implique de se poser la question de savoir quels débiteurs contractent de mauvaise foi des contrats qui les conduisent au surendettement. Les auteurs s'accordent pour dire que les débiteurs victimes de surendettement passif¹⁹⁸ ne sont pas les seuls débiteurs de bonne foi¹⁹⁹. Les débiteurs qui ont

¹⁹³ Sur la notion de bonne foi contractuelle : V. Vigneau, G.-X. Bourin et C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012, p. 79 et s., n° 108 et s.

¹⁹⁴ T. Le Bars, « Actualité du droit du surendettement : janvier 2006 à novembre 2007 », *Procédures n° 1*, Janvier 2008, étude 1.

¹⁹⁵ Opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : L. Andreu et M. Mignot (sous dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut universitaire Varenne, 2017, Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016 ; M. Latina (sous dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Dalloz, 2016.

¹⁹⁶ Sur la bonne foi de l'ancien art. 1134 c. civ. : F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, Dalloz, 1928 ; B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, 2001 ; R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 573, 2016.

¹⁹⁷ Solution rappelée notamment par la CA d'Aix en Provence 15^e chambre A, 27 janv. 2015, n° 13/19378 : « la remise en cause de la bonne foi pouvait porter sur le comportement des débiteurs à l'égard du créancier avant-même l'ouverture de la procédure de surendettement, dite bonne foi contractuelle, sans se trouver cantonnée à une bonne foi seulement procédurale ». En l'espèce, le débiteur avait fait preuve de mauvaise foi au jour de la conclusion du contrat en mentant au créancier afin d'obtenir un crédit.

¹⁹⁸ Il s'agit des débiteurs qui se trouvent en situation de surendettement après avoir subi un changement dans leur situation lequel a affecté leur équilibre financier : perte d'un emploi, maladie, décès du conjoint etc.

¹⁹⁹ L. Gaudin, *La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, préf. G. Pignarre, Lextenso éditions, Defrénois, coll. Thèses t. 39, 2009, p. 34, n 40. L'auteur affirme que « Rentrées dans les mœurs, la faiblesse devant la tentation de prêt facilement obtenu, la multiplication inconsidérée des emprunts, les erreurs de jugement ne sont donc pas exclusives de la bonne foi » ; Y. Picod, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Sirey, 2018, p. 450, n° 615 : l'auteur constate que la bonne foi « n'a pas joué de rôle moralisateur auquel on aurait pu s'attendre ». Il estime que « les tribunaux se montrent généralement laxistes, en admettant l'imprévoyance, voire la négligence du débiteur ».

activement participé à l'apparition de leur surendettement peuvent aussi être de bonne foi²⁰⁰. Ainsi, les débiteurs incapables d'adapter leurs dépenses à leurs revenus et patrimoines sont perçus comme des débiteurs incompetents dans la gestion budgétaire, imprévoyants ou encore négligents, mais ils ne sont pas nécessairement des débiteurs de mauvaise foi aux yeux de la jurisprudence²⁰¹.

85. **Mauvaise foi des contractants aggravant volontairement leurs difficultés.** Les choix du débiteur créant ou aggravant son surendettement ne permettent de caractériser sa mauvaise foi que s'il les a effectués en pleine conscience de sa situation financière. La mauvaise foi sera caractérisée si le débiteur choisit de contracter des dettes qu'il ne pourra pas honorer. Le débiteur doit avoir la volonté de s'endetter jusqu'à se trouver dans l'incapacité d'honorer ses engagements²⁰². La Cour de cassation et les cours d'appel recherchent donc l'élément psychologique excluant la bonne foi du débiteur²⁰³. En pratique, les débiteurs dont le surendettement résulte d'une gestion budgétaire inappropriée sont fréquemment de mauvaise foi. Nombre de ces débiteurs obtiennent de nouveaux crédits en dissimulant aux établissements prêteurs la réalité alarmante de leur situation financière, ce qui démontre leur connaissance de la gravité de leurs difficultés²⁰⁴. Ces débiteurs doivent être exclus du traitement du

²⁰⁰ Sont ainsi admis à bénéficier des procédures de surendettement de nombreux débiteurs ayant multiplié les emprunts. En effet, en moyenne, les débiteurs recevables aux procédures de surendettement ont contracté 4,6 dettes financières. En 2017, les dettes financières représentaient 75% de l'endettement global des ménages surendettés. Les dettes financières s'entendent des dettes immobilières, des dettes à la consommation, des microcrédits et prêts sur gage ainsi que des autres dettes financières notamment les découverts et dépassements. D. Nivat (sous dir.), « Le surendettement des ménages - Enquête typologique 2017 », *Banque de France*, janvier 2018, spéc. p. 9, p. 19 et p. 253.

²⁰¹ Cf. notamment. Cass. 2^e civ., 15 janvier 2009, Bull. civ. II, n° 20, n° 07-20067 ; *RTD com.* 2009, p. 466, note G. Paisant ; *Rev. proc. coll.* 2009, p. 34, obs. S. Gjidara-Decaix ; *LPA* 2009, n° 64, p. 14, note Y. Dagorne-Labbé, *RD banc. et fin.*, mars 2009, comm. 66, note S. Piedelièvre ; *Droit et Patrimoine* 1^{er} sept. 2009, 184, p. 106 et s. spéc. p. 117, obs. C. Saint-Alary-Houin, M.-H. Monsérié-Bon et F. Macorig-Venier ; *Gaz. Pal.* 16 juill. 2009, p. 21. Cassation du jugement qui retient que les nombreux crédits souscrits par un couple sans qu'il ne puisse les justifier et créant leur endettement massif et soudain révèlent leur mauvaise foi.

²⁰² T. Le Bars, « Actualité du droit du surendettement : janvier 2006 à novembre 2007 », *Procédures* n° 1, Janvier 2008, étude 1. L'auteur affirme que « la bonne foi contractuelle caractérise le débiteur qui, lorsqu'il a contracté ses dettes, n'avait pas conscience qu'il ne pourrait pas les honorer » ; G. Raymond, « Appréciation de la bonne foi », *CCC* n° 6, Juin 2001, comm. 98. L'auteur relève que la mauvaise foi du débiteur surendetté est conçue comme la volonté de trop s'endetter, de perdre le contrôle de son endettement en ayant conscience de contracter un crédit qui ne pourra être remboursé sans recourir à un nouvel emprunt.

²⁰³ Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, Bull. civ. II, n° 20, n° 07-20067 ; Cass. 2^e civ., 17 févr. 2011, inédit, n° 10-10936 ; Cass. 2^e civ., 17 févr. 2011, n° 10-13895, *Rev. proc. coll.* 2011, p. 35, note S. Gjidara-Decaix ; CA Angers, 1^{er} ch., sect. A, 5 févr. 2008, n° 07-01367, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, obs. S. Gjidara-Decaix. ; CA Riom, 10 févr. 2016, n° 15/01548 ; *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, p. 38, obs. J. Lasserre Capdeville. Selon cet arrêt, est de mauvaise foi le débiteur qui lorsque sa conjointe a été placée en EHPAD a détourné et conservé ses revenus, sans les verser à l'établissement d'accueil en question. Les magistrats de la cour d'appel ont pu déduire des faits l'intention manifeste du débiteur de ne pas régler les frais d'hébergement.

²⁰⁴ La dissimulation de la réalité de la situation par la caution au jour de son engagement caractérise sa mauvaise foi au moment de l'endettement : CA Versailles, 22 nov. 1990 : *D.* 1991, inf. rap. p. 70. CA Paris, 29 mai 1992 : *contrats conc. consom.* 1992, n° 236.

surendettement, contrairement aux débiteurs pris au piège de l'endettement qu'il est nécessaire de protéger.

86. **Mauvaise foi des débiteurs ne respectant pas les plans de désendettement.** Aux débiteurs responsables de leur surendettement peuvent être comparés les débiteurs incapables d'évoluer et qui, lorsqu'ils ont bénéficié de plans de désendettement, n'ont pas respecté les dispositions de ces plans. Rappelons que les débiteurs ayant déjà bénéficié de plans de désendettement peuvent demander de nouveaux plans s'ils justifient de faits nouveaux les empêchant de respecter les termes des plans initiaux²⁰⁵. Sont en revanche exclus de ces procédures en raison de leur mauvaise foi, les débiteurs qui souhaitent bénéficier de nouvelles procédures, alors qu'ils n'ont accompli aucune démarche pour respecter les conditions des moratoires ou des autres dispositions du plan dont ils ont bénéficié²⁰⁶.

87. **Conception de la bonne foi adapté à la règle de proportionnalité.** L'étude de la notion de bonne foi dans le cadre du surendettement conduit en réalité à analyser les comportements révélant la mauvaise foi des débiteurs. Ces comportements justifient l'exclusion des débiteurs des règles favorables inscrites au livre VII du Code de la consommation. Il convient à présent d'identifier les comportements identiques ou similaires des cautions invoquant la disproportion de leur engagement. Il semble que la comparaison des comportements des débiteurs surendettés et des cautions pourra permettre d'identifier les comportements révélant la mauvaise foi des cautions.

2. La règle de proportionnalité profitant aux cautions de bonne foi

88. **Absence de définition.** Comme en matière de surendettement, les juges du fond devront disposer d'un pouvoir souverain pour apprécier la bonne foi des cautions. La Cour de cassation contrôlera seulement la motivation des juges du fond lorsqu'ils retiendront la mauvaise foi d'une caution. Pour guider la Cour de cassation dans sa mission consistant à définir les éléments

²⁰⁵ Cass. 1^{er} civ., 1^{er} déc. 1998, Bull. civ. I, n° 361, n° 97-04012 ; *RTD com.* 1999, p. 212, obs. G. Paisant.

²⁰⁶ Tel est le cas des débiteurs qui n'ont pas respecté leur engagement de chercher un emploi et de s'inscrire à pôle emploi : Cass. 2^e civ., 7 janv. 2016, n° 15-10633 ; CCC 2016, n° 80, note S. Bernheim-Desvaux, *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, p. 37, obs. E. Mouial-Bassilana ; *RD banc. et fin.* mars 2016, comm. 84, note S. Piedelièvre ; *Rev. proc. coll.* juill. 2016, comm. 104, obs. S. Gjidara-Decaix. Tel est également le cas des débiteurs qui n'ont pas respecté leur engagement de mettre en vente l'un de leurs biens : Cass. 2^e civ., 16 mai 2013, inédit, n° 12-19842, et Cass. 2^e civ., 7 avr. 2016, inédit, n° 15-16065 ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, p. 18, obs. S. Gjidara-Decaix. Tel est le cas, plus généralement, des débiteurs qui n'ont pas respecté leur engagement de respecter le plan de redressement précédemment adopté lorsque rien ne justifie qu'aucun paiement même partiel n'ait été adressé aux différents créanciers depuis l'adoption du plan : Cass. 2^e civ., 5 juin 2014, inédit, n° 13-14454 ; *Rev. proc. coll.*, sept. 2014, comm. 109 ; *D.* 2015, p. 588, obs. H. Aubry.

permettant de retenir la mauvaise foi en matière de cautionnement disproportionné, nous proposons de transposer aux cautions les comportements révélant la mauvaise foi des débiteurs en surendettement, qu'il s'agisse de mauvaise foi procédurale ou contractuelle.

89. **Bonne foi procédurale.** L'adoption des comportements énumérés à l'article L. 761-1 du Code de la consommation caractérise la mauvaise foi procédurale des débiteurs surendettés²⁰⁷. Si ces comportements étaient adoptés par des cautions, ils seraient également révélateurs de leur mauvaise foi. Ainsi, devrait être exclue du bénéfice de la règle de proportionnalité toute caution qui minimiserait ses revenus ou son patrimoine, ou augmenterait fictivement ses charges par de fausses déclarations ou par la remise de documents inexacts ainsi que toute caution qui détournerait ou dissimulerait une partie de son patrimoine au jour où elle demanderait à bénéficier de la protection par la proportionnalité du cautionnement. En revanche, l'article L. 761-1 prévoit également que doit être déchu du bénéfice des procédures de surendettement, tout débiteur qui « sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge, a aggravé son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou aura procédé à des actes de disposition de son patrimoine pendant le déroulement de la procédure de traitement de la situation de surendettement ou de rétablissement personnel ou pendant l'exécution du plan ou des mesures prévues à l'article L. 733-1 ou à l'article L. 733-4 ». Cette cause de déchéance n'a de sens que pour les débiteurs dont la situation de surendettement est déjà prise en charge. Elle résulte de l'interdiction faite aux débiteurs bénéficiant des mesures de désendettement d'aggraver leur insolvabilité et de payer leurs créances non alimentaires²⁰⁸, laquelle pose une exception au principe de liberté de gestion de son patrimoine de tout débiteur. Les comportements décrits ne révéleraient pas la mauvaise foi d'un débiteur si son surendettement n'était pas encore pris en charge dans une procédure de surendettement. Cette dernière cause de déchéance ne peut dès lors pas être adaptée aux cautions invoquant la règle de la proportionnalité du cautionnement. En dehors des hypothèses prévues par le législateur, la mauvaise foi procédurale peut aussi, en matière de surendettement, être déduite du détournement de la finalité de la règle par le débiteur. En effet, la jurisprudence a refusé les mesures de traitement du surendettement aux débiteurs

²⁰⁷ Ces comportements consistent à : faire sciemment de fausses déclarations ou remettre des documents inexacts ; détourner ou dissimuler ou tenter de détourner ou de dissimuler, tout ou partie de ses biens ; aggraver son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou procéder à des actes de disposition de son patrimoine pendant le déroulement de la procédure de traitement de la situation de surendettement ou de rétablissement personnel ou pendant l'exécution du plan ou des mesures prévues à l'article L. 733-1 ou à l'article L. 733-4, sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge. Cf. art. L. 761-1 c. consom.

²⁰⁸ Art. L. 722-5 et L. 742-5 L. 742-10 c. consom. en matière de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

tentant de détourner la finalité de ces mesures²⁰⁹. Le débiteur qui a recours aux procédures de surendettement dans le but de s'enrichir ou de préserver ses actifs des poursuites de ses créanciers détourne de manière évidente la finalité de la loi, de sorte que sa mauvaise foi procédurale est caractérisée²¹⁰. De même, devrait être dite de mauvaise foi la caution qui invoquerait la règle de proportionnalité non pour échapper à une situation d'insolvabilité imminente, mais pour échapper aux poursuites du créancier. Toutefois si la demande de la caution n'était pas refusée sur le fondement de sa mauvaise foi, la recherche de la proportionnalité de son engagement révélerait l'absence de disproportion entre son engagement de caution et ses facultés de paiement. Dès lors que la disproportion existe, la caution invoque nécessairement la règle de proportionnalité pour échapper à l'exécution du cautionnement dans le but d'échapper à une situation d'insolvabilité. En somme, il n'apparaît pas utile de qualifier de mauvaise foi les cautions qui invoquent la règle de proportionnalité dans le seul but d'échapper à leur cautionnement quand ce dernier ne leur fait pas encourir le risque de se trouver en situation d'insolvabilité, dès lors que ces cautions ne pourront démontrer la disproportion de leur engagement. Par ailleurs, en matière de surendettement, l'origine de l'endettement est parfois un critère permettant de retenir la mauvaise foi du débiteur surendetté²¹¹. Cependant, en matière de cautionnement, cette hypothèse ne semble pas pertinente. Si une obligation peut avoir une origine délictuelle, le cautionnement ne peut avoir d'autre origine que l'engagement volontaire de la caution.

90. **Absence de mauvaise foi contractuelle.** Rappelons que le surendettement actif ne révèle pas nécessairement la mauvaise foi du débiteur²¹². Cette solution doit être reprise en matière de cautionnement. La caution qui choisit de contracter alors même que son engagement est disproportionné à ses biens et revenus peut être assimilée au débiteur qui a participé activement à l'apparition de son surendettement par ses mauvais choix et la gestion imprudente de son patrimoine. La jurisprudence considère que, même lorsqu'il est l'unique responsable de son

²⁰⁹ CA Pau, 17 déc. 1990, JurisData : 1990-047412 ; *D.* 1991, p. 270, note J.-P. Groslière. Les juges refusent d'appliquer la loi Neiretz lorsqu'elle est détournée de sa finalité par le débiteur qui souhaitait en l'invoquant se constituer un patrimoine immobilier important. Ils rappellent que cette loi est « destinée à parer à des situations d'urgence sociale caractérisée et non à protéger le patrimoine de particuliers » ; Cass. 2^e civ., 5 juin 2014, inédit, *supra*. Est également de mauvaise foi le débiteur qui dispose de ressources suffisantes pour payer ses dettes, mais ne les utilise à cet effet.

²¹⁰ La caution a toujours le droit de réaliser des acquisitions même importantes. Elle ne doit pas utiliser ses actifs pour honorer son cautionnement tant qu'elle n'est pas appelée à le faire.

²¹¹ Cass. 1^e civ., 7 mai 2002, Bull. civ. I, n° 125, n° 01-04137 ; *RTD com.* 2002, p. 551, note G. Paisant ; *JCP éd. G* juin 2002, n° 2027 ; *RLDA* juill. 2002, n° 51, obs. M. de Laparre. Selon cet arrêt, la dette résultant d'une condamnation pénale ne caractérise pas la mauvaise foi du débiteur dès lors qu'aucun lien n'est caractérisé entre cette condamnation et le surendettement.

²¹² v. n° 84.

surendettement, le débiteur n'est pas nécessairement de mauvaise foi²¹³. Il conviendra donc de retenir que la caution responsable de s'être engagée dans un cautionnement disproportionné à ses biens et revenus, n'est pas nécessairement de mauvaise foi lorsqu'elle invoque la disproportion de son engagement. Ainsi le simple fait de prendre le risque de s'engager à payer une somme disproportionnée à ses facultés de paiement, ne suffit pas à caractériser la mauvaise foi de la caution. Les cautions pourront donc avoir conscience de souscrire un engagement disproportionné sans être de mauvaise foi. La souscription consciente d'un cautionnement disproportionné doit être distinguée de l'intention de souscrire un tel engagement.

91. **Hypothèse de mauvaise foi contractuelle.** La mauvaise foi du débiteur surendetté est caractérisée si le débiteur avait, lors de son endettement, la volonté d'aggraver sa situation financière. Cet élément intentionnel nécessaire à la caractérisation de la mauvaise foi peut exister dans la situation de la caution. Comme les débiteurs surendettés n'ayant jamais eu la volonté de payer leurs dettes, doivent être dites de mauvaise foi les cautions n'ayant jamais eu l'intention d'honorer leur cautionnement. À la volonté du débiteur d'aggraver sa situation de surendettement pourrait correspondre la volonté de la caution de souscrire un engagement disproportionné. Cette recherche de la disproportion de son engagement par rapport à ses facultés de remboursement permettrait de caractériser la mauvaise foi de la caution. La volonté de la caution de souscrire un engagement disproportionné traduit son intention d'être incapable d'honorer son engagement. Il sera en pratique difficile de distinguer cette hypothèse de celle de la caution qui aura pris le risque de se trouver en situation d'insolvabilité à cause de son cautionnement²¹⁴.

92. **Difficulté d'identification de l'intention de la caution.** Il est nécessaire de distinguer la conscience et l'intention de souscrire un cautionnement disproportionné. En effet, la caution qui prend, en toute conscience, le risque de se trouver en situation d'insolvabilité n'est pas de mauvaise foi. Sa situation se rapproche de celle du débiteur ayant activement contribué à sa

²¹³ CA Nancy, 1er juin 2015, n° 14/02664 : *Gaz. Pal.* 17 déc. 2015, n° 252, p. 11, obs. J. Lasserre Capdeville. La cour d'appel précise que : « l'imprévoyance, la négligence voire l'incompétence du débiteur dans le cadre de la gestion budgétaire ne suffisent pas pour retenir la mauvaise foi », néanmoins en l'espèce le débiteur a été reconnu de mauvaise foi puisqu'il avait « sciemment et en fraude des droits de ses créanciers, créé de nouvelles dettes et aggravé sa situation de surendettement ». Dans le même sens, le recours à l'emprunt « sans explication d'ordre conjoncturel » peut être constitutif de mauvaise foi à condition néanmoins que les débiteurs soient « conscients de leur processus d'endettement » : Cass. 2^e civ., 7 sept. 2017, n°16-21079 : *Gaz. Pal.* 30 avril 2018, n° 16, p. 39, note E. Mouial-Bassilana ; *LEDB* nov. 2017, n° 10, p. 5, note S. Piedelièvre.

²¹⁴ Laquelle ne doit pas être dite de mauvaise foi : v. n° 90.

situation de surendettement²¹⁵. Comme ce dernier, il est possible que la caution ait pris un risque élevé sans volonté de ne pas honorer son engagement, ni certitude quant à son incapacité future à y faire face. L'élément intentionnel qui permet de distinguer les situations dans lesquelles la caution est de bonne foi de celles dans lesquelles elle ne l'est pas, sera difficile à identifier en pratique. Il est néanmoins possible de faire confiance aux juges qui, s'ils sont capables de détecter la volonté d'un contractant surendetté de ne pas honorer son obligation, parviendront à identifier les cautions désireuses de ne pas honorer leur engagement.

93. **Mensonges des cautions.** Sont également de mauvaise foi les débiteurs qui, lorsqu'ils s'engagent, dissimulent au banquier l'état réel de leurs finances afin d'obtenir un crédit²¹⁶. L'étude de la jurisprudence relative à la proportionnalité du cautionnement permet de constater qu'il est fréquent que des cautions s'engageant pour des montants disproportionnés à leurs facultés de paiement aient menti aux créanciers au jour de leur engagement. Le mensonge de la caution quant à son patrimoine et ses revenus lui permet d'intéresser le créancier exigeant un cautionnement en contrepartie de l'octroi d'un prêt au débiteur principal. La caution qui ment délibérément pour être plus attractive aux yeux du créancier se trouve dans la même situation que le débiteur surendetté qui minimise son passif auprès de nouveaux créanciers pour obtenir des crédits. À l'heure actuelle, les cautions ayant adopté un tel comportement ne sont pas exclues de la possibilité de se prévaloir de la disproportion de leur engagement. Toutefois, la jurisprudence considère que la proportionnalité de leur engagement doit être appréciée en prenant en considération le patrimoine et les revenus ayant été déclarés au créancier par la caution²¹⁷. Cette solution est respectueuse des droits du créancier qui, en l'absence d'anomalie apparente, n'est pas tenu de vérifier la réalité du patrimoine et des revenus déclarés par la caution²¹⁸. Le patrimoine et les revenus déclarés sont donc pris en compte pour apprécier la proportionnalité de l'engagement de la caution, même s'ils ne correspondent pas à ses facultés

²¹⁵ Cass 2^e civ., 31 mars 2011, inédit, n° 09-72819 ; *Rev. proc. coll.* sept. 2011, comm. 125, obs. S. Gjidara-Decaix ; *Rép. civ.* juin 2013, n° 30, obs. Y. Picod. Selon cet arrêt, n'est pas nécessairement de mauvaise foi le débiteur qui s'est engagé comme caution au profit de trois sociétés pour des montants manifestement excessifs.

²¹⁶ CA Versailles, 22 nov. 1990, *supra*. CA Paris, 29 mai 1992, *supra*.

²¹⁷ Cass. com. 14 déc. 2010, Bull. civ. IV, n° 198, n° 09-69807 ; *Gaz. Pal.* 31 mars 2011, p. 15, chron. Ch. Albigès et M.-P. Dumont-Lefrand ; *Gaz. Pal.* 10 mars 2011, p. 17, chron. M.-E. Mathieu et S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 13 janv. 2011, p. 36, note C. Berlaud ; *D.* 2011, p. 156, note V. Avena-Robardet ; *JCP éd. E*, fév. 2011, n° 1117, obs. D. Legeais ; *RD banc. et fin.* mars 2011, comm. 49, note A. Cerles. Selon cet arrêt le cautionnement « ne doit pas être manifestement disproportionné aux biens et revenus déclarés par la caution, dont le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude ». Solution régulièrement confirmée, v. notamment : Cass. com., 10 mars 2015, inédit ; *Rev. sociétés*, p. 514, note S. Prévost ; *Gaz. Pal.* 11 juin 2015, p. 16, note S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 28 mai 2015, p. 17, note Ch. Albigès ; *RLDC* mai 2015 n° 126, note E. Pouliquen et Cass. com. 24 janv. 2018, inédit, n° 16-15118 ; *RD banc. et fin.* mars 2018, comm. 30, note D. Legeais.

²¹⁸ Cass. com. 14 déc. 2010, Bull. civ. IV, n° 198, n° 09-69807 ; *JCP éd. E* 2011, n° 1394, n° 31, note A. Salgueiro.

de paiement réelles. Cette solution semble équilibrée. Il ne peut être exigé du créancier qu'il veille à prendre un cautionnement proportionné aux « biens et revenus » réels de la caution. Une investigation systématique du créancier portant sur les facultés de remboursement de la caution serait trop lourde et le coût de cette investigation serait répercuté sur le crédit. La caution ayant menti au créancier est « naturellement » sanctionnée puisqu'elle doit assumer les conséquences de son mensonge. Il est néanmoins possible de proposer une solution distincte. Cette solution consisterait à considérer, comme pour le surendettement, que les cautions ayant menti à leur créancier lors de leur engagement sont de mauvaise foi. Une telle solution permet de responsabiliser les cautions dès lors que leur mauvaise foi les empêcherait de se prévaloir de la règle de proportionnalité²¹⁹. Cette solution est cohérente avec la définition de la mauvaise foi des cautions. Le mensonge de la caution au jour de son engagement indique qu'elle était consciente qu'elle serait incapable d'honorer son engagement avec ses facultés de remboursement réelles. En somme, la caution coupable d'avoir menti au créancier est nécessairement de mauvaise foi.

94. **Anticipation des dérives.** Cette solution logique est-elle opportune ? Le risque est que les créanciers s'appuient sur ce fondement pour rechercher un moyen d'échapper à la règle de proportionnalité. Au jour où la caution invoquera la proportionnalité de son engagement, le créancier vérifiera que la caution avait scrupuleusement répertorié les éléments de son patrimoine, dans le but de trouver la faille qui lui permettrait d'échapper à la sanction de la prise de cautionnement disproportionné. Cette dérive peut toutefois être anticipée et contrée. Il est possible de prévoir que seuls les mensonges révélant la volonté de la caution de duper le créancier, entraîneront la perte de son droit de se prévaloir de la règle de proportionnalité du cautionnement. Ne seront donc pas source d'exclusion de la protection toutes les erreurs ou tous les oublis des cautions²²⁰. En outre, pourrait être prévue une obligation pour les créanciers

²¹⁹ Sans se référer à la notion de bonne foi, M. Bourassin propose une autre règle qui aboutirait au même résultat : « Dans le chapitre du Code civil régissant le cautionnement, un article pourrait faire peser sur toutes les cautions l'obligation de fournir au créancier, quel qu'il soit, des renseignements précis et sincères sur leur patrimoine, et ce avant la conclusion de la sûreté. Si le créancier parvenait à prouver le manquement à ce devoir, il pourrait, le cas échéant, échapper à la sanction frappant le cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution » : M. Bourassin, « La sécurité juridique dans la réforme du droit du cautionnement », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 943.

²²⁰ Les juges distinguent déjà entre les fausses déclarations caractérisant la mauvaise foi du débiteur et les fausses déclarations relevant de l'erreur de ce dernier : cass 1^{er} civ., 11 oct. 1994, Bull. civ I, n^o 288 ; *RTD com.* 1995, p. 188, note G. Paisant. La déchéance du bénéfice de la procédure de redressement judiciaire civil n'est encourue que lorsque la personne a sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts en vue d'obtenir le bénéfice de cette procédure : cassation de l'arrêt dans lequel les juges ont omis de rechercher si le non-renseignement de la dette avait été délibéré ; Cass. 2^e civ., 7 juin 2007, inédit, n^o 06-14962 : cassation d'un jugement confirmant le refus d'une commission du traitement du surendettement d'époux pour « fausse

d'avertir les cautions de la perte de leur droit d'invoquer la disproportion de leur engagement en cas de mensonge portant sur leurs facultés de remboursement. En cas de non-respect de cette obligation d'information, le retour à la solution actuelle pourrait être prévu. La caution ayant menti au créancier ne serait donc pas dite de mauvaise foi, mais la proportionnalité de son engagement serait appréciée en considération de ses biens et revenus déclarés. La différence entre ces solutions devrait être minime en pratique. Lorsque la caution majore ses revenus ou minimise ses charges, elle déclare des facultés de remboursement proportionnées au montant du cautionnement souscrit. Les solutions ne diffèrent en pratique que lorsque l'engagement est disproportionné aux biens et revenus déclarés par la caution. Dans ce cas, la solution actuelle permet à la caution d'obtenir une sanction du créancier. À l'inverse, la solution préconisée exclut la possibilité pour la caution d'invoquer cette disproportion en raison de sa mauvaise foi.

95. **Mauvaise foi des débiteurs n'ayant pas respecté leur plan de désendettement.** Enfin, les débiteurs sont dits de mauvaise foi lorsqu'ils demandent un plan de désendettement après avoir bénéficié d'un précédent plan qu'ils n'ont pas respecté²²¹. Contrairement au débiteur ayant bénéficié d'un plan de désendettement, la caution ayant déjà invoqué la disproportion de l'un de ses cautionnements n'a été tenue au respect d'aucune condition. En vertu des solutions actuelles, la caution aura soit obtenu la déchéance du cautionnement, soit obtenu la réduction de son engagement par compensation des dommages-intérêts lui étant dus et de son cautionnement. Ainsi, les cautions bénéficiant de la règle de proportionnalité ne sont tenues d'aucun engagement en contrepartie de la sanction du créancier. Il en résulte qu'il est impossible de transposer aux cautions invoquant la proportionnalité la solution selon laquelle les débiteurs ayant bénéficié d'un plan de désendettement et n'ayant pas respecté les conditions de ce plan, doivent être dits de mauvaise foi.
96. **Mauvaise foi des cautions récidivistes.** Toutefois, de manière plus radicale, il serait possible de considérer que les cautions ayant déjà invoqué les dispositions relatives à la proportionnalité du cautionnement doivent être considérées de mauvaise foi lorsqu'elles invoquent à nouveau le bénéfice de ces dispositions à l'occasion d'un autre cautionnement. Cette solution permettrait d'éviter que les cautions perçoivent la règle de proportionnalité comme une échappatoire systématique à leurs engagements. En droit du surendettement, les très nombreuses rechutes

déclaration ». Le jugement était fondé sur les contradictions des époux dans leurs déclarations respectives relatives au domicile et l'activité professionnelle de l'épouse.

²²¹ Cass. 2^e civ., 7 avr. 2016, inédit ; *Rev. proc. coll.* juill. 2016, comm. 104, note S. Gjidara-Decaix. Selon les juges, est de mauvaise foi le débiteur qui n'a pas mis en vente sa résidence principale alors qu'un précédent plan prévoyait des mesures destinées à lui permettre de procéder à cette vente.

des débiteurs ayant déjà bénéficié des mesures de traitement du surendettement laissent penser que certains débiteurs abusent de ce système de secours qu'ils perçoivent comme une échappatoire leur permettant de ne pas payer leurs dettes²²². La présomption de bonne foi du *primo* demandant pourrait être renversée lors de la formulation d'une seconde demande. Serait alors introduite une présomption de mauvaise foi de la caution ayant déjà bénéficié de la règle de proportionnalité et s'engageant à nouveau dans un cautionnement disproportionné. La connaissance de la règle de proportionnalité par la caution au jour de son engagement et la conscience de son droit de s'en prévaloir justifierait qu'elle soit dite de mauvaise foi. Ainsi, à condition que le patrimoine de la caution n'ait pas été sensiblement modifié et que ses revenus n'aient pas considérablement augmenté depuis sa première invocation de la règle de proportionnalité du cautionnement, la caution devra être dite de mauvaise foi si elle s'engage à nouveau dans un cautionnement disproportionné à ses facultés de paiement. Il doit être admis en effet qu'une telle caution n'ait pas eu la volonté d'honorer son engagement au jour où elle l'a souscrit. La présomption de mauvaise foi résultant de la connaissance de la règle par la caution qui en aura déjà bénéficié, sera une présomption simple. La caution pourra démontrer qu'en raison de l'évolution favorable de sa situation patrimoniale, de l'augmentation de ses revenus ou du montant moins important du second cautionnement contracté, elle pensait être en mesure d'honorer son engagement.

97. **Propos conclusifs relatifs à la notion de bonne foi.** Les deux aspects de la notion de bonne foi en matière de surendettement permettent de se faire une idée de ce que recouvrira la bonne foi en matière de cautionnement disproportionné. Cette anticipation confirme que l'exclusion de la protection résultant de la règle de proportionnalité des cautions personnes physiques de mauvaise foi est une solution juste et équitable. Le droit des sûretés requiert dans chacune de ces règles un équilibre entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur et des éventuels garants²²³. La protection des seules cautions personnes physiques de bonne foi participe à cet équilibre. En proposant une application de la règle de proportionnalité à toutes les personnes physiques de bonne foi, nous proposons une protection non seulement de toutes les personnes

²²² Sur la possibilité d'abuser des différents droits octroyés aux débiteurs : G. Ripert, se posait déjà la question de la consécration d'un « droit de ne pas payer ses dettes » lors de l'instauration des délais de grâce pouvait être judiciairement demandés : Ripert, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936. Chron. 57.

²²³ L'évolution des règles applicables au cautionnement enseigne qu'il est nécessaire de trouver un équilibre entre la protection des cautions et les intérêts des créanciers. En ce sens : « Les mouvements qui agitent le droit du cautionnement s'expliquent par une contradiction entre les nécessités du crédit et la protection de la caution contre la rigueur de son engagement. Adoucir le sort des cautions, c'est ruiner le crédit, et provoquer l'apparition de garanties personnelles plus rigoureuses encore » : L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 39, n° 102 et s. sur l'histoire cyclique du droit du cautionnement.

relevant des règles du surendettement, mais également des professionnels relevant des procédures collectives du Code de commerce, à condition qu'il s'agisse de personnes physiques de bonne foi. Cette précision invite à se poser la question du sort des personnes morales de droit privé qui ne sont pas protégées par les procédures propres au surendettement des particuliers mais peuvent bénéficier des procédures collectives réservées aux professionnels. Faut-il admettre qu'elles soient également protégées par la règle de la proportionnalité du cautionnement ?

III. Le sort des cautions personnes morales et de l'EIRL

98. **Question de la protection des personnes morales et EIRL.** La règle de proportionnalité doit-elle être réservée aux cautions personnes physiques de bonne foi ou être étendue aux cautions personnes morales ? L'étude de l'état de la protection des personnes morales par les règles de proportionnalité existantes ne permettra pas de se faire un avis tranché quant à l'opportunité de l'exclusion des personnes morales. En effet, si les personnes morales sont clairement exclues de la protection offerte par la règle légale de proportionnalité du cautionnement, leur sort est incertain en application de la règle jurisprudentielle (A). Il convient dès lors de chercher ailleurs des arguments pour répondre à la question posée. Certaines règles de protection du patrimoine des personnes morales pourraient expliquer que la protection offerte par la règle de proportionnalité ne leur soit pas étendue. Toutefois, ces règles de protection n'existent qu'au bénéfice de certaines personnes morales et ne justifieraient pas que toutes soient exclues du bénéfice de la règle de proportionnalité. C'est finalement un rappel des principes fondamentaux du droit des obligations qui nous conduira à opter pour l'exclusion non seulement des personnes morales, mais également des EIRL (B).

A. La protection des personnes morales par les règles de proportionnalité existantes

99. **Exclusion des cautions personnes morales de la règle légale.** Il ne fait aucun doute que la règle légale de proportionnalité est réservée aux cautions personnes physiques. Toutes les cautions personnes physiques mais seules les cautions personnes physiques bénéficient de cette règle. Ce choix de l'exclusion des cautions personnes morales de la protection contre l'insolvabilité est également retenu par l'avant-projet Capitant²²⁴. Les auteurs en charge de la

²²⁴ Art. 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ».

rédaction de ce projet proposent de protéger l'ensemble des cautions personnes physiques et d'exclure de la protection toutes les cautions personnes morales. Le sort des cautions personnes morales est en revanche bien moins certain s'agissant de la règle de proportionnalité d'origine jurisprudentielle.

100. Doute originel concernant la règle jurisprudentielle. Lorsqu'elle applique la règle de proportionnalité jurisprudentielle, la Cour de cassation ne refuse pas explicitement la protection aux cautions personnes morales. Pourtant, dès l'arrêt Macron²²⁵, la Cour de cassation, reprenant les termes employés par la cour d'appel, précisait que la faute du créancier était révélée par « l'énormité de la somme garantie *par une personne physique* » sans rapport avec ses revenus et son patrimoine. Sans exclure les personnes morales du principe de proportionnalité, la Cour de cassation semblait considérer que la somme offerte en garantie était trop importante en considération de la qualité de personne physique de l'avaliste. Pourtant, la disproportion entre les biens et revenus d'une caution et le montant de son engagement existe de manière objective. Elle ne dépend pas de la qualité de personne physique ou morale de la caution. C'est pourquoi il semble qu'aucune conclusion certaine ne puisse être tirée de la référence à la qualité de personne physique de l'avaliste protégé dans l'arrêt Macron.

101. Maintien de l'incertitude. Il est courant de lire que contrairement au principe de proportionnalité légal, le principe de proportionnalité jurisprudentiel accueille dans sa protection les personnes morales²²⁶. Pourtant, les juges semblent n'avoir jamais tranché cette question. Il semble que le principe de proportionnalité jurisprudentiel n'ait jamais permis de protéger des cautions personnes morales, sans jamais leur avoir été refusé. Le doute persiste donc quant à la possibilité pour une personne morale d'invoquer le principe jurisprudentiel de

²²⁵ Cass. com. 17 juin 1997, préc.

²²⁶ P. Crocq, « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD Civ.* 2004, p. 124 : « le domaine d'application de la jurisprudence antérieure se réduit désormais, d'une part, aux contrats de cautionnement conclus avant le 7 août 2003 et, d'autre part, en ce qui concerne les contrats conclus à compter de cette date, au cas du cautionnement donné par une personne morale (par exemple le cautionnement donné par un établissement de crédit) et à celui du cautionnement donné au profit d'un créancier non professionnel » ; V. Avena-Robardet, « Cautionnement disproportionné : une Chambre mixte s'oppose à la rétroactivité de la loi Dutreil », *D.* 2006, p. 2391 : l'auteur suit l'avis du professeur P. Crocq selon lequel suite à la loi Dutreil, les cautions personnes morales et les cautions engagées envers des créanciers non professionnels pouvaient encore se fonder sur le régime jurisprudentiel de proportionnalité. Cette affirmation démontre qu'elle considère que le régime jurisprudentiel de proportionnalité est applicable lorsque la caution est une personne morale, bien que l'auteur réserve l'hypothèse dans laquelle suite à la loi Dutreil les juges refuseraient d'appliquer encore le principe de proportionnalité jurisprudentiel ; D. Houtcieff, « Non-applicabilité de l'article L. 341-4 du Code de la consommation aux cautionnements souscrits antérieurement à son entrée en vigueur », *JCP éd. G* 2006, II, p. 10180 : « Les cautionnements postérieurs à la loi Dutreil mais échappant à son champ d'application pourraient ainsi continuer d'être régis par les règles jurisprudentielles d'appréciation de la disproportion : il pourra par exemple en aller ainsi des cautionnements souscrits par des personnes morales ».

proportionnalité. Ce doute n'est toutefois pas dirimant, puisqu'il résulte d'une absence de requêtes de la part des cautions personnes morales²²⁷. Il sera démontré que les personnes morales n'ont pas le même besoin de protection contre l'insolvabilité que les cautions personnes physiques.

B. Le choix de l'exclusion des personnes morales et de l'EIRL de la règle de proportionnalité

102.Exclusion des personnes morales et de l'EIRL. Toutes les personnes physiques de bonne foi doivent, selon nous, bénéficier de la règle de proportionnalité. En revanche, la question de la protection des personnes morales reste entière. Il pourrait sembler logique d'exclure certaines personnes morales du bénéfice de cette règle en raison des règles de protection dont elles bénéficient par ailleurs. Néanmoins, cette justification de l'exclusion de certaines personnes morales de la règle de proportionnalité ne peut être étendue à l'ensemble des personnes morales. La volonté de traiter de manière unitaire l'ensemble des personnes morales conduit donc à chercher ailleurs la justification de leur exclusion. C'est finalement le principe de la force obligatoire des contrats, principe fondamental du droit des obligations, qui justifie que la règle de proportionnalité soit restrictivement admise et ne bénéficie pas aux personnes morales, créées pour participer à la vie des affaires. L'étude du sort des personnes morales (1), sera suivie de celle du sort de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Bien que l'EIRL soit une personne physique, son statut particulier qui conduit à la rapprocher des personnes morales (2).

1. Le sort des personnes morales

103.Droit du surendettement et droit des procédures collectives. La lutte contre l'insolvabilité des personnes physiques est singulière et primordiale. Le surendettement atteint les débiteurs jusqu'à leur dignité²²⁸. Les mesures permettant de lutter contre le surendettement des particuliers sont complétées par le droit des procédures collectives qui permet d'aider les

²²⁷ En ce sens P. Crocq, « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD Civ.* 2004, p. 124 : qui affirme que « le problème de la proportionnalité ne se [pose] guère » en matière de cautionnements consentis par des personnes morales et de cautionnements consentis envers des créanciers non professionnels.

²²⁸ Sur la protection de la dignité humaine par le droit du surendettement v. J.-B. Racine, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006, n°63, p. 37 ; C. Cardini, V. Vigneau et G.-X. Bourin, « Procédures de désendettement », *Juris-Classeur concurrence, consommation*, fasc. 10 : 2013 : « La législation sur le surendettement des particuliers puise sa justification dans la sauvegarde des individus de l'exclusion sociale à laquelle la ruine, parfois irréversible, est de nature à les conduire, eux et leur famille. Il s'agit donc d'un droit d'ordre public de protection, qui dérive d'une valeur sociale indisponible, la dignité de la personne » ; C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 580, 2018, p. 67, n° 64 : l'auteur affirme que la règle de proportionnalité est l'« expression des principes de dignité humaine et de liberté patrimoniale ».

professionnels à résoudre leurs difficultés financières. Le droit des entreprises en difficulté accueille les personnes morales de droit privé. Faut-il suivre cet exemple et protéger les cautions personnes morales contre le risque de cessation des paiements par la règle de la proportionnalité²²⁹ ? Si la cessation des paiements d'une personne morale ne suscite pas la même émotion que la situation du surendettement d'une personne physique, elle constitue une situation problématique que le droit des procédures collectives tente de traiter. Les difficultés rencontrées par une personne morale ne sont pas sans conséquences. Ces difficultés seront ressenties par les éventuels salariés de cette personne morale et également par ses partenaires économiques. Ne faut-il pas alors prévoir une protection en amont des cautions personnes morales qui, si elles étaient appelées à honorer leur engagement de caution, seraient susceptibles de bénéficier d'une procédure collective ? Pour répondre à cette question, il est intéressant de partir d'observations de la pratique.

104. Protection inutile des cautions professionnelles. Les personnes morales se portant caution sont souvent des établissements de crédit²³⁰ qui, en tant que créanciers professionnels, offrent leurs cautionnements comme crédits par signature²³¹. Ces cautions ne sont pas en déficit de protection. Il est évident que ces cautions qui font du crédit leur métier connaissent et maîtrisent les rouages du cautionnement. Au-delà de ce constat, leur patrimoine est protégé par les ratios qu'elles sont tenues de respecter²³². Ces ratios les contraignent à disposer des fonds nécessaires

²²⁹ En ce sens : P. Crocq, « La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du crédit à la consommation », *RTD civ.* 1998, p. 157. L'auteur se positionne en faveur de la protection des cautions personnes morales. Il relève qu'elles encourent les mêmes risques que les cautions personnes physiques : « une fois le principe général de proportionnalité dégagé de sa gangue consumériste, on ne voit pas bien pourquoi il ne serait pas appliqué à une caution personne morale laquelle peut, tout aussi bien, souscrire un engagement sans rapport avec le montant de son patrimoine et de ses ressources dans des circonstances de fait exclusives de toute bonne foi de la part de la banque » ; dans le même sens Ph. Dupichot, *thèse préc.*, p. 111, notes 192 et 193 : l'auteur se positionne en faveur de l'application de la règle de proportionnalité aux cautions personnes morales. Il retient que le créancier n'est pas de bonne foi lorsqu'il prend le risque de voir sa caution placée en procédure collective. Contrairement à lui, nous n'envisageons pas la règle de proportionnalité comme une règle subjective nécessitant de prendre en compte le comportement du créancier. L'auteur évoque également les conséquences sur la sauvegarde des emplois de la caution personne morale pour mettre en évidence le besoin de protection de ces cautions. Ce second argument nous semble plus convaincant.

²³⁰ Le crédit peut prendre la forme d'un engagement par signature. Il s'agit alors de crédit indirect. Cette forme de crédit est prévue à l'art. L. 313-1 c. mon. fin. al. 1 : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ». Pour une description de cette forme de crédit : R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 12^e éd., 2017, p. 26 et s., n° 15.

²³¹ L'évolution du recours à ces sûretés a été mise en évidence par A. Cerles, « Le cautionnement et la banque », *Revue banque*, 2^e éd., 2008, qui précise qu'à l'origine ces cautionnements étaient en pratique réservés à la clientèle des entreprises et qu'ils sont aujourd'hui utilisés par tous. Également sur ces crédits : T. Bonneau, *Droit bancaire*, 12^e éd. LGDJ, 2017, p. 625 s., n° 824 s.

²³² Art. L. 511-41 c. mon. et fin. al. 1 et 2 « I. – Les établissements de crédit et les sociétés de financement sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter

pour couvrir les risques liés à l'octroi de crédit. Il n'est donc pas nécessaire de protéger ces cautions de la cessation des paiements²³³. Ces ratios apparaissent comme la contrepartie du monopole de l'octroi de crédit à titre habituel qui leur est offert, ainsi que de leur liberté de consentir ou non les crédits sollicités par leurs clients. Le respect de ratios similaires est imposé aux collectivités locales se portant cautions, bien que ces collectivités ne soient pas autorisées à accorder des crédits à titre habituel²³⁴. En toute hypothèse, dès lors que ces collectivités sont tenues de respecter des ratios qui les protègent contre l'octroi de cautionnements qu'elles ne seraient pas en mesure d'honorer, il est évidemment inutile de protéger ces cautions par une règle de proportionnalité.

105. Protection inutile de certaines sociétés. Toutes les cautions personnes morales se portant caution ne sont pas nécessairement des professionnels du crédit ou des collectivités locales²³⁵. Des entreprises peuvent également se porter caution, notamment pour soutenir les membres de leurs groupes. Les sociétés à risque illimité se portant cautions sont, elles aussi, protégées par des règles spécifiques²³⁶. Le principe de spécialité des sociétés impose d'une part que le cautionnement octroyé par une société à risque illimité entre dans son objet social²³⁷. À défaut, le cautionnement serait déclaré nul pour dépassement de pouvoir du dirigeant. La jurisprudence se montre néanmoins souple dans son appréciation des cautionnements entrant ou non dans l'objet social de la société caution. En effet, la conformité à l'objet social peut résulter de l'inscription dans les statuts de la société de la possibilité de souscrire un tel engagement. Elle peut également découler de l'approbation unanime des associés²³⁸. Enfin, le cautionnement sera

des ratios de couverture et de division de risques ». Sur les normes de gestion permettant de limiter le risque encouru par les banques : Ph. Neau-Leduc, A. Périn-Dureau, Ch. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, Dalloz, 6^e éd., 2018.

²³³ Ph. Dupichot, *thèse préc.* p. 189, n° 223. L'auteur rappelle en ce sens que « si l'octroi d'un cautionnement a bien été intégré dans le calcul des ratios de liquidité et de solvabilité qui ont été respectés, il ne saurait par hypothèse jamais être disproportionné ».

²³⁴ Ph. Dupichot, *thèse préc.* L'auteur explique que les cautionnements fournis par des collectivités locales sont devenus fréquents de sorte que ces personnes morales ont été soumises à des ratios prudentiels stricts.

²³⁵ Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 2, n° 2 : l'auteur recense les personnes morales qui en pratique consentent des cautionnements. Il énumère les cautionnements fournis par des banques, par des sociétés commerciales, par l'État et par les collectivités publiques.

²³⁶ P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2018, p. 37 et s., n° 4 et s. : dans les sociétés à risque illimité « les associés garantissent la totalité du passif social. Leur apport peut donc n'avoir qu'une importance très relative ; en revanche, leur solvabilité à venir est essentielle : elle conditionne le crédit de la société ».

²³⁷ Sur l'objet social : P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2018, p. 185 et s. n° 243 et s. v. spéc. n° 243 : « l'objet de la société est généralement défini comme la ou les activités que les associés se proposent de faire exercer par la société ». L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 115 et s., n° 217 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 128 et s., n° 184 et 185.

²³⁸ Pour les sociétés civiles : l'art. 1854 c. civ. précise que « les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte ». Pour les sociétés en nom collectif, l'art. L. 221-6 al. 1 c. com. dispose que : « Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent ». v. en

conforme à l'objet social lorsqu'il sera intéressé. Cette dernière hypothèse couvre toutes les situations dans lesquelles la société caution et le débiteur principal partagent une communauté d'intérêts²³⁹. Bien qu'ils apprécient de manière souple le respect de l'objet social de la caution, les juges ont instauré en parallèle une seconde condition que les sociétés à risque illimité sont tenues de respecter lorsqu'elles se portent caution. Les cautionnements souscrits par ces sociétés doivent être conformes à leur intérêt social²⁴⁰. Il se trouve qu'un cautionnement d'un montant important qui pourrait mettre en péril la survie de la société ne peut être conforme à l'intérêt social de la société caution²⁴¹. Un cautionnement disproportionné par rapport aux facultés de paiement de la société caution ne peut donc pas être valablement octroyé par une société à risque illimité²⁴². Cette jurisprudence habituellement réservée aux sociétés à risque illimité a été étendue à une société par action simplifiée unipersonnelle par un arrêt du 14 février 2018²⁴³. La protection offerte à ces sociétés lorsqu'elles se portent cautions prend donc une forme différente de celle qui résulte de la proportionnalité, mais elle existe d'ores et déjà. Il est d'ailleurs possible de considérer que la règle jurisprudentielle décrite constitue une règle de

jurisprudence : Cass. 1^{er} civ. 20 oct. 1992, n° 90-21628 ; Cass. 3^e civ., 1^{er} déc. 1993, n° 91-16327 ; Cass. Com. 18 mars 2003, Bull. civ. IV, n° 46.

²³⁹ v. notamment : Cass. 1^{er} civ., 15 mars 1988, Bull. civ. I, n° 75 ; Cass. 1^{er} civ., 15 mars 1988, Bull. civ. I, n° 75 ; Cass. 1^{er} civ., 1 févr. 2000, Bull. civ. I, n° 34 ; Cass. 1^{er} civ. 8 Nov. 2007, Bull. civ. I, n° 345.

²⁴⁰ Bien que la jurisprudence ne soit pas toujours claire en ce sens, de nombreux arrêts font de la conformité à l'intérêt social une condition distincte de celle de la conformité à l'objet social v. Cass. com., 8 mars 2017, inédit, n° 15-19.787. Dans cet arrêt le cautionnement a été déclaré nul « peu important que la fourniture d'une telle caution soit conforme à l'objet social de la SARL [caution] et que cette société ait été unie par une communauté d'intérêt avec celle qui était cautionnée ». Il en ressort explicitement que la conformité à l'intérêt social est une condition autonome, distincte de celle de la conformité à l'objet social. Déjà en ce sens : Cass. com. 13 nov. 2007, n° 06-15826 ; Cass. 3^e civ. 12 sept. 2012, Bull. civ. IV, n° 121 ; Cass. com. 14 févr. 2018, inédit, n° 16-19762 ; *Gaz. Pal.* 2018 n° 23, 26 juin 2018, p. 79, obs. B. Brignon ; *RTD civ.* 2018, p. 459, P. Crocq ; *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, n° 23, p. 29, obs. M.-P., Dumont-Lefrand. Pour un exemple de cautionnement conforme à l'intérêt social de la société caution : Cass. com., 2 nov. 2016, inédit, n° 16-10363 ; *Dr. et patr.* mai 2017, p. 90, obs. A. Aynès ; *D.* 2016, p. 2335, obs. A. Lienhard ; *D.* 2005, obs. P. Crocq. La Cour de cassation affirme que le cautionnement est conforme à l'intérêt social de la société caution dès lors que ce « cautionnement litigieux a permis à la SCI d'acquérir un patrimoine immobilier et de percevoir les revenus tirés du bail commercial exploité par le débiteur cautionné ou par les exploitants ultérieurs et retient que, sans ce cautionnement, elle n'aurait pu se doter ni d'immeubles, ni de revenus fonciers ».

²⁴¹ Cette affirmation fait l'objet d'une jurisprudence fournie : v. notamment Cass. 3^e civ., 1^{er} déc. 1993, n° 91-16.327, *Dr. Sociétés* 1994, comm. 138, obs. H. Le Nabasque ; Cass. com. 8 nov. 2011, inédit ; *D. sociétés*, janv. 2012, comm. 6, note H. Hovasse ; *BJS* avril 2012, p. 297, note F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2003, n° 026, note B. Dondero ; *RTD com.* 2012, p. 358, note M.-H. Monsérié-Bon ; *Rev. sociétés*, 2012, p. 238, note A. Viandier ; E. Schlumberger, « retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », in *Mélanges H. Hovasse*, LexisNexis 2016, p. 169 et s.

²⁴² Ce raisonnement ne concerne toutefois que les sociétés à risque illimité. Les SARL ne sont pas protégées par cette jurisprudence : Cass. com., 12 mai 2015, Bull. civ. IV, n° 80, n° 13-28504 et 14-11028 ; *RLDC* oct. 2015, n° 130, note R. Dalmau ; *D.* 2015, p. 2027, note D. Robine ; *RTD civ.* 2015, p. 663, note P. Crocq ; *BJS* déc. 2015, p. 650, note R. Mortier ; *Defrénois* 30 août 2016, p. 816, note S. Cabrillac ; *RLDA* juill. 2015, n°106, obs. S. Saltani.

²⁴³ Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-16013, *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, n° 23, p. 29, obs. M.-P., Dumont-Lefrand ; *BJS* juill. 2018, n° 7-8, p. 412, note E. Schlumberger ; *Defrénois*, 7 juin. 2018, n° 22, p. 44, note S. Cabrillac.

proportionnalité, bien que l'interdiction de prendre un engagement disproportionné ne soit pas explicitée par la jurisprudence²⁴⁴.

106. Question des autres personnes morales cautions. Les règles et la jurisprudence précitées ne permettent toutefois de justifier que l'exclusion des établissements de crédit, des collectivités locales et des sociétés à risque illimité dès lors que ces personnes morales bénéficient de règles protégeant leur patrimoine. D'autres personnes morales peuvent se porter caution. En pratique, consentent des cautionnements les sociétés à responsabilité limitée ainsi que certaines associations, notamment les associations solidaires ayant pour mission de favoriser le crédit aux entreprises²⁴⁵. Faut-il leur permettre de bénéficier de la protection offerte par la règle de proportionnalité ? Il pourrait sembler intéressant de protéger ces cautions, puisqu'elles pourraient demander l'ouverture de procédures collectives en vertu de l'article L. 620-1 du Code de commerce qui octroie ce droit à toutes les personnes morales de droit privé²⁴⁶. Nous retiendrons pourtant l'éviction de l'ensemble des personnes morales de la règle de proportionnalité. Pour exclure les personnes morales de la règle de protection, il convient de rappeler les règles fondamentales du droit des obligations.

107. Exclusion des personnes morales de la règle de proportionnalité. La force obligatoire des contrats, pilier du droit des obligations constituera la raison fondamentale du refus de protection des personnes morales²⁴⁷. Il convient de rappeler que la règle de proportionnalité des cautionnements est fondamentalement opposée au principe de la force obligatoire des contrats. Le principe de la force obligatoire des contrats implique qu'un contractant puisse être contraint juridiquement de respecter les obligations auxquelles il s'est engagé. À l'inverse, en application de la règle de proportionnalité, la caution est libérée de son obligation contractuelle en raison de la volonté du législateur de la protéger spécifiquement contre le risque d'insolvabilité résultant de son engagement. La règle de proportionnalité des cautionnements apparaît donc

²⁴⁴ v. notamment A.-C. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580, p. 72, n° 68 : « Cette nouvelle mesure de protection témoigne d'une volonté de la jurisprudence de créer un devoir de proportionnalité, à l'image de celui dont bénéficient les cautions personnes physiques ».

²⁴⁵ Notamment le groupe France active qui regroupe 42 associations territoriales.

²⁴⁶ Art. L. 620-1 c. com. prévoit l'ouverture des procédures collectives « à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ».

²⁴⁷ Sur la force obligatoire des contrats : H. Juillet-Regis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015 ; B. Guiderdoni, *Le forçage du contrat par le juge*, thèse Caen, 2002 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg, 1997 ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, p. 901 ; R. Cabrillac, « Force obligatoire », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 596 et s.

comme une règle dérogatoire au principe fondamental de la force obligatoire des contrats. Elle constitue une mesure de faveur offerte aux personnes physiques. Une telle exception au principe de la force obligatoire des contrats, principe indispensable du droit des obligations, ne peut être admise que de manière restrictive²⁴⁸. En étendant la règle de proportionnalité du cautionnement, le législateur de 2003 a néanmoins admis que la lutte contre l'exclusion des personnes physiques surendettées justifie une dérogation au principe de la force obligatoire des contrats. La volonté du législateur était de limiter le risque pris par les personnes physiques et en particulier les risques pris dans la vie des affaires²⁴⁹. Nous sommes évidemment favorables au maintien de cette règle de protection dès lors que la participation des personnes physiques à la vie des affaires mérite une attention particulière. En effet, alors que les personnes morales sont fondamentalement adaptées à la vie des affaires, la participation des personnes physiques à la vie des affaires n'apparaît pas aussi naturelle. Cette différence explique que les personnes morales ne méritent pas la même protection que celle qui est offerte aux personnes physiques au prix d'une atteinte au principe de la force obligatoire des contrats. Les exceptions à ce principe doivent être admises avec parcimonie. Ainsi, l'extension de la règle de proportionnalité aux personnes morales ne nous paraîtrait pas justifiée.

108. Choix d'organisation d'un patrimoine par la création de personne morale. L'exclusion des personnes morales de la règle de proportionnalité des cautionnements peut encore être justifiée par l'observation de la technique des personnes morales. Bien que le risque encouru par une société se portant caution s'apprécie du point de vue de la personne morale et non du point de vue des personnes physiques qui la constituent, il ne faut pas oublier que les personnes physiques ayant choisi de constituer une personne morale ont choisi une voie d'organisation de leur patrimoine. Ainsi, les personnes ayant choisi de constituer des sociétés ont d'ores et déjà choisi par ce biais, un mode de protection de leur patrimoine²⁵⁰. Ce choix effectué par une ou

²⁴⁸ Sans force obligatoire des conventions, les conventions n'auraient plus aucune utilité. En ce sens : R. Cabrillac, « force obligatoire », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 596 et s., n° 139 évoque un « principe cardinal du droit des contrats ».

²⁴⁹ La règle de proportionnalité a été étendue à l'ensemble des personnes physiques engagées envers des créanciers professionnels par la loi Dutreil, laquelle avait pour objectif de favoriser la création et le développement des entreprises en France. v. l'exposé des motifs du projet de loi pour l'initiative économique, présenté à l'assemblée nationale le 23 décembre 2002 au nom de m. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, par monsieur Francis Mer, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

²⁵⁰ Tel est le cas en particulier des sociétés à responsabilité limitée : P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^e éd. 2015, p. 22 s., n° 8 s : dans les sociétés à risques limités « l'associé ne risque normalement pas plus que ce qu'il a apporté. Cela signifie que si la société est devenue insolvable, les créanciers impayés ne pourront pas poursuivre les associés sur leurs biens propres ». Contrairement aux sociétés à risque illimité. Néanmoins, le choix d'organisation de leur patrimoine par la création de personne morale concerne l'ensemble des personnes morales.

plusieurs personnes physiques constitue d'ores et déjà une forme de protection du patrimoine des personnes physiques à l'origine de la création de la personnes morale²⁵¹. En effet, la création d'une personne morale est fondamentalement une technique de séparation des patrimoines. Elle offre une protection aux personnes physiques qui la constituent, et ce qu'il s'agisse d'une société à responsabilité limitée ou non. Il en résulte que l'ajout d'une protection par la règle de proportionnalité apparaîtrait excessif. En outre, la protection des personnes morales par la règle de proportionnalité pourrait apparaître inutile de sorte que l'atteinte portée à l'efficacité du cautionnement ne serait pas justifiée.

109. Inutilité de la protection des personnes morales. Les mesures de traitement des entreprises en difficultés sont d'ores et déjà orientées vers la prévention des difficultés des entreprises²⁵². Il est vrai qu'au vu du nombre de liquidations judiciaires, il est possible de douter de l'efficacité des procédures de prévention. Néanmoins, il ne nous semble pas que l'instauration d'une règle de proportionnalité du cautionnement puisse constituer une réponse adaptée à cette difficulté. Une telle règle ne protégerait que les personnes morales dont les difficultés résultent de leur engagement en tant que caution. Ainsi, l'extension de la règle de proportionnalité aux personnes morales ne permettrait pas de pallier de manière générale l'inefficacité des procédures de prévention des difficultés des entreprises. L'intérêt d'une telle règle de proportionnalité applicable aux personnes morales n'apparaît pas suffisant pour que l'atteinte au principe de la force obligatoire des conventions soit justifiée. L'observation de la jurisprudence relative au régime de proportionnalité du cautionnement fondé sur les arrêts Macron et Nahoum invite à penser que les personnes morales n'ont pas besoin d'être protégées par la règle de

²⁵¹ L'EURL étant une entreprise constituée par une personne physique unique. Sur l'EURL : N. Ezran-Charrière, *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, LGDJ, 2002 ; D. Lecomte, *L'EURL, structure d'organisation de l'entreprise*, l'Harmattan, 2004 ; F. Shyyab, *La société unipersonnelle*, thèse Grenoble, 2012 ; A. Perrot-Bienvenu, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle*, thèse Paris, 1990.

²⁵² Des procédures peuvent être ouvertes avant même que le débiteur se trouve en situation de cessation des paiements. Sur ces procédures : S. Saaied, *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, LGDJ, 2015 ; B. G. Bekale Ndoutoume, *La procédure de sauvegarde ou l'anticipation judiciaire du risque de défaillance des entreprises*, thèse Toulon, 2018 ; J. Elia, *La procédure de sauvegarde des entreprises : étude comparée de droit américain et français*, thèse, Saint Etienne, 2007 ; M. F. Kourouma, *Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde - Approche comparative droit français/droit OHADA*, thèse Toulon, 2018 ; S. T. S., Karfo, *Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, Toulouse, 2014 ; M.-C. Mariani-Riela, *Le règlement amiable des entreprises*, thèse Nice, 1991 ; N. Depoix-Robain, *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, thèse Paris, 1997 ; M. Labbé, *Le règlement amiable : loi du 1er mars 1984*, thèse Paris, 1987 ; S. Bachlouch, *La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain*, thèse Paris, 2012 ; P. Rey, *De l'usage de la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, thèse Paris, 1993 ; E. Ossouma-Efame, *Le rôle de la cessation des paiements dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, thèse Toulon, 2015.

proportionnalité. En effet, il a été observé à l'occasion de l'étude du domaine d'application du principe jurisprudentiel de proportionnalité qu'aucun arrêt ne faisait apparaître de caution personne morale invoquant la disproportion de son engagement, de sorte qu'il est impossible de dire avec certitude si ces cautions peuvent ou non se prévaloir de la règle de proportionnalité d'origine jurisprudentielle ²⁵³. À l'inverse, le nombre important de cautionnements disproportionnés souscrits par des personnes physiques démontre que la règle de proportionnalité est utile pour assurer la protection de leur patrimoine. Ainsi, l'atteinte portée au principe de la force obligatoire des conventions doit être limitée à la protection des personnes physiques contre l'insolvabilité et l'exclusion sociale qui en résulte.

110. Préservation de l'efficacité des cautionnements. Si elle ne constitue pas la raison du refus de protection des personnes morales, la préservation de l'efficacité des cautionnements en est une conséquence. La possibilité pour les personnes morales de se prévaloir de la règle de proportionnalité porterait atteinte à l'efficacité de ces sûretés. Cette atteinte serait particulièrement gênante en matière de cautionnements offerts par les associations dont l'objet est de faciliter l'octroi de crédit par l'offre de garantie. L'atteinte à l'efficacité des garanties offertes par eux contrarierait directement leurs missions. Ces associations ne doivent pas pouvoir échapper aux engagements qu'elles souscrivent. Ces personnes morales ne peuvent remplir leur mission de favorisation de l'accès au crédit que si les établissements de crédit prêteurs ont une parfaite confiance en eux.

111. Protection inopportune des personnes morales cautions. En somme, il ne semble pas nécessaire de permettre aux cautions personnes morales de se prévaloir du principe de proportionnalité. L'impact sur l'efficacité des cautionnements fournis par ces cautions pourrait constituer une conséquence négative plus importante que le bénéfice que procurerait la règle aux rares cautions personnes morales désireuses de se soustraire à leur engagement. La protection des personnes morales par la règle de proportionnalité apparaît inopportune. Plus fondamentalement, cette protection paraîtrait excessive dès lors que la constitution d'une personne morale constitue d'ores et déjà une technique d'organisation patrimoniale offrant une protection considérable aux personnes physiques qui la constitue. La même justification permet de justifier l'exclusion des EIRL de la règle de proportionnalité.

²⁵³ v. n° 100.

112. Question de l'insolvabilité de l'EIRL. Les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée sont des personnes physiques. Ils devraient donc, à condition d'être de bonne foi, être protégés par la règle de proportionnalité. Toutefois, ces personnes physiques ont choisi un mode de gestion patrimoniale particulier. Le choix de l'EIRL protège les entrepreneurs contre l'insolvabilité par le cloisonnement de leurs différents patrimoines²⁵⁴. Ce statut permet à l'entrepreneur de mettre son patrimoine personnel à l'abri de ses dettes professionnelles et inversement. La division des patrimoines professionnel et personnel vise à assurer la protection de l'entrepreneur en tant que personne physique contre le surendettement. Le cautionnement offert par un EIRL grèvera seulement l'un de ses patrimoines, de sorte que ce cautionnement pourrait, dans le pire des cas, générer un risque d'insolvabilité au sein du patrimoine engagé. L'équilibre du ou des autres patrimoines de l'EIRL resterait inchangé. Il en résulte que si l'EIRL bénéficiait de la règle de proportionnalité du cautionnement, il faudrait prendre en considération les éléments d'actifs et de passif du seul patrimoine grevé par le cautionnement. Dans cette hypothèse, le cautionnement serait disproportionné à condition d'être sans rapport avec les facultés de paiement de l'EIRL évaluées en considération du seul patrimoine grevé. Ainsi, la règle de proportionnalité ne permettrait pas de lutter contre « l'insolvabilité globale de l'EIRL », mais seulement contre l'insolvabilité de l'un de ses patrimoines. En réalité, l'expression d' « insolvabilité globale de l'EIRL » est erronée. L'insolvabilité étant la situation dans laquelle l'actif d'un patrimoine ne peut plus répondre du passif de ce même patrimoine, il doit nécessairement être apprécié patrimoine par patrimoine. Cette règle est retenue en matière de procédures collectives et de procédures de surendettement²⁵⁵. Chaque patrimoine de l'EIRL peut faire l'objet d'une procédure propre²⁵⁶. La situation patrimoniale globale de l'EIRL n'est dès lors jamais examinée.

²⁵⁴ Sur l'EIRL : D. Houtcieff, *Droit commercial*, Dalloz Université, 4^e éd., 2016, p. 215 et s., n° 438 et s. ; D. Houtcieff, « Entreprise individuelle à responsabilité limitée – EIRL » *Rep. Dr. commercial*, janvier 2012 ; B. Dondéro, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné », *JCP* 2010, n° 679 ; Ch. Lebel, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) », *J.-Cl. Sociétés traité*, mars 2015, fasc. 4 ; J.-F. Barbière, « EIRL, un statut opportun pour l'entrepreneur et ses partenaires ? », *BJS* mars 2011, n° 3, p. 227.

²⁵⁵ Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, n° 17-22013, publié ; *Defrénois* 31 janv. 2019, n° 5, p. 30, note F. Vauvillé ; *RD banc. et fin.* n° 6, novembre 2018, comm. 164, note S. Piedelièvre ; *JCP éd. E* n° 42, 18 octobre 2018, 1528 note J.-D. Pellier ; *D.* 2018, p. 2071, note V. Legrand ; *Revue des procédures collectives* n° 6, novembre 2018, comm. 171, note S. Gjidara-Decaix ; *Gaz. Pal.* 15 janv. 2019, n° 2, p. 52, note E. Mouial-Bassilana.

²⁵⁶ Le surendettement au sein de son patrimoine non affecté pourra être traité par les commissions de surendettement alors que son ou ses patrimoine(s) affectés pourront faire l'objet de procédures collectives réservées aux professionnels. En ce sens v. F. Vauvillé, « L'EIRL peut être mis en surendettement », *Defrénois* 31 janv. 2019, n° 5, p. 30.

113. **Cumul de protection.** Pourtant, il ne semble pas souhaitable que l'EIRL puisse cumuler deux règles de protection contre l'insolvabilité que constituent la division de son patrimoine et la règle de proportionnalité du cautionnement. La première de ces règles met à l'abri une partie de ses actifs, alors que la seconde permet de réduire la dette de cautionnement qui grève l'un de ses patrimoines. La combinaison de la protection de ses actifs et de la diminution de son passif semble excessive. La protection offerte par la règle de proportionnalité du cautionnement s'inscrit en tant qu'exception au principe de la force obligatoire du contrat²⁵⁷. Il en résulte que la règle de proportionnalité du cautionnement doit être restrictivement admise. Il apparaît dès lors critiquable de permettre à l'EIRL de bénéficier de cette mesure de faveur alors que le choix du recours à l'EIRL constitue en soi une forme de protection de ses actifs. La volonté de protéger les personnes physiques participant à la vie des affaires ne se retrouve pas en présence d'un EIRL dès lors que cette personne physique a choisi un statut voué à la participation aux affaires. Ainsi, il semble logique de refuser la protection offerte par la règle de proportionnalité aux EIRL comme aux personnes morales.

114. **Exclusion des personnes morales et des EIRL.** Tant les personnes morales que les EIRL doivent être exclues de la protection offerte par la règle de proportionnalité. Ainsi, seules les personnes physiques de bonne foi à l'exception des EIRL, devraient pouvoir se prévaloir du principe de proportionnalité du cautionnement. Ces cautions doivent-elles toujours être autorisées à invoquer la disproportion de leur engagement ou cette possibilité doit-elle dépendre de la qualité du créancier envers qui elles sont engagées ?

Section 2 : Les créanciers concernés par la règle de proportionnalité

115. **Proposition d'amélioration des champs d'application existants.** Nous observerons les règles existantes et observerons que seuls les créanciers professionnels sont concernés par la règle de proportionnalité *de lege lata* (§ 1). Une appréciation critique des champs d'application retenus nous conduira à suivre la proposition retenue par les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés consistant à protéger les cautions quelle que soit la qualité du créancier envers lequel elles sont engagées (§ 2).

²⁵⁷ v. n° 107.

§ 1 : Les créanciers concernés *de lege lata*

116. **Critique des champs d'application existants.** Selon le régime jurisprudentiel comme en application de la règle légale de proportionnalité, seuls les créanciers professionnels sont soumis à la règle de proportionnalité (I). Cette distinction selon la qualité du créancier impose de s'intéresser à la notion de créancier professionnel. Cette notion n'a pas été définie par le législateur mais elle a été précisée en jurisprudence (II).

I. Les créanciers professionnels seuls soumis à la règle de proportionnalité

117. **Doute originel.** L'arrêt Macron, à l'origine du principe de proportionnalité jurisprudentiel, ne fait aucunement référence à la qualité du créancier. Il semble donc, sans que l'on puisse en être certain, que tous les créanciers étaient tenus de s'assurer de la proportionnalité de l'engagement de leur caution. L'arrêt Nahoum a fait évoluer le champ d'application de ce principe de proportionnalité²⁵⁸. L'évolution apparente concernant les cautions protégées par le principe de proportionnalité invitait déjà à lire entre les lignes. La précision selon laquelle les cautions dirigeantes en déficit d'informations pouvaient profiter de la protection offerte par la proportionnalité ne traduisait-elle pas la nécessité d'une asymétrie d'information entre le créancier et la caution pour que la proportionnalité soit exigée ? Aucun auteur n'a proposé à l'époque une telle lecture de l'arrêt Nahoum. Il semble que sans approfondir cette question, les auteurs considéraient que tous les créanciers étaient soumis au régime jurisprudentiel de proportionnalité du cautionnement, qu'ils soient professionnels ou non²⁵⁹. Un doute est né dès 2005. La Cour de cassation a affirmé, sans exclure de manière certaine les créanciers non professionnels, que les créanciers professionnels étaient soumis au principe de proportionnalité²⁶⁰. La Cour de cassation, en précisant que le créancier était en l'espèce un

²⁵⁸ La chambre commerciale a affirmé que les dirigeants de société ne pouvaient se prévaloir de ce principe, sauf à démontrer que le créancier avait eu des informations ignorées de la caution relatives à « leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société ».

²⁵⁹ v. notamment : P. Crocq, « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD Civ.* 2004, p. 124. L'auteur estime que le régime jurisprudentiel de proportionnalité demeure applicable après l'entrée en vigueur de la loi Dutreil, dans les cas où l'article L. 341-4 n'est pas applicable, c'est-à-dire aux cautionnements donnés par une personne morale ainsi qu'à ceux donnés au profit d'un créancier non professionnel.

²⁶⁰ Cass. 1^{er} civ., 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 200, n° 03-14446 ; *RD banc. et fin.* 2005, comm.128, obs. D. Legeais ; *JCP éd. E* 2005, 1001 ; *JCP éd. G* 2005, IV 2407. Les juges prennent soin de rappeler que le créancier est un professionnel avant d'affirmer qu'il a engagé sa responsabilité en ne s'assurant pas de la capacité financière de la caution à faire face aux engagements du débiteur en cas de défaillance de ce dernier : « la cour d'appel a pu estimer que ce créancier professionnel avait engagé sa responsabilité » à l'égard de la caution profane.

professionnel, n'avait pas fait de cette qualité une condition d'application du principe de proportionnalité. Le champ d'application de ce principe était à préciser.

118.Exclusion logique de certains créanciers. Par la suite, l'exigence de proportionnalité du cautionnement a été rapprochée puis confondue avec le devoir de mise en garde incombant au créancier professionnel²⁶¹. Par un arrêt du 3 mai 2006, les juges de la Cour de cassation ont affirmé que le non-respect du principe de proportionnalité constituait un manquement au devoir de mise en garde²⁶². En l'espèce, des époux et leur fille se sont portés cautions envers une société du règlement des redevances d'un crédit-bail. Les parents invoquant une faute du crédit-bailleur au regard de la disproportion de leur engagement, puis pour défaut de mise en garde, ont été déboutés de leurs demandes en raison de leur qualité de cautions averties. La Cour de cassation ne répond qu'aux arguments fondés sur le devoir de mise en garde, ce qui indiquait déjà une assimilation de la proportionnalité et du devoir de mise en garde. Cette assimilation est confirmée dans la suite de l'arrêt. En effet, la Cour de cassation condamne la solution retenue par la cour d'appel qui n'avait pas recherché si « l'engagement souscrit par [la caution] n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières et si, de ce fait, la crédit-bailleresse n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde à l'égard de cette caution ». Les termes « de ce fait » indiquent sans équivoque que le non-respect du devoir de mise en garde pouvait découler pour la Cour de cassation de la disproportion potentielle de l'engagement de la caution.

119.Champ d'application homogène. Le principe de proportionnalité n'était alors plus conçu de manière autonome. Il n'était plus imposé au créancier de refuser tout cautionnement disproportionné par rapport aux facultés de paiement de la caution. Le créancier était simplement tenu d'avertir la caution quant aux risques encourus par elle, résultant en particulier de l'importance de son engagement au regard de ses facultés de remboursement²⁶³. Cette confusion entre le principe de proportionnalité et le devoir de mise en garde entraîne une homogénéisation de leur champ d'application. Il en résulte que la règle de proportionnalité, assimilée au devoir de mise en garde, devait être applicable uniquement aux cautions profanes

²⁶¹ Sur le devoir de mise en garde cf. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd., 2018, p. 184 et s., n° 297 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 104 et s., n° 163 et s.

²⁶² Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 101 et s., n° 04-19315 ; *JCP éd. E* 2006, II, n° 10122, obs. A. Gourio ; *RD banc. et fin.* 2006, 128, obs. F. J. Crédot et T. Samin ; *JCP éd. E* 2006, 1890 ; *RCA* 2006, comm. 296 ; *JCP éd. E* 2006, 1890, obs. D. Legeais : critiquant de cette solution perçue comme un facteur de confusion ; D. Legeais, *BICC* 15 oct. 2013.

²⁶³ Cass. com., 13 novembre 2007, Bull. 2007, IV, n° 236, n° 06-12284 ; *RTD civ.* 2008, p. 328, note P. Crocq : affirmant que l'exigence jurisprudentielle de proportionnalité a évolué pour devenir un devoir de mise en garde n'impliquant aucun devoir du créancier de s'abstenir de recevoir un cautionnement disproportionné.

engagées envers des créanciers professionnels. Le rapprochement du principe de proportionnalité jurisprudentiel et du devoir de mise en garde du créancier envers la caution confirme l'exclusion des créanciers non professionnels de la règle de proportionnalité. Les créanciers occasionnels ne peuvent être soumis au devoir de mise en garde. Ce devoir ne peut être exigé du créancier que lorsqu'il est mieux informé que la caution. Il est donc nécessaire non seulement que la caution soit ignorante, mais également que le créancier soit sachant. Un devoir de mise en garde est inconcevable entre deux contractants profanes. Ainsi, la jurisprudence a logiquement fait de la qualité du créancier, une condition d'application du devoir de mise en garde. Toutefois, plutôt que d'imposer un devoir de mise en garde aux créanciers avertis, la jurisprudence l'a imposé aux créanciers professionnels.

120. Condition découverte en jurisprudence. La confusion entre le devoir de mise en garde de la caution et le principe de proportionnalité du cautionnement devait nécessairement conduire la jurisprudence à affirmer que seuls les créanciers professionnels étaient tenus de s'assurer de la proportionnalité de l'engagement de la caution avec ses facultés de remboursement. Les magistrats de la chambre commerciale de la Cour de cassation ont procédé à cette affirmation dans un arrêt du 13 novembre 2007²⁶⁴. La solution rendue est dénuée d'ambiguïté. La Cour de cassation affirme que les créanciers « n'avaient pas la qualité de créanciers professionnels, la cour d'appel en a déduit à bon droit que ceux-ci n'avaient pas commis de faute en faisant souscrire l'engagement litigieux ». Par cet arrêt, la Cour de cassation a fait émerger la condition d'application du principe de proportionnalité du cautionnement relative à la qualité du créancier.

121. Champ d'application légal. De manière beaucoup plus claire, l'article L. 332-1 ne protège les cautions personnes physiques que lorsqu'elles se sont engagées envers des « créanciers professionnels ». Le champ d'application de l'ancien article L. 341-4 du Code de la consommation a été choisi par le législateur de 2003. Il diffère du champ d'application retenu

²⁶⁴ Cass. com. 13 nov. 2007, Bull. civ. IV, n° 236, n° 06-12284 ; *JCP éd. E* 2007, 2577 ; *JCP éd. G* 2007, IV, 3281 ; *RLDC* 2008, n° 45, note G. Marraud des Grottes ; *RD banc. et fin.* 2008, comm. 9, note D. Legeais ; *RTD civ.* 2008, p. 328, obs. P. Crocq, *Banque et droit* 2008, n° 117, p. 52, obs. N. Rontchevsky ; *Dr. et patri.* 2008, n° 174, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot. Un couple cède un fonds de commerce à une société prêt octroyé par les vendeurs pour une partie du prix. La société acquéreur est placée en liquidation judiciaire. Les cautions sont appelées en paiement. Deux arguments sont soulevés par les cautions. Elles invoquent le dol et la mauvaise foi du créancier « qui fait souscrire à la caution un engagement disproportionné à ses revenus et à son patrimoine ».

par l'ancien article L. 313-10 du même code dès lors que ce dernier n'était applicable qu'à certains créanciers professionnels du crédit²⁶⁵.

II. La précision de la notion de créancier professionnel

122. **Créanciers professionnels soumis à la règle.** Les termes de « créancier professionnel » choisis par le législateur de 2003 ne brillent pas par leur clarté. L'arrêt précité du 13 novembre 2007²⁶⁶, par lequel la Cour de cassation a affirmé que seuls les créanciers professionnels étaient tenus au respect de l'exigence de proportionnalité d'origine jurisprudentielle a suscité l'intérêt des auteurs qui se sont posé la question de savoir quelle définition des créanciers professionnels serait retenue²⁶⁷. En l'espèce, les vendeurs à crédit d'un fonds de commerce avaient été qualifiés de non professionnels. Pour autant, la jurisprudence n'a pas affirmé que les établissements de crédit étaient les seuls créanciers professionnels. Il était loisible de penser que les créanciers agissant dans le cadre de leur activité professionnelle puissent être également qualifiés de créanciers professionnels. Il fallait alors considérer que les professionnels cédant leur fonds de commerce, n'agissaient pas dans le cadre de leur activité professionnelle²⁶⁸. Cette conception n'était cependant pas évidente, s'agissant de l'application du régime jurisprudentiel de la proportionnalité, dès lors que tous les créanciers agissant dans le cadre de leur activité professionnelle, n'ont pas les moyens de connaître la disproportion existante entre les facultés de paiement de la caution et le montant de son engagement. Ainsi, l'asymétrie d'information nécessaire à l'imposition d'un devoir de mise en garde n'existe pas toujours au profit du créancier agissant dans le cadre de sa profession à l'égard de sa caution²⁶⁹. Il était essentiel, à cette époque, de bien cerner cette notion de créancier professionnel applicable dans le cadre de

²⁶⁵ Dans sa dernière version l'art. L. 313-10 concernait les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement et les organismes mentionnés au 5 de l'article L. 511-16 du Code monétaire et financier.

²⁶⁶ Cass. com. 13 nov. 2007, Bull. civ. IV, n° 236, *supra*.

²⁶⁷ D. Legeais, « Cautionnement. Notion de créancier professionnel », *RTD com.* 2009, p. 601 ; X. Delpech, « Protection de la caution : notion de créancier professionnel », *D.* 2009, p. 2032 ; S. Piedelièvre, « La notion de créancier professionnel en matière de cautionnement », *D.* 2009, p. 2198. Sur la notion de créancier professionnel : Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 899, n° 885.

²⁶⁸ Cette conception était défendue par D. Legeais qui ajoutait que devaient également être qualifiés de créanciers professionnels « ceux qui se font consentir habituellement des garanties dans le cadre de leur activité tels des promoteurs », v. D. Legeais, « Critère du créancier professionnel tenu de respecter le principe de proportionnalité », *RTD com.* 2008, p. 167.

²⁶⁹ Ces arguments étaient mis en avant par P. Crocq, « Exigence de proportionnalité et créancier non professionnel », *RTD civ.* 2008, p. 328.

l'exigence jurisprudentielle de proportionnalité, pour anticiper le domaine d'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation²⁷⁰.

123. Précision judiciaire du domaine d'application de l'article L. 332-1. C'est seulement en 2012 que la jurisprudence a précisé que, pour l'application du principe jurisprudentiel de proportionnalité du cautionnement, les créanciers professionnels s'entendaient de tous les créanciers agissant dans le cadre de leur activité professionnelle²⁷¹. La même solution avait été retenue, dès 2009, pour l'application des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation²⁷². À partir de cette date, il ne faisait plus de doute que les créanciers professionnels visés à l'article L. 341-4 devaient s'entendre des créanciers « dont la créance est née dans l'exercice de [leur] profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de [leurs] activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »²⁷³. Les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque étaient favorables à cette notion large de créancier professionnel. Dès 2007, selon eux, le créancier professionnel visait « tout créancier garanti dans le cadre de ses activités professionnelles »²⁷⁴. Les auteurs précisent : « il s'agit en somme du professionnel créancier, plutôt que du créancier professionnel »²⁷⁵. Il semblait logique de considérer que le législateur ne souhaitait pas restreindre l'application de cet article aux seuls établissements de crédit, dès lors qu'il n'a pas repris les termes de l'ancien article L. 313-10 du Code de la consommation. Dans la mesure où seules les cautions engagées envers des créanciers professionnels sont protégées par la règle de proportionnalité, il semble cohérent que les établissements de crédit ne soient pas les seuls créanciers qualifiés de créanciers professionnels. Toutefois, nous n'approuvons pas le choix du législateur de restreindre la protection aux seules cautions engagées envers des créanciers professionnels.

²⁷⁰ Bien évidemment, les juges n'étaient pas contraints de retenir une définition unitaire de la notion de créanciers professionnels applicable à la fois au régime jurisprudentiel et au régime légal de proportionnalité. Toutefois, le choix d'une définition unique était bienvenu.

²⁷¹ Concernant le principe de proportionnalité d'origine jurisprudentiel cf. Cass. com., 2 oct. 2012, Bull. civ. IV, n° 174, n° 11-28331 ; *Dr. et patr.* 2012, n° 893, obs. P. Puig ; *Dr. et patr.* 2013, n° 222, p. 81, obs. Ph. Dupichot ; *RLDC* 2012, n° 98, n° 4854, obs. G. Marraud des Grottes ; *JCP éd. G* 2013, 80, note S. Le Normand.

²⁷² Cass. 1^{er} civ. 9 juill. 2009, Bull. civ. I, n° 825, n° 08-15910 ; *CCC* 2009, comm. 255, note G. Raymond ; *JCP éd. G*, 2009, 286, note D. Legeais ; *Dr. sociétés* 2009, prat. 9, obs. A. Cerles ; *RTD civ.* 2009, p. 758, note P. Crocq ; *Dr. et patr.* 2012, n° 893, obs. P. Puig ; *RLDA*, 2012, n° 76.

²⁷³ Cass. 1^{er} civ. 9 juill. 2009, Bull. civ. I, n° 825, *supra*.

²⁷⁴ Ph. Simler et Ph. Delebecque, « Droit des sûretés », chron *JCP éd. G* 2007. I. doctr. 158.

²⁷⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

124. Désapprobation du champ d'application. Si le champ d'application retenu concernant les créanciers soumis à la règle semble toujours critiquable, il l'est d'autant plus en matière légale qu'il n'apparaît pas justifié. En effet, la justification de cette exclusion dans le régime jurisprudentiel ne se retrouve pas dans le régime légal. La caution ne pourra invoquer la disproportion de son engagement sur le fondement jurisprudentiel que s'il existe une asymétrie d'information entre elle et le créancier. Cette solution résulte de l'assimilation, relayée un temps par les juges de la Cour de cassation, entre le principe de proportionnalité et l'obligation de mise en garde²⁷⁶. Or, on peut supposer que le créancier agissant hors du cadre de son activité professionnelle n'est pas mieux informé que la caution qui s'engage envers lui. Ainsi, les créanciers professionnels sont tenus de s'assurer de la proportionnalité de l'engagement de leurs cautions non averties car ils sont réputés être mieux informés que ces dernières. Sans cette précaution, les créanciers professionnels, conscients des difficultés importantes qui pourraient résulter pour leurs cautions des engagements pris par elles, engagent leur responsabilité contractuelle pour manquement à l'obligation de contracter de bonne foi. Bien qu'ultérieurement distingué de l'obligation de mise en garde, le domaine d'application du principe de proportionnalité est resté inchangé. La jurisprudence ne protège les cautions non averties que lorsqu'elles sont engagées envers des créanciers professionnels. Bien que ce choix ne semble pas cohérent avec la finalité du principe de proportionnalité, la jurisprudence ne sanctionne la disproportion du cautionnement que lorsque la caution se trouve en déficit d'information par rapport à son créancier.

125. Condition justifiée à l'origine. Cette condition n'a pas fait naître un débat tant elle était cohérente avec la perception du principe de proportionnalité à l'époque. La jurisprudence assimilait la règle de proportionnalité au devoir de mise en garde. Un auteur a affirmé que le principe de proportionnalité était « une application du devoir de mise en garde imposé aux établissements de crédit »²⁷⁷. Il était dès lors normal de ne soumettre que les créanciers professionnels à un tel devoir. Une asymétrie d'information devait exister pour que l'exigence de mise en garde d'une partie par une autre soit pertinente. Si la confusion du devoir de mise en garde et du principe de proportionnalité du cautionnement justifiait que seuls les créanciers

²⁷⁶ Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 101 et s., n° 04-19315 ; *JCP éd. E* 2006, II, n° 10122, obs. A. Gourio ; *RD banc. et fin.* 2006, 128, obs. F. J. Crédot et T. Samin ; *JCP éd. E* 2006, 1890 ; *RCA* 2006, comm. 296 ; *JCP éd. E* 2006, 1890, obs. D. Legeais : critiquant de cette solution perçue comme un facteur de confusion. v. n° 118.

²⁷⁷ D. Legeais, « Critère du créancier professionnel tenu de respecter le principe de proportionnalité », *RTD com.* 2008, p. 167.

professionnels soient concernés, la distinction ultérieure de ces deux obligations mises à la charge des créanciers bénéficiant de cautions ne devait-elle pas entraîner une modification du champ d'application du principe de proportionnalité ?²⁷⁸ Le devoir de proportionnalité, distingué de l'obligation de mise en garde, constitue un véritable devoir de ne pas accepter le cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution. Est-il pertinent de n'imposer ce devoir qu'aux créanciers professionnels ? La chambre commerciale a procédé clairement à la distinction du principe jurisprudentiel de proportionnalité du cautionnement et de l'obligation jurisprudentielle de mise en garde de la caution par un arrêt du 2 octobre 2012²⁷⁹. Cette clarification n'a pas incité la jurisprudence à modifier immédiatement le champ d'application du principe de proportionnalité du cautionnement. La Cour de cassation s'est attachée à démontrer que le créancier pouvait être qualifié de professionnel et que la caution pouvait être qualifiée de profane, avant d'en déduire que le principe de proportionnalité était applicable en l'espèce²⁸⁰. Aucun arrêt postérieur n'a contrarié cette solution. Ainsi, seuls les créanciers professionnels sont tenus de vérifier la proportionnalité de l'engagement des cautions. Cette restriction relative à la qualité du créancier peut surprendre dès lors que l'interdiction de se faire consentir un cautionnement disproportionné par rapport aux biens et revenus de la caution protège la caution d'une atteinte à son patrimoine et non contre un manque d'information. En toute logique, l'asymétrie d'information ne devrait pas être un critère d'application de cette règle de protection.

126. Condition légale non justifiée. L'article L. 332-2 du Code de la consommation ne s'inscrit pas dans la même logique. Ce constat est évident, dès lors que cet article protège toutes les cautions personnes physiques. Les cautions dirigeantes et les cautions averties sont protégées par cette règle, alors qu'elles ont une parfaite connaissance des risques encourus par elles au jour de leur engagement. On devrait pouvoir déduire de ce constat que la protection contre l'insolvabilité de toutes les personnes physiques est la finalité du texte de 2003. Une telle finalité justifierait que la protection ne dépende pas des connaissances des cautions, ni d'une asymétrie

²⁷⁸ V. Legrand, « Le créancier professionnel et la caution non avertie... Regain », *LPA* 21 nov. 2012, n° 233, p. 11. L'auteur affirme que la distinction de l'exigence de la proportionnalité et du devoir de mise en garde aurait dû conduire les juges à abandonner l'exclusion de la protection des cautions averties.

²⁷⁹ Cass. com., 2 oct. 2012, Bull. civ. IV, n° 174, n° 11-28331; *Dr. et patr.* 2012, n° 893, obs. P. Puig ; *Dr. et patr.* 2013, n° 222, p. 81, obs. Ph. Dupichot ; *RLDC* 2012, n° 98, n° 4854, obs. G. Marraud des Grottes ; *JCP éd. G* 2013, 80, note S. Le Normand.

²⁸⁰ « Ayant ainsi fait ressortir que le fournisseur de lubrifiants était un créancier professionnel, sa créance étant née dans l'exercice de sa profession, et que la caution, fût-elle intéressée par les fruits de l'entreprise, ne pouvait être considérée comme avertie, dès lors qu'elle n'était pas impliquée dans la vie de l'entreprise, la cour d'appel a pu en déduire que le créancier avait commis une faute en faisant souscrire à la caution un engagement disproportionné, abstraction faite de la référence erronée mais surabondante au devoir de mise en garde ».

d'informations existante entre les cautions et leur créancier. Une telle finalité supporte-t-elle que l'on ne protège les cautions personnes physiques que lorsqu'elles s'engagent envers des créanciers professionnels ? La situation d'insolvabilité de la caution n'est pas moins dramatique si le créancier bénéficiant du cautionnement ne peut être qualifié de créancier professionnel. Du point de vue de la finalité du principe de proportionnalité, rien ne justifie que les créanciers non professionnels ne soient pas tenus de s'assurer de la proportionnalité du cautionnement dont ils bénéficient. Les cautions personnes physiques engagées envers ces créanciers non professionnels méritent la même protection que les autres.

127. Manque de pertinence d'une protection conditionnée par la qualité du créancier. Dans le régime légal, comme dans le régime jurisprudentiel, les créanciers non professionnels ne sont pas tenus de s'assurer de la proportionnalité de leur engagement. L'objectif de protection de la caution contre l'insolvabilité invite pourtant à se demander si la qualité du créancier est un critère pertinent de restriction du champ d'application de la règle de proportionnalité. S'il peut sembler logique de distinguer parmi les cautions celles qui méritent cette protection, il est en revanche difficilement compréhensible que l'applicabilité de la règle dépende également de la qualité du créancier. Il a été retenu que les cautions personnes physiques de bonne foi devraient pouvoir se prévaloir de la règle de proportionnalité. Ces cautions doivent alors être protégées contre l'insolvabilité par ladite règle, quelle que soit la qualité du créancier envers lequel elles sont engagées. Les risques pesant sur le patrimoine de ces cautions sont les mêmes que le créancier soit ou non un créancier professionnel. En outre, la lutte contre l'insolvabilité et l'exclusion sociale n'apparaît pas moins primordiale lorsque les cautions se sont engagées envers des créanciers non professionnels. Ainsi, rien ne justifie que la qualité du créancier soit une condition de la protection des cautions²⁸¹. Pour cette raison, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de 2017 de l'Association Henri Capitant s'inscrit contre la solution retenue en droit positif²⁸² et propose de soumettre tous les cautionnements au principe de proportionnalité quelle que soit la qualité du créancier²⁸³.

²⁸¹ Également en ce sens : M. Bourassin, « La sécurité juridique dans la réforme du droit du cautionnement », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 945.

²⁸² L'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017, commentaire de l'article 2301 du Code civil : « la protection résultant de ce texte est tout autant justifiée et nécessaire lorsque le créancier n'est pas un professionnel ».

²⁸³ Art. 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ». Déjà en ce sens : l'avant-projet de réforme du droit des sûretés faisant suite au rapport remis au Garde des Sceaux par la Commission Grimaldi le 28 mars 2005,

128. **Opportunité de la condition.** Pourtant, il peut sembler rigoureux d'imposer aux créanciers non professionnels de vérifier que les ressources de la caution lui permettront de satisfaire à son engagement. Le créancier non professionnel sera-t-il suffisamment bien renseigné pour savoir qu'il est tenu de vérifier que la caution ne souscrit pas un engagement disproportionné ? Est-il par ailleurs apte à évaluer la proportionnalité de l'engagement de la caution par rapport à ses facultés de paiement ? Conserver l'exigence de proportionnalité en l'état et y soumettre les créanciers non professionnels semblerait sévère. En effet, sans vérification de la capacité de leur caution à honorer son engagement, ces créanciers occasionnels perdraient le droit de se prévaloir de leur cautionnement. Les créanciers non professionnels ont-ils en outre les moyens de s'assurer de l'absence de disproportion ? Ces créanciers n'ont pas de moyens de vérifier la réalité des biens et revenus de la caution. Toutefois, ces obstacles n'apparaissent pas dirimants. Pour obtenir les éléments nécessaires au calcul de la proportionnalité il leur suffirait de demander à leurs cautions des déclarations de leurs facultés de paiement. La jurisprudence affirme, en effet, qu'en l'absence « d'anomalie apparente » les créanciers n'ont pas à vérifier la réalité des informations fournies par les cautions relatives à leur patrimoine et leurs revenus²⁸⁴. Nous proposons que les cautions fournissant de fausses informations quant à leurs facultés de paiement soient dites de mauvaise foi et se voient refuser le droit d'invoquer la règle de proportionnalité²⁸⁵. En outre, les créanciers ne sont pas tenus de procéder à des calculs complexes pour refuser un cautionnement manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution. L'adverbe « manifestement » indique que la disproportion doit être flagrante²⁸⁶.

Article 2305 « Le cautionnement souscrit à titre non professionnel par une personne physique est réductible s'il apparaît qu'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci, au moment où elle est appelée, ne lui permettent de faire face à son obligation ».

²⁸⁴ Cass. com., 14 déc. 2010, Bull. civ. IV, n° 198, n° 09-69807 : « l'engagement de caution conclu par une personne physique au profit d'un créancier professionnel ne doit pas être manifestement disproportionné aux biens et revenus déclarés par la caution, dont le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude » : *RD banc. et fin.* 2011, n° 2, p. 61, obs. A. Cerles, *RLDC* 2011/79, n° 4129, obs. J.-J. Ansault, *Gaz. Pal.* 31 mars 2011, n° 90, p. 15, obs. Ch. Albigès et M.-P. Dumont-Lefrand. Solution constamment réaffirmée depuis. v. notamment : Cass. com. 10 mars 2015, inédit, n°13-15867 ; Cass. com., 7 février 2018, inédit, n° 16-19.516 : la Cour de cassation rappelle sa solution classique au détour d'une formulation nouvelle : « la fiche de solvabilité signée par la caution [...] à laquelle la banque était en droit de se fier » ; précisant la notion d'anomalie apparente : Cass. comm. 24 janv. 2018, inédit, n°16-15118 : la Cour de cassation considère que le fait que « les revenus et le patrimoine de [la caution] [proviennent] d'une société dont [la banque] ne pouvait méconnaître les difficultés financières puisqu'elle était amenée à la financer » constituent des « motifs, impropres à caractériser une anomalie apparente imposant à la banque de vérifier l'exactitude des déclarations de la caution sur ses biens et revenus » ; *D.* 2018, p. 1884, obs. P. Crocq ; *RD banc. et fin.* n° 2, mars 2018, comm. 30, note D. Legeais : l'auteur affirme que « l'anomalie apparente doit ainsi "sauter aux yeux" sans que le banquier ait à procéder à des recherches complémentaires ».

²⁸⁵ v. n° 94.

²⁸⁶ Sur le caractère manifeste de la disproportion du cautionnement : D. Houtcieff, « La disproportion du cautionnement : le manifeste de la Cour de cassation », *RDC* 2018, n° 2, p. 222 : « il est nécessaire que l'engagement soit sans rapport avec le patrimoine et que la disproportion crève les yeux » ; S. Piedelièvre, « Cautionnement et disproportion », *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, n° 13, p. 26 : « la simple disproportion est insuffisante

Le créancier même non professionnel ne passera pas à côté de cette évidence. S'il semble rigoureux d'imposer à des créanciers non professionnels de s'assurer de la proportionnalité de l'engagement de la caution, n'est-ce pas en raison de la sévérité de la sanction actuellement retenue par le législateur ? Il n'apparaîtrait pas choquant que les créanciers non professionnels soient soumis à cette exigence s'ils risquaient seulement de voir leurs cautionnements réduits. Ces créanciers non professionnels, potentiellement mal informés quant aux règles de droit des sûretés, et qui pourraient en conséquence violer la règle de proportionnalité, ne perdraient pas l'intégralité du bénéfice de leur sûreté, mais subiraient seulement sa réduction ce qui ne semble pas trop attentatoire à leurs droits. Il est possible d'améliorer la cohérence du champ d'application de l'exigence de proportionnalité avec la finalité de cette règle en soumettant à ce principe tous les créanciers qu'ils soient ou non professionnels. L'ajustement d'autres paramètres, et notamment la modification de la sanction, permettra de pallier les inconvénients résultant d'une soumission des créanciers non professionnels à l'exigence de proportionnalité du cautionnement²⁸⁷.

Conclusion du chapitre

Parmi les aspects de la règle de proportionnalité pouvant être améliorés, se trouve son champ d'application. Les champs d'application des deux règles de proportionnalité du cautionnement peuvent être critiqués. La règle jurisprudentielle de proportionnalité du cautionnement protège toutes les cautions personnes physiques non averties s'engageant envers des créanciers professionnels. Un doute persiste toutefois, quant à la protection des cautions personnes morales. Cette protection des seules cautions non averties peut être critiquée en ce qu'elle n'est pas conforme à la finalité de la règle de proportionnalité. En effet, la souscription d'un cautionnement est susceptible de placer toute caution en situation d'insolvabilité que celle-ci soit avertie ou non. Ainsi, aucune distinction ne doit être faite entre ces différentes cautions dès lors que la règle a pour finalité de lutter contre l'insolvabilité. L'ancienne solution

en elle-même ; il est nécessaire qu'elle soit également manifeste » ; F. Jacomino, « Cautionnement disproportionné du dirigeant : à l'impossible nul n'est tenu », *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299 : « l'adverbe "manifestement" semble induire une évidence dans la disproportion ».

²⁸⁷ Il est intéressant de noter que le professeur S. Cabrillac qui se prononce en faveur du maintien de la sanction actuelle entend réserver cette sanction aux créanciers professionnels en ne modifiant pas le champ d'application de l'article L. 332-1 c. consom. Elle écrit « la radicalité de la sanction actuelle nous paraît justifiée par son domaine » : S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaidoyer pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu : comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 135.

jurisprudentielle consistant à protéger l'ensemble des cautions à l'exception des dirigeants sociaux n'était pas plus cohérente. L'insolvabilité des dirigeants sociaux n'est pas moins préoccupante que celle des autres cautions. De la même façon, doit être rejetée l'idée de protéger exclusivement les cautions n'agissant pas à des fins professionnelles. L'insolvabilité est susceptible de toucher les cautions qu'elles se soient engagées dans le cadre de leur activité professionnelle ou non.

D'autres champs d'application ont été envisagés et apparaissent cohérents avec la finalité de protection de la règle. Pourraient être justifiées l'exclusion des cautions intéressées ou la protection de toutes les cautions personnes physiques. En effet, il est possible de considérer que la caution doit être spécifiquement protégée contre l'insolvabilité parce qu'elle s'engage sans attendre aucun bénéfice financier résultant de son cautionnement. Il est également concevable que les cautions personnes physiques soient protégées parce qu'elles consentent un engagement unilatéral. Cette seconde conception de la règle de proportionnalité a finalement été retenue. Il est préférable que toutes les cautions personnes physiques soient admises à se prévaloir de la règle dès lors d'une part que la distinction entre les cautions intéressées et les autres n'apparaît pas évidente et d'autre part que les avantages d'une telle distinction se révèlent mitigés²⁸⁸.

La protection de l'ensemble des personnes physiques a donc été retenue. Cette solution est retenue en droit positif. En effet, la règle de proportionnalité du cautionnement prévue à l'article L. 332-1 du Code de la consommation protège toutes les cautions personnes physiques engagées envers des créanciers professionnels. Toutefois, la protection de toutes les cautions personnes physiques fait apparaître des abus qui peuvent être évités. Pour ce faire, il est possible de prévoir que seules les cautions personnes physiques de bonne foi puissent se prévaloir de la règle de proportionnalité²⁸⁹.

La notion de bonne foi retenue en matière de proportionnalité devrait résulter d'une transposition de la notion de bonne foi existante en droit du surendettement²⁹⁰. En la matière, la notion de mauvaise foi recouvre une double réalité. Sont distinguées la mauvaise foi procédurale et la mauvaise foi contractuelle. Selon cette conception, seraient dites de mauvaise foi d'une part, au titre de la mauvaise foi procédurale, les cautions coupables de mensonges et de production de faux documents lors de leur demande de réduction de leur engagement et

²⁸⁸ Sur la préférence pour la protection de toutes les personnes physiques : n° 68 et s.

²⁸⁹ Sur le besoin d'exclure les cautions de mauvaise foi : v. n° 74 et s.

²⁹⁰ Sur la notion de bonne foi en droit du surendettement : v. 75 et s.

d'autre part, au titre de la mauvaise foi contractuelle, les cautions n'ayant jamais eu l'intention d'honorer leur cautionnement, les cautions ayant menti au créancier lors de leurs engagements ainsi que les cautions ayant déjà bénéficié de la règle de proportionnalité du cautionnement avant de s'engager à nouveau en tant que caution pour un montant disproportionné. Ces dernières pourraient toutefois démontrer leur bonne foi lorsque leur situation financière se sera améliorée entre la souscription des deux cautionnements disproportionnés ou si le second cautionnement est souscrit pour un montant moins élevé de sorte qu'elles ont pu croire qu'il n'était pas disproportionné.

Les cautions ayant communiqué au créancier de fausses informations quant à leur patrimoine et à leurs ressources au jour de leur engagement doivent être dites de mauvaise foi²⁹¹. Toutefois, les créanciers seront tenus de rappeler aux cautions qu'elles encourent l'impossibilité de se prévaloir de la règle de proportionnalité en cas de mensonge concernant leur patrimoine, leurs ressources, les charges ou les dettes. Une telle exigence permettrait d'éviter que cette règle soit utilisée par les créanciers désirant échapper à l'application de la règle de proportionnalité. Si cette exigence n'était pas respectée par le créancier, la caution ayant menti ne devrait pas être dite de mauvaise foi. Seulement, la proportionnalité de son engagement devrait être appréciée non par rapport à ses facultés de paiement réelles, mais par rapport à son patrimoine, à ses ressources et à ses charges déclarés.

Le champ d'application envisagé fait apparaître une distinction entre les personnes physiques protégées par la règle et les personnes morales qui en sont exclues. Il a été démontré que cette distinction était justifiée. La règle de proportionnalité s'inscrit en exception au principe de la force obligatoire des conventions de sorte qu'elle doit être restrictivement admise. Or, la constitution d'une personne morale est fondamentalement une mesure de protection du patrimoine, de sorte que l'ajout d'une protection par la règle de proportionnalité apparaîtrait excessive.

La même justification peut être retenue pour exclure l'EIRL de la règle de proportionnalité du cautionnement. De manière évidente, le choix du statut de l'EIRL fait apparaître un mode d'organisation de son patrimoine par l'entrepreneur. Ainsi, bien qu'il s'agisse de personnes physiques, les EIRL devront être exclus de la protection offerte par la règle de proportionnalité.

²⁹¹ Sur les conséquences des mensonges des cautions au jour de leur engagement v. n° 93 et 94.

Enfin, il convenait de répondre à la question de savoir si tous les créanciers devaient être tenus de respecter la règle de proportionnalité du cautionnement. Une réponse positive a été apportée à cette question dès lors que la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité ne permet pas l'application de cette règle dépende de la qualité du créancier envers qui la caution est engagée.

Le champ d'application proposé est général de sorte qu'il sera logique que la règle de proportionnalité modifiée soit inscrite dans le Code civil et non dans le Code de la consommation²⁹².

Une amélioration de la sanction de la disproportion du cautionnement sera recherchée avant que ne soit proposé un article conforme à l'ensemble de nos propositions.

Chapitre 2

L'amélioration du régime du cautionnement disproportionné

129. **Dualité des propositions.** Une règle légale et une règle jurisprudentielle de proportionnalité du cautionnement coexistent en droit positif²⁹³. Ces deux règles prévoient des sanctions différentes de la disproportion des cautionnements. La règle jurisprudentielle est sanctionnée par l'engagement de sa responsabilité par le créancier alors que la règle légale prévoit que le « créancier professionnel ne peut se prévaloir » d'un cautionnement disproportionné. Ces sanctions de la disproportion des cautionnements ne convainquent pas. La sanction doit impérativement être adaptée à la finalité de la règle. Avant que soit formulée une proposition

²⁹² La même justification a été proposée au sein de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 : « La généralité de son application à toute personne physique justifie de manière évidente son inscription dans le Code civil ».

²⁹³ En réalité deux règles légales coexistent. Néanmoins, sera seulement étudiée la règle posée à l'art. L. 332-1 c. consom. dès lors que la règle de l'art. L. 314-18 est entièrement absorbée par ce premier texte. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 891, n° 879 explique que l'ancien article L. 341-4 « a en quelque sorte abrogé implicitement - par absorption - l'[ancien] article L. 313-10 ».

de modification de la sanction, les différentes sanctions envisageables seront présentées. Celles qui sont cohérentes avec la finalité de lutte contre l'insolvabilité seront identifiées et la sanction retenue sera celle qui semble être la plus adaptée. Ainsi, sera choisie la sanction de la disproportion (section 1). Les modalités d'application de la règle sont également à redéfinir. En particulier, devraient être redéfinies d'une part les critères d'appréciation de la disproportion et d'autre part la date d'appréciation de la disproportion. Ces propositions permettront de renouveler l'appréciation de la disproportion (section 2).

Section 1 : La sanction de la disproportion

130. **Recherche d'une sanction cohérente avec la finalité de protection.** L'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose une modification de la sanction actuellement retenue par l'article L. 332-1 du Code de la consommation. En vertu de la règle de proportionnalité modifiée par cet avant-projet, la disproportion manifeste du cautionnement donnerait lieu à réduction de son montant. Précisément, le cautionnement disproportionné serait réduit pour finalement être amené à un montant proportionné aux facultés de paiement de la caution. Ainsi, la sanction de la réduction du cautionnement est intéressante dès lors qu'elle ferait disparaître la disproportion. Néanmoins plutôt que de suivre immédiatement cette proposition, nous explorerons diverses sanctions possibles dans le but trouver la sanction la plus adéquate au non-respect de la règle de proportionnalité du cautionnement. Pour ce faire, il convient de partir de la finalité de la règle. Comme il l'a été précisé, la finalité de la règle de proportionnalité du cautionnement consiste à éviter l'insolvabilité de la caution²⁹⁴. Il est donc nécessaire d'identifier les différentes sanctions qui permettent une protection efficace des cautions contre l'insolvabilité. En cas de pluralité de sanctions cohérentes avec la finalité de la règle, il sera possible de comparer les avantages et les inconvénients de ces différentes sanctions. Seront éliminées dans un premier temps les sanctions juridiques ne permettant pas une protection appropriée de la caution (§1), pour que soient retenues dans un second temps les sanctions en adéquation avec cet objectif (§2).

²⁹⁴ v. n° 30.

§ 1 : L'élimination des sanctions incohérentes avec la finalité de la règle

131.**Exclusion des sanctions inadaptées.** De nombreuses sanctions doivent être exclues, en ce qu'elles ne visent pas la protection des cautions ou ne sont pas adaptées à l'exigence de proportionnalité. Tel est le cas des sanctions retenues en droit positif que sont l'engagement de la responsabilité du créancier et la déchéance du cautionnement (I). Tel est également le cas d'autres sanctions tels que la nullité du cautionnement, sa caducité, la perte des intérêts ou pénalité de retard attachés au cautionnement ou encore le prononcé d'une amende civile à l'encontre du créancier (II).

I. L'appréciation critique des sanctions retenues en droit positif

132.**Nécessité de modifier les sanctions existantes.** Le législateur et les juges ont offert aux cautions deux sanctions différentes de la disproportion de leur engagement. La jurisprudence ayant eu recours à la notion de mauvaise foi du créancier a dû se contenter de dommages-intérêts offerts à la caution en réparation de son préjudice. Le législateur, libre de choisir une sanction, a opté pour une formule mystérieuse selon laquelle « le créancier ne peut se prévaloir » du cautionnement disproportionné. Ces sanctions seront critiquées, dès lors que ni la responsabilité civile (A), ni la déchéance (B) n'ont pour objet la protection des cautions contre l'insolvabilité.

A. La responsabilité civile du créancier

133.**Présentation et appréciation de la sanction.** La Cour de cassation a affirmé que le créancier bénéficiant d'un cautionnement disproportionné était de mauvaise foi. La conclusion d'un contrat de cautionnement par un créancier de mauvaise foi a conduit la Cour de cassation à réparer le préjudice de la caution. Ainsi, la sanction de la disproportion réside dans l'engagement de la responsabilité du créancier à l'égard de la caution. Cette sanction retenue par la Cour de cassation sera présentée (1) puis appréciée (2).

1. La présentation de la sanction retenue par la jurisprudence

134.**Recours à la responsabilité civile.** Bien qu'elle se soit inspirée de l'article L. 313-10 du Code de la consommation pour révéler l'existence d'un principe de proportionnalité du cautionnement, la chambre commerciale en 1997 ne pouvait se fonder directement sur ce

texte²⁹⁵. Elle a alors affirmé que le créancier ayant obtenu de la caution un engagement disproportionné à ses facultés de paiement avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi²⁹⁶. La faute ainsi commise par le créancier justifiant que soit engagée sa responsabilité civile et qu'il soit tenu de réparer le préjudice causé à la caution²⁹⁷.

135. Sanction cohérente avec la finalité de protection. C'est donc par l'engagement de sa responsabilité civile que le créancier ayant accepté un cautionnement disproportionné aux biens et revenus de sa caution est sanctionné. Cette sanction semble être en accord avec la finalité de la règle de proportionnalité du cautionnement. En effet, la lecture de l'arrêt Macron fait apparaître la volonté des juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation de protéger la caution. Alors que les avalistes invoquaient leur erreur pour tenter d'obtenir la nullité de leurs engagements, les juges de la Cour de cassation ont procédé à une substitution de motifs et ont découvert le principe de proportionnalité du cautionnement, sans que les parties ne leur aient suggéré ce fondement²⁹⁸. Ce sont les juges qui sont, seuls, à l'origine de la découverte de ce principe²⁹⁹. Il ne fait donc pas de doute que la Cour de cassation a eu la volonté de protéger le

²⁹⁵ Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, *supra*. L'article L. 311-10 c. consom. était inapplicable en l'espèce à cause de l'objet de la dette. J. Casey, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.* 1998, p. 208. L'auteur affirme à propos de l'article L. 313-10 c. consom. : « Il est donc incontestable qu'il existe une convergence entre la solution de l'arrêt et ce texte ».

²⁹⁶ Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, *supra* : « dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, "sans aucun rapport" avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste ». Sur la notion de bonne foi contractuelle : J. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, thèse, Paris, Pédone, 1899 ; F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, Dalloz, 1928 ; B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, 2001 ; R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, bibl. dr. privé t. 573, 2016.

²⁹⁷ L'engagement de sa responsabilité civile par le créancier implique que la faute commise ait engendré un préjudice pour la caution dont l'engagement est disproportionné. Sur le préjudice subi par la caution : F. Boucard, « La réparation du préjudice causé à la caution », *Mélanges AEDBF VI*, 151. Globalement sur la notion de préjudice : Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 11^e éd., 2017, p. 504 et s. Par ailleurs sur la nature de la responsabilité du créancier v. n° 142 et s.

²⁹⁸ Curieusement le « principe de proportionnalité du cautionnement » a permis à l'origine de protéger un avaliste. Sur le recours à la notion de principe : les auteurs parlent presque unanimement de « principe » de proportionnalité pour désigner la règle de proportionnalité jurisprudentielle découverte à l'occasion de l'arrêt Macron. v. notamment utilisant ce terme : Ph. Théry, « Droit des sûretés et voies d'exécution », *Deffrénois* 15 nov. 2009, n° 19, p. 2080 ; Y. Picod, « Sanction du principe de proportionnalité en droit commun du cautionnement », *D.* 2004, p. 204 ; F. Guerchoun, « Le principe de proportionnalité en matière de cautionnement », *LPA* 9 avril 2004, n° 72, p. 12 ; C. Maury, « Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement », *LPA* 28 juill. 2006, n° 150, p. 4. Nous pensons effectivement que l'exigence jurisprudentielle de proportionnalité puisse être qualifiée de principe. Le principe est alors conçu comme la réplique d'un texte de loi, le texte n'étant pas applicable, la Cour de cassation a alors recours à un principe qui s'affranchi des conditions d'application du texte mais reproduit grossièrement ses effets. Un auteur ayant mis en évidence l'existence de tels principes affirme que dans ces hypothèses « le principe plagie une loi ». P. Morvan, *Le principe en droit privé*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 1999, p. 576, n° 613.

²⁹⁹ L'arrêt Macron s'insère d'ailleurs au sein d'un courant jurisprudentiel de protection des cautions. Ce mouvement de protection a débuté avec l'arrêt Cass. 3^e civ. 25 avril 1990, Bull. civ. 1990 III, n° 101 88-15189 ; *AJDI* 1990, p. 776. Dans cet arrêt les juges consacrent la faculté de résiliation unilatérale du cautionnement indéterminé. Le mouvement de protection des cautions a été poursuivi, la même année, avec l'arrêt rendu par la

patrimoine de la caution et la sanction retenue permet d'atteindre cet objectif, ce qui conduit à penser qu'elle est efficace.

136. Réparation du préjudice de la caution. À première vue, l'engagement de la responsabilité du créancier ayant obtenu un cautionnement disproportionné aux biens et revenus de sa caution est une sanction adaptée à l'objectif de protection des cautions. La responsabilité civile est définie comme la « responsabilité dont l'objet est la réparation du dommage causé à autrui, soit en nature, soit par équivalent. Elle s'oppose à la responsabilité pénale qui, elle, a une fonction punitive »³⁰⁰. La protection du patrimoine de la caution résulte de l'obligation pour le créancier de réparer le préjudice subi. Pour réparer ce préjudice, le créancier verse à la caution des dommages-intérêts d'un montant équivalent à la partie disproportionnée de son engagement. En réalité, la somme allouée à la caution au titre de dommages-intérêts se compense avec la somme due par elle au titre de son cautionnement³⁰¹. Ainsi, les dommages-intérêts dus par le créancier à la caution à qui il a fait consentir un cautionnement disproportionné ne lui seront pas matériellement versés. À la suite de la compensation, demeure la dette de la caution envers le créancier réduite à hauteur des dommages-intérêts virtuellement versés.

137. Résultat de la réparation. La jurisprudence enseigne que le préjudice de la caution qui a consenti un cautionnement disproportionné à ses facultés de paiement correspond à la disproportion constatée³⁰². Sa créance de réparation est donc nécessairement inférieure au

chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 juin 1990 : Cass. com. 26 juin 1990, Bull. civ. IV n° 188, n° 88-14.659 ; *D.* 1990, p. 383, note L. Aynès. Selon cet arrêt « les exigences de l'article 1326 du Code civil sont des règles de preuve qui ont pour finalité la protection de la caution ». Pour protéger également les héritiers des cautions les juges ont affirmé que les héritiers étaient seulement tenus au passif existant au jour du décès : Cass, 1^e civ., 20 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 258, n° 92-18916 ; L. Corbion et D. d'Amelio, « passif de la succession », étude 252, in *le Lamy droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, n° 252-3. Ce mouvement de protection a perduré dans les années 2000 avec notamment en 2007 la consécration d'un devoir de mise en garde des cautions non averties : Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, Bull. ch. mixte n° 07 et 08, n° 06-11673 ; *RTD com.* 2007, p. 579, note D. Legeais ; *D.* 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 2007, p. 779, note P. Jourdain ; *RLDC* nov. 2007, n° 43, note B. Parance ; *RLDC* nov. 2007, n° 44, note Ph. Delebecque.

³⁰⁰ *Lexique des termes juridiques*, dir. S. Guinchard et T. Debard, Dalloz, 2017-2018, v° « responsabilité ».

³⁰¹ Sur le mécanisme de la compensation : N.-C. Ndoko, « Les mystères de la compensation », *RTD civ.* p. 661 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^e éd., 2016, p. 600 et s., n° 772 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e éd. 2019, p. 1749 et s., n° 1677 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018, p. 695 et s., n° 1187 et s.

³⁰² Cass. 1^e civ., 9 juillet 2003, Bull. civ. I., n° 167, n° 01-14082, *BJS* déc. 2003, n° 12, p. 1275, note P. Scholer ; *RTD civ.* 2004, p. 124, note P. Crocq ; *D.* 2004, p. 204, note Y. Picod ; *JCP éd. G.* 2003, II, n° 10167, note J. Casey ; L. Aynès et C.-A. Michel, « Devoir de modération ? », étude 110, in *Lamy droit des sûretés*, n° 110-75. La créance de dommages-intérêts de la caution ne peut être égale au cautionnement. Le préjudice de la caution correspondant à la « mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie ». Solution confirmée : Cass. 1^e civ. 20 décembre 2007, Bull. civ. I, n° 393, n° 06-19313 ; *D.* 2008, p. 287, obs. V. Avena-Robardet ; *RLDA* fév. 2008, n° 24. Arrêt antérieur en sens contraire : CA Paris 27 nov. 1998, *JurisData* n° 1998-022964 : la cour d'appel de Paris considère que doivent être octroyés à la caution des dommages-intérêts d'un montant égal au montant dû par la caution au titre de son engagement. Cette solution est critiquée en doctrine : J. Casey, « Cautionnement excessif : premier dérapage ? », *JCP éd. E.* n° 24, 17 Juin 1999, p. 1057.

montant total de son engagement. Ainsi, par l'effet de la compensation, la caution restera toujours tenue envers le créancier, mais elle sera débitrice d'une somme proportionnée à ses facultés de paiement³⁰³. Il en résulte que l'engagement de la caution envers le créancier se trouve « réduit » à hauteur de la créance de dommages-intérêt dont elle est créancière³⁰⁴. Le cautionnement n'est alors plus susceptible d'entraîner l'insolvabilité de la caution, ce qui permet d'affirmer que cette sanction permet à la règle d'atteindre sa finalité en protégeant la caution contre l'insolvabilité. Cette sanction semble alors efficace. Cependant, l'octroi de dommages-intérêts à la caution qui s'apparente à une réduction indirecte de l'engagement de la caution présente des inconvénients pratiques importants.

2. L'appréciation de la sanction retenue par la jurisprudence

138. Recours à la compensation. Si la sanction retenue en jurisprudence est proche d'une réduction du cautionnement, elle fait intervenir le mécanisme de la compensation des créances réciproques lequel est à l'origine de diverses difficultés pratiques eu matière de cautionnement³⁰⁵. La compensation impose de considérer que le créancier a payé la caution en lui versant des dommages-intérêts et que la caution a payé le créancier, pour le même montant, en exécutant partiellement son engagement de caution³⁰⁶. Par suite, une fois la compensation opérée, il faut considérer que la caution a payé le créancier à hauteur de la créance de dommages-intérêts qu'elle détenait contre lui. Ainsi, la caution est réputée avoir partiellement exécuté son obligation de paiement.

139. Recours de la caution réputée avoir payé le créancier. Il en résulte que, logiquement, la caution devrait pouvoir agir contre le débiteur principal en remboursement de la somme réputée payée par elle³⁰⁷. Cette conséquence du recours au mécanisme de la compensation est

³⁰³ Sur la compensation : G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers*, LGDJ, 1989.

³⁰⁴ La compensation de dettes réciproque entraîne leur extinction à concurrence de la plus faible, de sorte que la plus élevée des deux créances demeure pour le surplus. La règle est incontestée, elle est rappelée : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e éd. 2019, p. 1764, n^o 1693 : « L'extinction par compensation des créances réciproques n'est que partielle si l'une des créances est de montant inférieur à l'autre ». Elle est explicitée : A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 15^e éd., 2016, p. 600, n^o 772 qui précise : « on procède à une soustraction et seul le solde donne lieu à un paiement ».

³⁰⁵ A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 1^{re} éd., 2010, n^o 667 ; Ph. Simler, obs. ss Cass. com., 3 nov. 2010, *JCP éd. E* 2011. 226 ; D. Legeais, « Absence d'effet de la compensation invoquée par la caution sur la dette principale garantie », *RTD com.* 2012, p. 389 ; N. Martial-Braz, « Cautionnement - Compensation et cautionnement : les liaisons dangereuses ! », *RD banc. et fin.*, n^o 5, septembre 2012, dossier 42.

³⁰⁶ Si la compensation des créances entraîne leur extinction, les parties sont réputées avoir chacune payé leur cocontractant. Ainsi, des auteurs ont pu écrire : « la compensation déroge ainsi à la règle selon laquelle le créancier peut refuser un paiement partiel » : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e éd. 2019, p. 1764, n^o 1693.

³⁰⁷ Toutefois cette solution générerait un enrichissement de la caution lequel est inconcevable en l'absence de convention de rémunération conclue entre le débiteur principal et la caution.

contestable. La caution se trouverait enrichie si elle obtenait de la part du débiteur un remboursement des sommes qu'elle n'a pas réellement versé au créancier. Il est vrai qu'en pratique cette hypothèse ne devrait se rencontrer que de manière exceptionnelle, puisqu'elle suppose que le débiteur soit en mesure d'honorer sa dette de remboursement. Si la caution a été appelée à payer à la place du débiteur principal, il est probable que celui-ci ne soit pas en mesure de faire face à son engagement. Elle suppose, en outre, que la caution ait la volonté d'obtenir du débiteur principal le remboursement d'une somme non versée par elle. Les intérêts de la caution et du débiteur sont souvent convergents, de sorte que la caution devrait par elle-même modérer sa réclamation et n'exiger que le remboursement de la somme effectivement payée par elle au créancier. Ainsi, il sera exceptionnel en pratique que la caution s'enrichisse en obtenant un paiement par le débiteur principal d'un montant supérieur à la somme effectivement versée par elle au créancier. Même théorique, cette possibilité est contestable. En outre, le jeu de la compensation pose problème en ce qu'il devrait interdire au créancier de demander au débiteur principal le paiement de la partie de la dette réputée payée par la caution. Ici encore, à la suite de la compensation, il faut considérer que la caution a payé le créancier. Le créancier partiellement payé par la caution ne pourra obtenir « une nouvelle fois » le paiement de ces sommes par le créancier³⁰⁸.

140. Décharge de la caution agissant par voie d'action. Si de prime abord, l'engagement de la responsabilité du créancier ressemble à la réduction du cautionnement, l'étude des conséquences de la compensation met en évidence de nombreuses différences. Ces différences peuvent être qualifiées d'anomalies. Pour échapper à ces dysfonctionnements, la jurisprudence a d'abord gommé les suites du recours au mécanisme de la compensation. S'affranchissant de l'effet extinctif de la créance résultant du paiement réalisé par compensation, elle a affirmé que le créancier pouvait agir à l'encontre du débiteur principal³⁰⁹. Pour échapper ensuite aux

³⁰⁸ Bien que l'ancien art. 1294 al. 2 c. civ. énonce que : « le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution », la jurisprudence estimait généralement que la compensation pouvait être invoquée par le débiteur principal ou le codébiteur puisse à condition qu'elle ait préalablement été invoquée par la caution et ayant entraîné l'extinction totale ou partielle de sa dette. En ce sens notamment : Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11960, « par l'effet de la compensation qui emporte extinction de l'obligation principale, [la banque] avait déjà reçu la somme restant due par la débitrice principale ».

³⁰⁹ Cet argument était soulevé par le débiteur principal souhaitant bénéficier de la compensation opposée par la caution au créancier dans un arrêt du 13 mars 2012. Toutefois, la Cour de cassation a balayé cet argument et retenu que « la compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière, au titre de sa garantie envers ce même créancier, n'éteint pas la dette principale garantie mais, à due concurrence, l'obligation de la caution » : Cass. com., 13 mars 2012, Bull. civ. IV, n° 51, n° 10-28635 ; *JCP éd. G* 2012, note 616, Ph. Simler ; *D.* 2012, p. 1573 et s. spéc. p. 1579 s., obs. P. Crocq ; *Dr. et patr.* Juill. 2012, obs. L. Aynès ; *D.* 2012, p. 1043, note A. Dadoun. En l'espèce, la caution détenait une créance contre le créancier pour non-respect

critiques nées de la déformation du mécanisme de la compensation, la jurisprudence a finalement permis à la caution d'obtenir une décharge partielle de son cautionnement³¹⁰.

141. **Caractère inadapté de la sanction.** Si cette solution est intéressante en ce qu'elle élimine les inconvénients pratiques résultant du recours au mécanisme de la compensation, elle est critiquable d'un point de vue juridique. Il est difficile de justifier le prononcé d'une décharge en dehors de tout fondement légal. Seule la volonté d'éviter le recours à la compensation peut justifier ce raccourci emprunté par la jurisprudence pour protéger la caution contre l'insolvabilité. Cette décharge semble donc opportune mais infondée juridiquement. Le recours à cette décharge jurisprudentielle de la caution apparaît comme une dérive injustifiée du recours à l'engagement de la responsabilité civile du créancier et ne peut être soutenue. Les difficultés résultant de la mise en jeu du mécanisme de la compensation font sentir que l'engagement de la responsabilité du créancier n'est pas la sanction la plus naturelle de la prise d'un cautionnement disproportionné. Le fait que cette sanction ait finalement été amputée de ses suites logiques, démontre son caractère inadapté³¹¹. En somme, les inconvénients résultant de l'intervention du mécanisme de la compensation empêchent de considérer que l'engagement de la responsabilité civile du créancier soit la sanction la plus appropriée du non-respect du principe de proportionnalité³¹².

142. **Doute relatif à la nature de la responsabilité**³¹³. La sanction du créancier par l'engagement de sa responsabilité est également critiquable en raison de son imprécision. Il est notable que les différentes chambres de la Cour de cassation ne s'accordent pas concernant la nature de la

de son devoir de mise en garde. Mais les termes de la solution sont larges de sorte qu'il est possible d'affirmer qu'elle sera applicable quelle que soit l'origine de la créance de la caution à l'encontre du créancier.

³¹⁰ Les auteurs appelaient à une simplification des solutions retenues. Cette simplification consistait à considérer que la caution est déchargée de son engagement en cas de faute du créancier. En ce sens : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 1^e éd., 2010, n° 667 ; Ph. Simler, obs. ss Cass. com., 3 nov. 2010, *JCP éd. E* 2011. 226 ; D. Legeais, « Absence d'effet de la compensation invoquée par la caution sur la dette principale garantie », *RTD com.* 2012, p. 389 : « La compensation n'a peut-être pas de place dans cette défense de la caution reposant sur une faute du créancier » ; N. Martial-Braz, « Cautionnement - Compensation et cautionnement : les liaisons dangereuses ! », *RD banc. et fin.*, n° 5, septembre 2012, dossier 42 : « La décharge de la caution pourrait ensuite constituer la planche de salut recherchée dans de telles situations ». Cette jurisprudence est encore appréciable aujourd'hui car le nouvel art. 1347-6. al. 1 c. civ dispose que « la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal », mais ne règle pas les suites de la compensation des dettes réciproques de la caution et du créancier.

³¹¹ A. Dadoun, « Cautionnement : le principal ne suit pas l'accessoire », *D.* 2012, p. 1043 : « Plutôt que de tordre le cou à la règle de l'accessoire et aux effets naturels de la compensation, la Cour de cassation aurait pu reconnaître que la sanction de la faute du créancier réside dans la décharge de la caution qui est sans effet sur l'obligation principale ».

³¹² Pour une critique de cette sanction v. A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 201, p. 262 et s.

³¹³ Question étudiée notamment par A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 201, p. 269.

responsabilité du créancier. Les chambres de la Cour de cassation ont hésité entre la responsabilité délictuelle³¹⁴ et la responsabilité contractuelle³¹⁵, allant jusqu'à cumuler ces deux fondements³¹⁶.

143. Choix de l'inexécution contractuelle. Il est nécessaire de s'interroger sur le visa fréquemment retenu de l'ancien article 1147 du Code civil qui sanctionne par la responsabilité contractuelle l'inexécution d'une obligation contractuelle³¹⁷. Ce visa invite à se demander s'il est pertinent de parler d'inexécution contractuelle du créancier bénéficiaire d'un cautionnement. La responsabilité contractuelle est l'« obligation pour le contractant qui ne remplit pas (en tout, en partie, ou à temps) une obligation que le contrat mettait à sa charge, de réparer (en nature si possible ou, à défaut, en argent) le dommage causé à l'autre partie (le créancier), soit par l'inexécution totale ou partielle, soit par l'exécution tardive de l'engagement contractuel »³¹⁸. Elle sanctionne donc le débiteur d'une obligation contractuelle lorsqu'il n'exécute pas correctement cette obligation. Se pose donc la question de savoir si l'exigence de proportionnalité du cautionnement est une obligation contractuelle du créancier.

144. Caractère unilatéral du contrat de cautionnement. Si l'on admet que c'est le contrat qui met l'obligation de proportionnalité à la charge du créancier, l'inexécution de cette obligation permet de retenir la responsabilité contractuelle du créancier. Néanmoins dans ce cas, le contrat de cautionnement ne serait plus un contrat unilatéral, puisqu'il ferait naître des obligations à la charge du créancier. Il est incontestable qu'aucune obligation contractuelle ne peut être mise à la charge du créancier sans modifier ce caractère unilatéral. Précisément, s'il est possible que

³¹⁴ La chambre commerciale a retenu la responsabilité délictuelle : Cass. com. 9 juill. 2003, Bull. civ. IV, n° 167 ; *RTD civ.*, 2004, p. 124-126, obs. P. Crocq. La première chambre civile a également retenu la responsabilité délictuelle : Cass. 1^e civ., 9 juillet 2003, Bull. civ. I, n° 167, n° 01-14082, *supra* ; L. Aynès et C.-A. Michel, « Devoir de modération ? », étude 110, in *Lamy droit des sûretés*, n° 110-75. Ce fondement a été approuvé par une partie de la doctrine : Y. Picod, « Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe », *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 843 s., spéc. n° 36, p. 860-861 ; S. Piedelièvre, « Le cautionnement excessif », *Defrénois*, 15 juill. 1998, n° 13-14, p. 849 s., spéc. n° 12.

³¹⁵ La chambre commerciale a retenu la responsabilité contractuelle : Cass. com. 13 fév. 2007, n° 05-16728 ; n° 05-20885 ; Cass. com. 28 sept. 2004, n° 02-19784 ; Cass. com. 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 103, n° 04-19315 ; *RTD civ.*, 2007, p. 103-105, obs. J. Mestre et B. Fages. La première chambre civile a également retenu la responsabilité contractuelle : Cass. 1^e civ., 6 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 110, *Defrénois* 2005, p. 339 ; Cass. 1^e civ., 1 juillet 2010, inédit ; Cass. 1^e civ., 12 janvier 2012, inédit.

³¹⁶ Cass. com., 25 mars 2003, inédit, n° 00-15386 ; *RD banc. et fin.*, juill.-août 2003, n° 135, obs. D. Legeais, *JCP éd. E* 2004, I, 69, n° 4, obs. Ph. Simler.

³¹⁷ Anc. art. 1147 c. civ. remplacé à l'occasion de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par l'article 1231-1 c. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ».

³¹⁸ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° « responsabilité ».

certaines cautionnements soient synallagmatiques en raison des obligations mises à la charge du créancier, il n'est pas possible d'affirmer que la proportionnalité du cautionnement soit une obligation contractuelle du créancier sans modifier la nature du contrat de cautionnement dans sa généralité³¹⁹. Si, au contraire, on affirme que le contrat de cautionnement est un contrat unilatéral, aucune obligation contractuelle ne s'impose au créancier. Cette perception des obligations mises à la charge du créancier, et notamment de l'obligation de veiller à la proportionnalité du cautionnement, interdit que leur non-respect soit sanctionné par l'engagement de la responsabilité contractuelle du créancier³²⁰.

145. Existence d'obligation contractuelle du créancier et caractère unilatéral. Faut-il renoncer au caractère unilatéral du cautionnement ou à l'engagement de la responsabilité contractuelle du créancier ? Si nous étions tenus de répondre à cette question notre choix serait en faveur du maintien de la perception du cautionnement comme contrat unilatéral. La Cour de cassation a déjà jugé en ce sens que les « obligations » mises à la charge du créancier ne résultent pas du contrat mais de la loi³²¹. Si ces obligations ne trouvent pas leur source dans le contrat, leur non-respect ne doit pas être sanctionné par l'engagement de la responsabilité contractuelle de leur auteur. Toutefois, il semble que les données du problème n'ont pas été justement exposées. En réalité, il est possible d'admettre que le contrat de cautionnement est source d'obligations pour le créancier tout en conservant son caractère unilatéral. Pour ce faire, il convient de préciser que ces obligations ne sont pas des obligations contractuelles. La proportionnalité ne peut être qualifiée d'obligation contractuelle mise à la charge du créancier par le contrat de cautionnement dès lors qu'elle ne constitue pas la contrepartie de l'engagement de la caution. Il est évident que cette obligation de veiller à la proportionnalité du cautionnement ne constitue pas la cause de l'engagement de la caution. Certains auteurs parlent d'incombances ou de sujétions pour mettre en évidence la nature particulière de ces obligations³²². La responsabilité

³¹⁹ Art. 1106 c. civ. « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci ».

³²⁰ Raisonement suivi par J. Casey qui estime que la nature de la responsabilité retenue dans l'arrêt Macron est délictuelle : « le cautionnement étant un contrat unilatéral, le créancier ne s'engage à rien et il serait donc illogique de retenir une responsabilité contractuelle » : J. Casey, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.* 1998 p. 208.

³²¹ Cass. com. 8 avril 2015, Bull. civ. IV, n° 63, n° 13-14447 ; *RDC* 2016, p. 58, n° 01, note A.-S. Barthez ; *Gaz. Pal.* 4 août 2015, p. 20, n° 216, note P. Pailler ; *Gaz. Pal.* 28 mai 2015, p. 16, n° 48, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP éd. G* juin 2015, n° 23, 652 ; *D.* 2016, p. 566, obs. M. Mekki ; *RTD civ.* 2015, p. 432, note P. Crocq ; *RLDC* juill. 2015, n° 128, note Ch. Juillet.

³²² M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 528, 2011, n° 124. Dans sa thèse l'auteur mettait en garde contre l'utilisation du terme obligation : « Le plus souvent, les sujétions légales mises à la charge du créancier sont qualifiées d'"obligations" par la loi elle-même, voire d'"obligations légales" par les

contractuelle pourrait sanctionner le créancier si l'on accepte de considérer que l'exigence de proportionnalité trouve sa source dans le contrat, bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation contractuelle au sens classique. C'est cette analyse que nous retenons, de sorte que nous n'approuvons pas la jurisprudence selon laquelle les obligations mises à la charge du créancier trouvent leur source dans la loi³²³. Ainsi, il ne semble pas incongru de sanctionner le créancier bénéficiant d'un cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution par la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle.

146. Choix de la responsabilité délictuelle. La Cour de cassation a parfois eu recours à la responsabilité délictuelle du créancier ayant accepté un cautionnement disproportionné. Cette nature de responsabilité peut sembler plus évidente à mettre en œuvre puisqu'elle n'impose pas de considérer que préexiste une « obligation » de source contractuelle de veiller à la proportionnalité de l'engagement de la caution. La responsabilité délictuelle est l'« obligation de réparer le préjudice résultant de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui, soit par son fait personnel, soit du fait des choses dont on a la garde, soit du fait des personnes dont on doit répondre »³²⁴. Il est facile d'admettre que le créancier a causé un préjudice à la caution en exigeant un cautionnement disproportionné à ses biens et revenus puisqu'il fait peser sur elle la menace de l'insolvabilité. Ainsi, à défaut d'obligation contractuelle de prendre un cautionnement proportionné, la responsabilité délictuelle du créancier doit pouvoir être engagée.

147. Faveur pour la responsabilité contractuelle. On peut se demander si la Cour de cassation a retenu ce fondement dans l'arrêt Macron, la Cour n'ayant pas précisé la nature de la responsabilité retenue. Le créancier ayant exigé un aval d'un montant disproportionné aux revenus et au patrimoine de l'avaliste avait contracté dans des « circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi »³²⁵. Ainsi, en contractant de mauvaise foi, le créancier a commis une faute. Un auteur analyse cette décision et retient que la responsabilité engagée est certainement de

auteurs et par le juge. Cette qualification d'obligation est regrettable, en ce qu'elle suscite inutilement une ambiguïté sur le caractère unilatéral du cautionnement ». Le terme d'incombance est utilisé par plusieurs auteurs : F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil, Obligations, Régime* : PUF, 2013, n° 115 ; F. Luxembourg, *La déchéance des droits*, Thèse : éd. Panthéon-Assas, 2007. L'incombance se définit comme : « charge, devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° incombance, insérée depuis la 6^e éd., 2004. Elle se distingue donc de l'obligation civile en ce qu'elle ne peut donner lieu à aucune exécution forcée.

³²³ Cass. com. 8 avril 2015, Bull. civ. IV, n° 63, *supra*.

³²⁴ *Lexique des termes juridiques*, dir. S. Guinchard et T. Debard, Dalloz, 2017-2018, v° responsabilité.

³²⁵ Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, *supra*.

nature délictuelle, il retient divers arguments et notamment l'absence d'obligation contractuelle de prendre un cautionnement proportionné aux biens et revenus de la caution³²⁶. Si nous devons retenir l'engagement de la responsabilité civile du créancier comme sanction de la prise de cautionnement disproportionné, il semblerait préférable de mettre à la charge du créancier une obligation de prendre un cautionnement proportionné aux biens et revenus de la caution, dont le non-respect serait sanctionné par l'engagement de sa responsabilité contractuelle. Nous n'envisageons pas de supprimer toute référence légale à l'interdiction de prendre un cautionnement disproportionné. Même si l'obligation de prendre un cautionnement proportionné est prévue par le législateur, la source de cette obligation ne saurait être que le contrat³²⁷. Ainsi, il ne serait pas pertinent qu'elle soit sanctionnée par l'engagement de la responsabilité délictuelle du créancier. Pour que cette solution soit admise, il serait nécessaire que la jurisprudence revienne sur sa position et admette que les sujétions mises à la charge du créancier trouvent leur source dans le contrat. Cette évolution est nécessaire pour que puisse être retenue la responsabilité contractuelle du créancier. Mais, cette clarification de la nature de la responsabilité à retenir ne suffit pas à admettre que l'engagement de la responsabilité du créancier soit une sanction appropriée du non-respect de l'exigence de proportionnalité du cautionnement.

148.Sanction protégeant incidemment les cautions. La responsabilité civile est intéressante puisqu'elle a pour objet la réparation du dommage causé à la caution³²⁸. La réparation du préjudice subi par les cautions permet conséquemment de les protéger de l'insolvabilité résultant de leur engagement. Toutefois, cette sanction n'a pas pour objet la protection du patrimoine des cautions et sa mise en œuvre est source de difficultés. Il est néanmoins

³²⁶ J. Casey, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.* 1998, p. 208.

³²⁷ En ce sens : M. Séjean, « Exception de nullité : le caractère unilatéral du cautionnement se retourne contre le créancier », *JCP éd. G*, n° 23, 8 juin 2015, 652 ; D. Houtcieff, « L'accomplissement par le créancier de son obligation légale d'information à l'égard de la caution ne fait pas obstacle à l'exception de nullité », *Gaz. Pal.* 9 juill. 2015, n° 190 p. 15 : « l'on peut se demander en quoi le fait que l'obligation soit imposée par la loi devrait en modifier la nature contractuelle, dès lors qu'elle n'existe qu'en raison de la convention ». Pourtant de nombreux auteurs approuvent la solution rendue par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 8 avril 2015, *Bull. civ. IV*, n° 63 selon laquelle la source des obligations du créancier bénéficiant d'un cautionnement serait la loi elle-même. En ce sens notamment : A.-S. Barthez, « Confirmation du caractère unilatéral du cautionnement » *RDC* mars 2016, n° 01, p. 58 : « la Cour de cassation opère une distinction entre les obligations issues du contrat de cautionnement lui-même – et il n'en existe en réalité qu'une : l'obligation de paiement qui pèse sur la caution – et celles qui sont issues de la loi et qui, en cas d'exécution, ne signent nullement celle du contrat de cautionnement lui-même » ; M. Mekki, « Droit des contrats », *D.* 2016, p. 566 : qui s'interroge sur les fondements de la solution sans remettre en question l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle l'obligation incombant au créancier est de nature légale.

³²⁸ *Lexique des termes juridiques*, dir. S. Guinchard et T. Debard, Dalloz, 2017-2018, v° responsabilité : « responsabilité dont l'objet est la réparation du dommage causé à autrui, soit en nature, soit par équivalent. Elle s'oppose à la responsabilité pénale qui, elle, a une fonction punitive ».

compréhensible que la Cour de cassation ait eu recours à la responsabilité civile du créancier. En l'absence de texte applicable lorsqu'elle a rendu l'arrêt Macron, sa marge de manœuvre était restreinte. Tel n'est pas le cas du législateur qui a pu choisir librement la sanction attachée à l'exigence de proportionnalité du cautionnement insérée dans le Code de la consommation. La sanction retenue par le législateur n'est pourtant pas exempte de critiques.

B. La déchéance du cautionnement

149. Présentation et appréciation de la sanction. La formule retenue par le législateur ne brille pas par sa clarté de sorte que la nature de la sanction retenue n'apparaît pas de manière évidente. Il sera donc nécessaire de préciser la nature de la sanction retenue (A) avant de pouvoir ensuite l'apprécier (B).

1. La présentation de la sanction retenue par le législateur

150. Ambiguïté de la sanction. L'ancien article L. 341-4 du Code de la consommation tout comme l'ancien article L. 313-10 du même code, dispose que « le créancier ne peut se prévaloir » du cautionnement disproportionné aux biens et revenus de sa caution³²⁹. Cette formule énigmatique a semé la confusion dans les tribunaux.

151. Rejet de la nullité. Différentes cours d'appel y ont vu une nullité du cautionnement disproportionné³³⁰. Cette lecture du texte a logiquement été invalidée par la Cour de cassation³³¹. Est frappé de nullité l'acte juridique dont l'une des conditions de validité n'est pas remplie³³². Tel n'est pas le cas du cautionnement disproportionné³³³. La formule de l'article L. 332-1 du Code de la consommation ne permet pas de faire de la proportionnalité une

³²⁹ Ph. Théry, « Les sanctions en droit des sûretés », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain, v. 1, La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 281, ° 21 : « La sanction attachée à la méconnaissance du principe de proportionnalité n'entraîne dans aucune des qualifications connues et le législateur se contentait, à défaut de la qualifier, d'en décrire les effets en termes d'ailleurs assez vagues : le créancier "ne peut se prévaloir..." ».

³³⁰ Cette erreur a été commise par les juges de la cour d'appel de Nancy sur le fondement de l'article L.313-10 c. consom : CA Nancy 14 mars 1994. L'arrêt a été cassé : Cass. 1^{er} civ., 22 octobre 1996, Bull. civ. I, n° 362, v. *infra*.

³³¹ Cass. 1^{er} civ., 22 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 362, n° 94-15615 ; *JCP éd. G*, n° 17, 23 avril 1997, II 22826, note S. Piedelièvre ; *D.* 1997. Jur. 515, note Wacongne, et Somm. 166, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1997, p. 189, obs. P. Crocq. À cette époque, un auteur estimait que la proportionnalité devait être analysée en une condition de validité des cautionnements relevant du champ d'application de l'article L. 313-10 c. consom. de sorte que la disproportion devait logiquement entraîner la nullité de ces actes : G. Paisant, « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages », *JCP éd. G*, 1990. I. 3457, n° 111.

³³² Cette règle est aujourd'hui affirmée à l'article 1178 al. 1 c. civ. : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ».

³³³ En ce sens : Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 892, n° 880.

condition de validité du cautionnement³³⁴. Le législateur a prévu au sein de cet article un mécanisme couramment appelé retour à meilleure fortune³³⁵. En application de ce mécanisme, la caution dont l'engagement était disproportionné au jour de sa souscription reste tenue si elle est en mesure d'y faire face au jour où elle est appelée par le créancier. Ce mécanisme interdit de considérer qu'une condition de validité du cautionnement disproportionné soit manquante. Si tel était le cas, il serait inadmissible que le cautionnement produise effet sous prétexte d'une amélioration ultérieure de la situation financière de la caution. Ainsi, la sanction prévue par le législateur ne peut être analysée en une nullité du cautionnement.

152. Hésitations jurisprudentielles. D'autres solutions jurisprudentielles erronées démontrent que la formule retenue par le législateur pêche par son imprécision. La Cour de cassation a dû préciser notamment que la sanction portait sur tout le cautionnement et non seulement sur la partie disproportionnée de celui-ci. A donc été censuré l'arrêt de la cour d'appel octroyant à la caution des dommages-intérêts en plus de la déchéance de son cautionnement³³⁶. Dès lors que le créancier est déchu du cautionnement dans sa totalité, il est difficile d'imaginer que subsiste un préjudice pour la caution. En outre, l'imprécision de la disposition légale ressort du vocabulaire utilisé en jurisprudence. Différentes juridictions ont cru pouvoir affirmer que la sanction légale constituait une inopposabilité de l'engagement de la caution par le créancier³³⁷.

153. Recherche de la nature de la sanction. La doctrine a participé au travail d'identification de la sanction. La sanction légale a notamment été qualifiée d'inefficacité du cautionnement³³⁸, de

³³⁴ Sur ces conditions cf. A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 209 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, p. 99 et s. ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 3^e éd., 2016, p. 95 et s.

³³⁵ Sur le mécanisme du retour à meilleure fortune en matière de cautionnement : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2011, p. 840, n° 1209.

³³⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 6, 24 sept. 2010, n° 08/07194. Si la déchéance du cautionnement est prononcée sur le fondement de l'article L. 341-4 c. consom. aucun préjudice ne peut résulter du défaut de mise en garde ou de la faute du créancier ne s'étant pas renseigné sur le patrimoine de la caution ; CA Paris, pôle 5, ch. 8, 25 oct. 2011, n° 10/05496 : confirmant qu'aucun dommages-intérêts réparant la perte de chance de ne pas souscrire le cautionnement ne peuvent être octroyés à la caution dès lors que la déchéance du cautionnement était acquise.

³³⁷ Cass. 1^e civ., 22 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 362, n° 94-15615 ; CA Versailles, 16^e chambre, 18 décembre 2014, RG : 13/07611. Les juges retiennent « l'inopposabilité du cautionnement manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution lors de son engagement » ; CA Poitiers, 2^e chambre civile, 24 janv. 2017, RG : 15/05152 : les juges déclarent les cautionnements inopposables aux cautions en raison de leur caractère disproportionné.

³³⁸ V. Avena-Robardet, « Sanction du cautionnement disproportionné », *D. Actualité* 30 juin 2010 ; l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 propose de remplacer la sanction actuelle qualifiée de « inefficacité pure et simple » du cautionnement. v. également en faveur d'une telle sanction Ph. Delebecque, « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, chron. p. 255, n° 14.

paralyse du droit du créancier³³⁹, d'inopposabilité du cautionnement à la caution elle-même³⁴⁰, d'extinction du cautionnement³⁴¹. Deux auteurs ont renoncé à rattacher la sanction retenue à une sanction établie en droit des contrats et l'ont qualifiée de « mesure de police contractuelle »³⁴². C'est finalement la qualification de déchéance du cautionnement qui a été majoritairement retenue³⁴³. Cette sanction sera critiquée. Il sera démontré qu'elle n'est pas adaptée à l'objectif de protection des cautions contre l'insolvabilité poursuivi par l'exigence de proportionnalité.

2. L'appréciation de la sanction retenue par le législateur

154. Sanction à finalité punitive. La déchéance est définie comme « la perte d'un droit [...] encourue à titre de sanction » d'un comportement fautif³⁴⁴. Cette sanction du cautionnement disproportionnée met donc l'accent sur la faute commise par le créancier. Cette volonté de sanctionner le créancier est révélée également par la sévérité de la sanction retenue. L'objectif de protection de la caution aurait été atteint par la seule réduction du cautionnement. La perte, pour le créancier, de la totalité de son recours contre la caution n'est donc pas justifiée par cette finalité de protection. Tant la définition de cette sanction que sa sévérité invitent à penser que le législateur, en 1989 comme en 2003, était animé de la volonté de sanctionner le créancier. C'est pourquoi la déchéance du cautionnement est inappropriée lorsque l'on souhaite protéger

³³⁹ Ph. Simler, « Une autre lecture de l'article L. 341-4 du Code de la consommation ? », *JCP éd. G* avr. 2015, n° 17, 505 : l'auteur relève que le conseiller rapporteur de l'arrêt de la Cass. Ch. Mixte, 27 février 2015, Bull. civ. mixte, n° 2, laisse penser que le droit du créancier à l'encontre de la caution est seulement paralysé ; P. Crocq, « Disproportion de l'engagement de la caution, défense au fond et prescription extinctive », *RTD civ.*, 2018, p. 455 : étudiant le régime de la sanction, l'auteur affirme que la sanction légale correspond à une « paralysie du droit d'agir en paiement » ; se posent également la question de la possible analyse de la sanction comme paralysie des droits du créancier : A.- S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010.

³⁴⁰ D. Bakouche, « La proportionnalité dans le cautionnement après la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique », *Lexbase Hebdo* 29 avril 2004, éd. Aff., n° 118.

³⁴¹ D. Houtcieff, « Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant », *D.* 2010, p. 1985.

³⁴² L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, LGDJ, 13^e éd. 2019, p. 191, n° 294 : « la sanction consiste en une espèce de peine privée : il ne s'agit pas d'une nullité, mais le créancier est totalement déchu du droit de poursuivre la caution, et ce quelle que soit l'importance de la disproportion ; il ne s'agit pas en effet d'un mode de réparation du préjudice de la caution, mais d'une mesure de police contractuelle ».

³⁴³ Notamment Ph. Simler, « Cautionnement. Extinction par voie principale. Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation. Déchéance pour défaut de proportionnalité », *Juris-Classeur Civil*, 2013, fasc. n° 70 ; S. Piedelièvre, « Notion de cautionnement excessif en cas de pluralité de cautions solidaires et sanction », *JCP éd. G*, avr. 1997, n° 17, 22826.

³⁴⁴ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° déchéance : « Perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc. ». Sur cette sanction : F. Luxembourg, *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon-Assas, 2008 ; A. Le Gars, *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse Toulouse, 2003.

la caution contre l'insolvabilité. Cette sanction est inutilement sévère. Le professeur Pierre Crocq a évoqué, non sans ironie, une sanction disproportionnée³⁴⁵.

155.Paradoxe de la sanction. L'analyse de la sanction retenue invite à penser que la proportionnalité du cautionnement est conçue par le législateur comme une règle de sanction du créancier. Ce dernier a commis une faute en ne prenant pas en considération les intérêts de son cocontractant lors de la conclusion du contrat. Pourtant, cette analyse de la volonté du législateur est contredite, au sein même des modalités de la sanction, par l'existence du mécanisme dit de retour à meilleure fortune. En effet, si l'objectif de la règle est de sanctionner la commission d'une faute par le créancier, il est difficile d'expliquer que ce dernier recouvre son droit de poursuivre la caution lorsque celle-ci est finalement en mesure d'honorer son engagement³⁴⁶. La sévérité de la sanction retenue s'accorde bien mal avec le mécanisme du retour à meilleure fortune. Il est intéressant de rappeler que, dans le cadre de la responsabilité civile, les fautes n'ayant engendré aucun préjudice ne donnent pas lieu à réparation. Or, il est possible de considérer que la caution ayant souscrit un engagement initialement disproportionné, qui se trouve finalement en mesure d'honorer son engagement sans se trouver en situation d'insolvabilité, ne subit aucun préjudice. Dans cette hypothèse, c'est parce que la responsabilité civile poursuit un objectif de réparation, qu'elle ne peut être mise en œuvre lorsqu'aucun préjudice n'est constaté. Or, l'engagement de la responsabilité civile du créancier et la déchéance du droit de se prévaloir de son cautionnement ne sont pas assimilables. La nature et la sévérité de la déchéance interdisent d'analyser cette sanction comme un mode de réparation du préjudice de la caution. Ainsi, le prononcé de la déchéance ne devrait pas dépendre du maintien de la disproportion au jour de l'appel de la caution dès lors qu'il ne poursuit pas d'objectif de réparation.

156.Doute résultant de la double finalité de la règle. L'incohérence résultant de la sévérité de la sanction retenue et des modalités d'application de cette sanction sème la confusion quant à la finalité de la règle. Au sein du même article, un auteur évoque l'objectif de protection de la caution et affirme que la déchéance est avant tout la sanction d'une faute du créancier³⁴⁷. Un

³⁴⁵ P. Crocq, « À cautionnement disproportionné, sanction disproportionnée, du moins selon la loi Dutreil ! », *RTD civ.* 2010, p. 593. Dans le même sens : L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 366, 2002, p. 340 n° 491 : « l'anéantissement quelle que soit sa forme constitue une sanction excessive au déséquilibre du contrat ».

³⁴⁶ V. notamment F. Dannenberger, « Portée et effets induits de l'inefficacité d'un cautionnement manifestement disproportionné », dossier d'actualité 03 mars 2015, LexisNexis. L'auteur affirme à propos du retour à meilleure fortune : « ce mécanisme est exclusif de la nécessité de caractériser une faute du créancier ».

³⁴⁷ S. Piedelièvre, « La sanction du caractère disproportionné du cautionnement », *Gaz. Pal.* 2010, n°231, p. 20.

autre auteur, associant la faute du créancier à la réparation du préjudice, déduit du choix de la déchéance, l'inutilité de la recherche d'une faute commise par le créancier³⁴⁸. Il semble au contraire que la déchéance constitue un mode de sanction d'une faute du créancier. Cette analyse est confirmée par la définition classiquement retenue de la déchéance comme la « perte d'un droit [...] encourue à titre de sanction »³⁴⁹. Face à l'incohérence légale, le professeur Piedelièvre affirme que l'existence du retour à meilleure fortune fait douter de la perception de la déchéance comme sanction d'une faute³⁵⁰. Ces hésitations doctrinales résultant de la confusion semée par le législateur lui-même, invitent à envisager deux hypothèses pour expliquer l'incohérence de la sanction légale. Soit cette incohérence résulte de la double volonté du législateur de protéger la caution et de punir le créancier. Soit la sanction retenue par le législateur n'a pas été choisie en considération de la finalité attribuée à la règle de proportionnalité du cautionnement. Nous penchons pour la première option. Rappelons que le législateur de 2003 a reproduit à l'article L. 341-4 le texte de l'article L. 313-10³⁵¹, modifiant uniquement son champ d'application. La question de la sanction ne s'est certainement pas posée avec acuité lors de cette extension du champ d'application de la règle. Il en résulte que le choix de la sanction a été opéré par le législateur de 1989.

157. Sanction initiale des établissements de crédit. En 1989, la règle de proportionnalité n'était applicable qu'aux établissements de crédit bénéficiant de cautionnements pour garantir les prêts immobiliers ou les prêts à la consommation consentis par eux. À cette époque, la volonté du législateur a pu être de sanctionner sévèrement ces créanciers professionnels lorsqu'ils abusaient de leur position dominante face aux cautions en les amenant à souscrire des cautionnements qu'elles ne seraient évidemment pas capables d'honorer. Le législateur souhaitait imposer aux établissements de crédit un plus grand respect des intérêts de leurs cocontractants. La sanction sévère de ces créanciers n'apparaît pas choquante. Il est notable qu'en 1989 aucune voix ne se soit élevée contre la volonté du législateur de sanctionner ces

³⁴⁸ F. Dannenberger, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁴⁹ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o déchéance : « Perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc. ».

³⁵⁰ S. Piedelièvre, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁵¹ Art. L. 314-18 c. consom. anc. art. L. 313-10 c. consom. selon lequel « Un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres II ou III du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

créanciers professionnels exploitant la faiblesse des cautions résultant de leur besoin de voir un crédit octroyé au débiteur principal ou de leur ignorance des mécanismes de sûretés voire du crédit. Pourtant, le mécanisme du retour à meilleure fortune était déjà prévu au sein de l'article L. 313-10 du Code de la consommation, ce qui démontre que la volonté du législateur de protéger le patrimoine des cautions était déjà réelle. La sanction des créanciers était conditionnée par l'existence d'un préjudice résultant pour la caution de l'attitude égoïste du créancier lors de la conclusion du contrat. Il semble que les deux objectifs de sanction des établissements de crédit trop peu soucieux de la santé financière de leurs cautions et de protection des cautions contre l'insolvabilité aient motivé la rédaction de l'article L. 313-10 du Code de la consommation. S'il n'est pas gênant qu'une même règle poursuive plusieurs objectifs distincts, l'absence de hiérarchisation de ces finalités de la règle est critiquable. Elle est à l'origine de l'incohérence existante entre la nature de la sanction et ses modalités d'application. Le législateur de 2003, en ne modifiant pas le régime de la règle de proportionnalité, a raté une occasion de procéder à une clarification de ses objectifs.

158. Finalités hiérarchisées par la jurisprudence. Cette incohérence résultant de la pluralité de finalités poursuivies par le législateur a mis la Cour de cassation en position de trancher. Elle a dû faire primer l'une des finalités de la règle lorsque s'est posée la question des conséquences du prononcé de la déchéance d'un cautionnement sur la situation des cofidésseurs de la caution libérée³⁵². En 2015, les juges de la Cour de cassation réunis en chambre mixte ont affirmé que les cofidésseurs d'une caution dont l'engagement a été judiciairement déclaré disproportionné, ne pouvaient valablement invoquer le bénéfice de subrogation pour demander leur décharge à concurrence de la part de cette caution³⁵³. Il résulte de cette jurisprudence que le créancier disposant de plusieurs cautions solidaires entre elles et dont l'engagement de l'une est disproportionné, peut agir contre les cautions dont l'engagement est proportionné, pour obtenir la totalité du montant garanti. L'objectif de sanction du créancier est contredit par cette jurisprudence. En effet, cette solution permet au créancier d'échapper aux conséquences de sa sanction puisqu'il peut obtenir le paiement par ses cautions, même s'il a exigé l'engagement disproportionné de l'une d'elles.

³⁵² Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o cofidésseurs : « nom donné aux multiples personnes qui, solidairement ou non, se portent caution d'un même débiteur pour une même dette ».

³⁵³ Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, Bull. civ. ch. mixte, n^o 2, n^o 13-13.709 ; *Defrénois* 30 août 2016, p. 815, n^o 15-16, note S. Cabrillac ; *RDC* 2016, n^o 1, p. 59, note A.-S. Barthez ; *Gaz. Pal.* 2 avril 2015, n^o 092, p. 5, note M. Mignot ; *RTD civ.* p. 433, note P. Crocq ; *D.* 2015, p. 840, note M.-O. Barbaud ; *JCP éd. G* avr. 2015, n^o 17, 505, note Ph. Simler ; *RLDC* juin 2015, n^o 127, note A. Dumery.

159. **Opposabilité erga omnes de la déchéance.** En outre dans ce même arrêt, la Cour de cassation a précisé que la déchéance du cautionnement est opposable *erga omnes*. La déchéance s'imposant ainsi aux cofidésseurs solidaires de la caution dont l'engagement est disproportionné. Il en résulte que ses cofidésseurs ne peuvent agir contre elle en remboursement de sa part contributive. Ainsi, lorsque le débiteur principal n'est pas en mesure de rembourser les cautions *solvens*, ce sont elles qui subissent *in fine*, les conséquences de la prise d'un cautionnement disproportionné par le créancier. Le sentiment d'injustice résultant du choix de la déchéance comme sanction du cautionnement disproportionné est aggravé par les conséquences de l'effet *erga omnes* de cette sanction. Cet arrêt a mis en évidence la possibilité pour le créancier bénéficiant de plusieurs cautionnements d'échapper à sa sanction, faisant peser sur les cofidésseurs de la caution libérée le poids de la déchéance du cautionnement. Les cofidésseurs sont donc parfois amenés à subir la sanction sévère conçue pour punir le créancier ayant accepté un cautionnement disproportionné. La sanction de la déchéance est donc contestable notamment en raison du sentiment d'injustice qu'elle génère³⁵⁴.

160. **Primauté de la finalité de protection.** Cette solution était la seule qui permette d'assurer l'efficacité de la protection de la caution contre l'insolvabilité. L'action des cofidésseurs contre la caution déchargée de son engagement envers le créancier aurait conduit cette dernière à l'insolvabilité dans tous les cas où sa part contributive est disproportionnée à ses facultés de paiement³⁵⁵. En revanche, l'action des cofidésseurs n'aurait pas porté atteinte à la protection de la caution toutes les fois où sa part contributive était proportionnée à ses biens et revenus. Une différence importante peut exister entre le montant dû par la caution au créancier et le montant pouvant lui être réclamé par les cofidésseurs *solvens*. Alors que la caution solidaire peut être poursuivie par le créancier pour le montant total du cautionnement, la caution *solvens* ne peut poursuivre chacun de ses cofidésseurs qu'à hauteur de sa part personnelle au sein du cautionnement solidaire. La Cour de cassation ayant à se prononcer sur l'opposabilité de la déchéance d'un cautionnement aux cofidésseurs ne pouvait toutefois pas distinguer les hypothèses dans lesquelles seul le montant total du cautionnement présentait un caractère

³⁵⁴ v. notamment P. Crocq, « Déchéance sur déchéance ne vaut : une caution solidaire ne peut se prévaloir, sur le fondement du bénéfice de subrogation, de la disproportion de l'engagement d'un cofidésseur », *RTD civ.* 2015, p. 433 : « Si la logique de l'arrêt [de la chambre mixte du 27 février 2015] ne semble donc pas faire de doute, il demeure, toutefois qu'en pratique, elle aboutit à ce que, parmi deux cofidésseurs solidaires, l'un soit définitivement tenu au-delà de sa part contributive, tandis que l'autre est totalement libéré et l'on ne peut s'empêcher, à nouveau, d'éprouver un sentiment de malaise face au système du tout ou rien, aussi malencontreux que simpliste, que le législateur a mis en place en 2003, avec toute la délicatesse que l'on sait ».

³⁵⁵ Sur les effets du cautionnement solidaire impliquant une différence entre le montant que le créancier est en droit de réclamer aux cautions et le montant de la part contributive assumée par chaque caution : Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p. 195 et s., n° 200 et s.

disproportionné, de celles dans lesquelles la part contributive de la caution était suffisamment importante pour lui faire encourir le risque d'insolvabilité. La déchéance est, ou n'est pas, opposable aux cofidėjusseurs de la caution déchargée de son engagement.

161. Appréciation de la solution. La formule légale indiquant que le « créancier professionnel ne peut se prévaloir » du cautionnement disproportionné invitait à penser que le créancier était le seul à subir cette sanction³⁵⁶. Pourtant, la Cour de cassation a préféré faire primer l'objectif de protection de la caution dont le cautionnement est disproportionné sur les intérêts de ses cofidėjusseurs. Il était nécessaire d'interdire tout recours des cofidėjusseurs contre la caution pour éviter qu'un tel recours ne la place en situation d'insolvabilité dans tous les cas dans lesquels sa part contributive est disproportionnée à ses facultés de remboursement. Cette solution, injuste pour les cofidėjusseurs, était indispensable pour que la protection de la caution contre l'insolvabilité soit toujours assurée. Cette solution n'est toutefois nécessaire que parce que la sanction du cautionnement disproportionné est la déchéance du cautionnement. Elle met en évidence les défauts de cette sanction manquant de mesure. Cet arrêt met en exergue l'impératif de protection du patrimoine de la caution. Il est incompréhensible si l'on considère que la règle de proportionnalité doit permettre de sanctionner le créancier. Comme le mécanisme du retour à meilleure fortune, cet arrêt s'oppose à la volonté de sanction du créancier. Nous considérons également que la finalité de la règle ne doit pas être de sanctionner le créancier mais de protéger la caution contre l'insolvabilité. La sanction de la déchéance ne semble donc pas satisfaisante puisqu'elle n'est pas cohérente avec cet objectif.

162. Sanction démesurée. La déchéance orientée vers la sanction du créancier est en elle-même critiquable parce qu'elle n'est pas cohérente avec la finalité retenue de la règle de proportionnalité du cautionnement. Elle est en outre l'objet de vives critiques en raison de sa sévérité inutile. Cette sanction consiste selon les termes du texte, en la perte pour le créancier du droit de « se prévaloir d'un contrat de cautionnement ». Le créancier ayant accepté un cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution perd donc l'intégralité de son cautionnement. Appliquant le texte à la lettre, la Cour de cassation a refusé de limiter la perte du cautionnement à hauteur du préjudice subi par la caution³⁵⁷. Cette solution paraît fondée

³⁵⁶ Art. L. 332-1 c. consom.

³⁵⁷ Cass. com., 22 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 112, n° 09-76814 ; *RTD civ.* 2008, p. 593, note P. Crocq ; *D.* 2010, p. 1985, obs. D. Houtcieff ; *RTD com.* 2011, p. 171, note A. Martin-Serf ; *Gaz. Pal.* 19 août 2010, p. 20, n° 231, note S. Piedelièvre ; *CCC* nov. 2010, comm. 263, note G. Raymond ; *RD banc. et fin.*, sept. 2010, comm. 172, note D. Legeais ; *RLDA* sept. 2010, n° 52, note H. Guyader. Selon cet arrêt, la sanction prévue à l'art. L. 341-4 c. consom. « qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion ».

puisque aucune limite à l'étendue de la déchéance n'est prévue par le texte. Une telle limite n'était toutefois pas inconcevable puisque, s'affranchissant de la lettre de l'article 2314 du Code civil³⁵⁸, la Cour de cassation a admis que la déchéance du cautionnement du créancier ayant fait perdre un droit à la caution devait être limité au préjudice subi par celle-ci³⁵⁹. Le refus d'adapter, en matière de cautionnement disproportionné, l'importance de la déchéance au préjudice subi par la caution est critiquable.

163. Inconvénient d'une sanction du tout ou rien. La déchéance portant sur l'intégralité du cautionnement a été qualifiée en doctrine de sanction du « tout ou rien »³⁶⁰. Cette alternative entre la perte par le créancier de la totalité de son cautionnement et le maintien de l'intégralité de ses droits à l'encontre de la caution est source d'injustice. À l'image des effets de seuil, si le cautionnement est qualifié de disproportionné alors la sanction est la perte totale du cautionnement par le créancier. Si, au contraire, le cautionnement est trop important pour les facultés de paiement de la caution sans être qualifié de « manifestement disproportionné », la caution restera tenue, alors même qu'elle pourrait connaître des difficultés financières sérieuses. Les effets de seuils sont critiquables en raison de la différence de traitement entre les justiciables qui se trouvent juste en dessous du seuil et ceux qui se trouvent juste au-dessus du seuil. Les solutions apportées par le droit diffèrent alors que les situations sont très proches dans les faits. Le cas de la proportionnalité du cautionnement est aggravé par le fait que l'appréciation de la disproportion manifeste du cautionnement soit laissée à l'appréciation des juges du fond³⁶¹.

³⁵⁸ Art. 2314 c. civ. : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

³⁵⁹ Le créancier peut prouver que la caution n'a subi aucun préjudice pour faire obstacle à l'application du bénéfice de subrogation : Cass. com., 3 nov. 1975, Bull. civ. IV, n° 247, n° 74-11845 ; *JCP* 1978. II. 18891, note Ph. Simler ; Cass. com. 27 avril 1996, Bull. civ. IV, n° 68 : cet arrêt réaffirme qu'il appartient au créancier d'apporter la preuve de la mesure du préjudice subi par la caution ; or, le bénéfice de subrogation permet à la caution d'être partiellement déchargée de son obligation. Elle obtient en théorie une décharge à hauteur de la valeur du droit perdu. La combinaison de ces deux modalités de sanction de la perte d'un droit préférentiel par le créancier revient à octroyer à la caution une décharge partielle de son obligation à hauteur du préjudice subi par elle : Cass. 1^{er} civ., 24 févr. 1987, Bull. civ. I, n° 64, n° 85-12406 ; *D.* 1987, p. 451, obs. L. Aynès ; Cass. 1^{er} civ., 9 mai 1994, Bull. civ. I, n° 169 n° 91-21162 ; *RTD civ.* 1994, p. 906, note M. Brandac ; Cass. 1^{er} civ., 15 déc. 1998, Bull. civ. I, n° 361 ; n° 96-20626 ; *D.* 2000, p. 215, note A. Boujeka ; *Banque et droit* 1999, n° 63, p. 49, obs. F. Jacob ; v. également Ph. Delebecque, Ph. Simler, « Droit des sûretés », *JCP éd. N* juill. 1999, p. 1157, n° 29 : les auteurs parlent d'une « précision ne figurant pas dans le texte, mais que le bon sens impose ».

³⁶⁰ J. Casey, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.* 1998, p. 208 ; Ph. Simler, « Sûretés - 2006, une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP éd. N* mars 2016, 1109.

³⁶¹ En ce sens v. notamment : Cass. 1^{er} civ., 18 oct. 2017, n° 16-25929 dans lequel la Cour de cassation affirme que « sous le couvert de griefs non fondés de violation de l'article L. 341-4, devenu L. 332-1 du Code de la consommation, et de manque de base légale au regard du même texte, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion, devant la Cour de cassation, l'appréciation souveraine, par la cour d'appel, de la disproportion de l'engagement de caution ; qu'il ne peut être accueilli ». Toutefois, un arrêt plus récent a pu être interprété en sens contraire : Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-24841, *LEDB* avril 2018, n° 4, p. 5, note N. Mathey. v. le commentaire de D. Houtcieff : qui affirme que « l'arrêt présenté tend au contraire à soumettre l'appréciation de la disproportion au

Ainsi, le juge libre dans son appréciation de la disproportion, a entre ses mains le destin financier de la caution. Selon son appréciation de la situation financière de la caution il prononcera ou non la déchéance de son engagement. Précisons que la critique ici formulée ne porte pas sur l'appréciation libre de la proportionnalité du cautionnement par le juge, mais sur l'intangibilité de la sanction. Si l'étendue de la déchéance dépendait de l'importance de la disproportion, la libre caractérisation par les juges de la disproportion ne créerait pas d'injustice notoire entre les cautions pour lesquelles le doute existe quant à l'existence d'une disproportion manifeste de leur engagement.

164. **Effet dissuasif.** Le seul avantage résultant de la déchéance totale du cautionnement tient à l'effet de dissuasion s'attachant à cette sanction. La sévérité de la sanction retenue par le législateur permet de dissuader les créanciers de demander des cautionnements disproportionnés. Ces créanciers sont donc incités à vérifier rigoureusement que les facultés de paiement de la caution lui permettent d'assumer la charge que représente le cautionnement. Néanmoins, cet effet dissuasif de la déchéance ne suffit pas à justifier la sanction retenue. Les avantages et inconvénients d'une sanction ne peuvent pas déterminer son choix ou son rejet, mais doivent seulement être pris en compte une fois l'adéquation de la sanction et de la finalité de la règle vérifiée³⁶². Ainsi, l'effet dissuasif de la déchéance ne peut justifier que cette sanction soit retenue, l'incompatibilité de cette sanction avec la finalité de protection des cautions étant rédhibitoire. En outre, seuls les créanciers maîtrisant les règles du cautionnement seront incités à s'assurer de la proportionnalité des cautionnements recueillis. L'éventualité d'une sanction, aussi sévère soit-elle, n'est crainte que par ceux qui en ont connaissance. Or, nous souhaitons étendre l'exigence de proportionnalité à tous les créanciers³⁶³. Les créanciers non professionnels seront donc soumis à l'exigence de proportionnalité. Il est certain que tous n'auront pas connaissance de l'existence de la règle de proportionnalité de sorte que la sévérité de la sanction est inopportune. L'effet dissuasif ne concernera pas ces créanciers et ils risquent de subir une sanction sévère pour avoir violé une règle dont ils n'avaient pas connaissance. L'analyse de la situation de ces créanciers non professionnels invite à retenir une sanction mesurée. Cette réflexion confirme que l'effet dissuasif de la règle ne peut être le premier critère de choix de la sanction. De ce point de vue nous rejoignons le choix des auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés. En effet, en retenant la réduction du cautionnement

contrôle de la Cour de cassation » : D. Houtcieff, « La disproportion du cautionnement : le manifeste de la Cour de cassation », *RDC* 2018, n° 2, p. 222.

³⁶² v. n° 130.

³⁶³ v. n° 124 et s.

disproportionné, l'avant-projet a fait passer la cohérence entre la finalité de la règle et la sanction avant l'avantage lié à l'effet dissuasif d'une sanction plus sévère.

165. Rejet des deux sanctions retenues en droit positif. En somme, ni la responsabilité civile du créancier, ni la déchéance de son droit de poursuivre la caution ne constituent des sanctions satisfaisantes de l'exigence de proportionnalité du cautionnement. Le principal reproche adressé à ces sanctions est de ne pas répondre à un objectif de protection du patrimoine de la caution. Si les sanctions retenues en droit positif ne sont pas satisfaisantes, de nombreuses autres sanctions peuvent être envisagées pour assortir la règle de proportionnalité du cautionnement.

II. L'appréciation critique des autres sanctions

166. Incohérence et inefficacité de nombreuses sanctions. Le droit des obligations offre un panel de sanctions intéressant. Nombre d'entre elles seront présentées et leur application en cas de non-respect de l'exigence de proportionnalité du cautionnement sera envisagée. Une partie de ces sanctions envisagées présente un objet incompatible avec l'exigence de proportionnalité du cautionnement. Tel est le cas de la caducité comme de la nullité du cautionnement ainsi que du prononcé d'une amende civile à l'encontre du créancier (A). La dernière sanction envisagée sera la perte des intérêts et pénalités de retard attachés au cautionnement. Cette sanction ne permet pas d'assurer la protection des cautions contre l'insolvabilité. (B). Par suite, aucune des sanctions envisagées ne pourra être retenue.

A. Les sanctions écartées en raison de leur objet

167. Spécialité de la nullité et de la caducité. Diverses sanctions classiques doivent être écartées, en ce qu'elles répondent à un défaut bien précis auquel ne peut être assimilée la violation de l'exigence de proportionnalité du cautionnement. Tel est le cas de la nullité du cautionnement. Comme indiqué précédemment³⁶⁴, la nullité d'un acte juridique sanctionne le non-respect de l'une de ses conditions de validité. La proportionnalité du cautionnement ne constitue pas une condition de validité de cet acte de sorte que le non-respect de la règle de proportionnalité ne peut être sanctionné par la nullité³⁶⁵. De même, la caducité d'un acte juridique sanctionne la perte d'un élément essentiel au cours de son existence³⁶⁶. Cette sanction ne peut être appliquée

³⁶⁴ v. n° 150 et s.

³⁶⁵ Cette règle est aujourd'hui affirmée à l'art. 1178 al. 1 c. civ. : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ».

³⁶⁶ Art. 1186 al. 1 c. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

à la disproportion du cautionnement, d'une part parce que la proportionnalité ne constitue pas un élément essentiel du cautionnement et, d'autre part parce qu'est envisagée l'hypothèse classique dans laquelle la proportionnalité de l'engagement de la caution fait défaut dès sa conclusion.

168. Conditions de l'amende civile non remplies. Pourrait également être envisagée l'amende civile prévue dans le Projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017³⁶⁷. Cette amende sanctionne la commission d'infractions économiquement rentables. Se pose la question de savoir si les conditions de l'article 1266-1 du Projet de réforme de la responsabilité civile seraient remplies lorsqu'un cautionnement disproportionné est exigé. S'il est possible de considérer que le créancier exigeant un cautionnement disproportionné commet une faute, il n'est pas certain que cette faute présente une nature délictuelle. Bien que la première chambre civile de la Cour de cassation se montre hésitante, nous ne pensons pas que cette qualification doive être retenue³⁶⁸. Or, l'amende civile ne pourrait sanctionner que les fautes commises « en matière extracontractuelle ». Dans l'hypothèse même où la jurisprudence qualifierait la prise d'un cautionnement disproportionné de faute commise « en matière extracontractuelle », une seconde question conditionnera la possibilité de sanctionner la disproportion par le prononcé d'une amende civile à l'encontre du créancier : la prise de cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution peut-elle être assimilée à une faute lucrative ? Il est possible de considérer que le créancier exigeant un cautionnement disproportionné commet une faute qui lui procure un avantage. Sa faute lui permet d'obtenir un cautionnement d'un montant supérieur à celui qu'il aurait pu obtenir s'il avait respecté l'exigence de proportionnalité. Néanmoins, la commission de cette faute fait-elle réellement naître pour lui un profit ? Le créancier coupable n'obtient finalement qu'un cautionnement, lequel ne pourra jamais lui permettre d'obtenir le paiement d'une somme supérieure au montant de la créance principale. Ce « gain » est très éloigné des profits résultant de la commission de fautes lucratives. Ainsi, les conditions de cette

³⁶⁷ Art. 1266-1 du Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 07 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable ».

³⁶⁸ v. n° 142 et s.

sanction ne sont pas remplies en matière de cautionnement disproportionné de sorte qu'il est impossible d'envisager la sanction de cette faute par le prononcé d'une amende civile.

169. Question de la pertinence des sanctions existantes en matière de cautionnement. Les sanctions classiques de la nullité et de la caducité ainsi que la sanction moderne de l'amende civile apparaissent inadaptées. Elles ne pourront être retenues comme sanction de la disproportion du cautionnement. Pourraient sembler mieux adaptées les sanctions assortissant d'autres règles de protection des cautions. Toutefois, l'étude de ces sanctions révélera qu'elles seraient inefficaces en matière de protection des cautions contre l'insolvabilité.

B. Les sanctions écartées en raison de leur inefficacité

170. Sanctions d'autres règles de protection des cautions. Les règles de protection des cautions sont nombreuses et les sanctions qui les accompagnent sont diverses. Se pose la question de la possibilité d'assortir l'exigence de proportionnalité du cautionnement de l'une de ces sanctions. Est notamment prévue par le Code de la consommation, la déchéance du droit du créancier aux pénalités et intérêts de retard³⁶⁹. Une telle sanction ne peut être envisagée pour sanctionner le créancier ayant exigé un cautionnement disproportionné, d'une part car de tels pénalités et intérêts de retard ne sont pas nécessairement dus par la caution dont l'engagement est disproportionné et d'autre part, car cette sanction ne permettrait pas d'assurer la protection des cautions contre l'insolvabilité. De même, la déchéance du droit aux intérêts dus par la caution ne peut être sérieusement envisagée³⁷⁰. La disproportion entre le montant du cautionnement et les facultés de paiement de la caution peut être bien supérieure au montant dû par la caution au titre des intérêts. Dans une telle hypothèse, l'interdiction pour le créancier de percevoir le paiement des intérêts par la caution ne protégerait pas cette dernière contre l'insolvabilité. Ces sanctions ne visent pas la protection des cautions contre l'insolvabilité et ne permettent pas d'assurer cette protection de manière incidente.

³⁶⁹ Art. L. 343-5 c. consom. : « Lorsque le créancier ne se conforme pas à l'obligation définie à l'article L. 333-1, la caution n'est pas tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée » et art. L 343-6 c. consom. : « Lorsqu'un créancier ne respecte pas les obligations prévues à l'article L. 333-2, la caution n'est pas tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ».

³⁷⁰ Art. L. 313-22 c. mon. et fin. Sanction prévue à l'al. 3 : « le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ».

171. **Rejet de l'ensemble des sanctions envisagées.** En définitive, de nombreuses sanctions ont été envisagées mais toutes se sont révélées inaptes à sanctionner le non-respect de l'exigence de proportionnalité du cautionnement. La richesse du droit des obligations permet d'envisager deux autres sanctions qui, elles, répondent parfaitement à l'objectif de protection des cautions contre l'insolvabilité.

§ 2 : Le choix d'une sanction visant la protection du patrimoine des cautions

172. **Choix nécessaire entre deux sanctions cohérentes.** L'avant-projet de réforme du droit des obligations propose de retenir la réduction de l'engagement de la caution comme sanction du cautionnement disproportionné. Cette sanction serait cohérente avec la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité. En effet, réduire le cautionnement disproportionné permettrait de faire disparaître la disproportion tout en conservant partiellement le cautionnement. Cette sanction semble instinctivement intéressante en raison de son caractère mesuré. Il en va de même de la paralysie des droits du créancier. Cette sanction consisterait à interdire au créancier d'agir contre la caution tant que l'appel de la caution apparaîtra disproportionné à ses facultés de paiement. La paralysie de l'action du créancier serait également adaptée à la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité. Ces deux sanctions cohérentes avec la finalité de la règle seront exposées (I) avant d'être comparées pour que la meilleure d'entre elles puisse être retenue (II)³⁷¹.

I. *L'exposé des sanctions cohérentes avec la finalité de la règle*

173. **Deux sanctions visant la protection des cautions.** La critique des sanctions qui n'ont pas pour premier objectif de protéger la caution amène à envisager deux sanctions qui ne permettent pas seulement d'éviter l'insolvabilité des cautions de manière secondaire, mais sont pleinement orientées vers cet effet. Seront envisagées la réduction du cautionnement, sanction connue et soutenue en doctrine (A), puis la paralysie du droit du créancier de poursuivre la caution, sanction originale mais adaptée à la règle de proportionnalité du cautionnement (B).

A. *La réduction du cautionnement disproportionné*

174. **Sanction efficace et mesurée.** La réduction du cautionnement semble être la sanction naturelle de la prise d'un cautionnement disproportionné. Le problème étant l'importance du montant

³⁷¹ Nous qualifions de « meilleure sûreté » celle qui répondra le mieux aux critères de comparaison retenus à savoir : l'efficacité de la sanction, l'effet dissuasif de la sanction ainsi que la mesure de la sanction.

garanti, la solution devrait tout simplement être la réduction de ce montant. Un auteur a qualifié la réduction du cautionnement disproportionné de « seule sanction logique »³⁷². Différents auteurs se montrent favorables à la sanction de la disproportion par la réduction³⁷³. La réduction du cautionnement permettrait que le cautionnement disproportionné soit réadapté aux facultés de paiement de la caution. Le cautionnement initial serait réduit jusqu'à ce qu'il puisse être payé par la caution sans que celle-ci rencontre de trop grandes difficultés financières. Ainsi, une fois réduit, l'engagement de la caution ne ferait plus peser sur elle de menace d'insolvabilité. Dès lors qu'elle permettrait d'atteindre le but fixé, cette sanction serait efficace³⁷⁴. Cette sanction brille par sa mesure et apparaît comme la sanction idéale, en particulier lorsqu'elle est comparée à la déchéance totale du cautionnement.

175. Mesure de la disproportion par les juges. Le choix de cette sanction impliquerait que les juges se voient confier une mission d'évaluation de la disproportion. Il leur appartiendrait de réduire le cautionnement à hauteur de la disproportion constatée. Cette disproportion devrait donc être chiffrée. Les juges seront-ils capables d'assurer cette mission ? La question peut être posée, mais la réponse ne fait aucun doute. À l'heure actuelle, les juges se voient confier non seulement la mission d'identification des cautionnements manifestement disproportionnés, mais également, lorsque le principe jurisprudentiel de proportionnalité est invoqué, la mission de chiffrer le préjudice de la caution. Or, le préjudice subi par la caution est constitué par le fait d'avoir consenti un cautionnement disproportionné, de sorte que ce préjudice équivaut à la partie disproportionnée de son engagement³⁷⁵. Ainsi, à chaque fois qu'ils déterminent le montant du préjudice subi par une caution dont l'engagement est disproportionné, les juges évaluent le montant de la disproportion. En outre, il est à noter que les juges du fond ont également à évaluer la solvabilité d'un débiteur dans d'autres domaines. Ils le font notamment

³⁷² D. Bakouche, « La proportionnalité dans le cautionnement après la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique », *Lexbase Hebdo* 2004, éd. Aff. n° 118.

³⁷³ M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey Université, 7^e éd., 2020, p. 213 et s., n° 277. Une telle règle pourrait, selon eux, accroître la sécurité des créanciers, à condition que la disproportion soit appréciée *in concreto* et non de manière purement mathématique, et qu'elle soit sanctionnée par la réduction de l'engagement disproportionné ainsi que par le paiement échelonné du garant.

³⁷⁴ L'efficacité est définie par M. Bourassin dans sa thèse : « l'efficacité du droit se caractérise par l'adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part ». p. 17, n° 35 : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006.

³⁷⁵ Cass. 1^e civ. 20 décembre 2007, Bull. civ. I, n° 393 ; *D.* 2008, p. 287, obs. V. Avena-Robardet ; *RLDA* fév. 2008, n° 24. Arrêt antérieur en sens contraire : CA Paris 27 nov. 1998, *JurisData* n° 1998-022964 : la CA de Paris considère que doivent être octroyés à la caution des dommages-intérêts d'un montant égal au montant dû par la caution au titre de son engagement. Cet arrêt a été critiqué en doctrine : J. Casey, « Cautionnement excessif : premier dérapage ? », *JCP éd. E*, n° 24, 17 Juin 1999, p. 1057.

lorsqu'ils accordent des délais de grâce à un débiteur rencontrant des difficultés³⁷⁶. En cette matière, un pouvoir souverain d'appréciation est reconnu aux juges du fond qui doivent vérifier que le débiteur aidé sera en mesure d'honorer son engagement si un délai de paiement lui est accordé. En somme, aucune réticence au choix de la réduction du cautionnement disproportionné ne doit naître de l'accroissement prétendu de la mission des juges.

176. **Sanction soutenue en doctrine.** Cette sanction est logiquement réclamée par de nombreux auteurs³⁷⁷. La commission Grimaldi chargée en 2005 de réfléchir à une réforme du droit des sûretés, proposait déjà que la sanction retenue par le législateur de 2003 soit remplacée par la réduction du cautionnement disproportionné³⁷⁸. Les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de 2017 retiennent également cette sanction. Ces auteurs proposent de réécrire la règle de proportionnalité du cautionnement à l'article 2301 du Code civil qui disposerait : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ». Pour justifier leur proposition, les auteurs du projet avancent que « la sanction actuelle se traduit par des conséquences étonnantes et difficilement justifiables, des cautions ayant un patrimoine important se voyant déchargées purement et simplement parce que leur engagement était encore plus élevé que ce patrimoine »³⁷⁹. Par cette critique, les auteurs du projet condamnent la déchéance retenue par le législateur de 2003 puisqu'elle atteint le cautionnement dans son intégralité. Ils s'opposent à ce que la caution qui est en mesure d'honorer au moins partiellement son engagement sans se trouver en danger d'insolvabilité, soit entièrement déchargée de son obligation. La sanction de la réduction du cautionnement disproportionné apparaît comme une sanction mesurée. Les auteurs de l'avant-projet ajoutent également que « la réductibilité est aussi de nature à atténuer très sensiblement les différences considérables d'appréciation de la disproportion manifeste selon les juridictions »³⁸⁰. Nous rejoignons ces auteurs qui affirment

³⁷⁶ Art. 1343-5 al. 1c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ».

³⁷⁷ V. notamment : D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 432, 2004, n° 280 ; P. Crocq, « À cautionnement disproportionné, sanction disproportionnée, du moins selon la loi Dutreil ! » *RTD civ.* 2010, p. 593.

³⁷⁸ Art. 2305 du projet proposé par la commission présidée par le professeur Grimaldi en 2005 : « Le cautionnement souscrit à titre non professionnel par une personne physique est réductible s'il apparaît qu'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci, au moment où elle est appelée, ne lui permettent de faire face à son obligation ».

³⁷⁹ cf. La seconde version de l'avant-projet comprenant les textes proposés ainsi que l'indication apparente des modifications et de brefs commentaires. spéc. sous art. 231 c. civ.

³⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit.

que les différences dans l'appréciation de la disproportion par les juges seraient moins gênantes si la sanction applicable aux cautionnements qualifiés de disproportionnés était moins sévère. Ainsi, la réduction du cautionnement disproportionné est une sanction cohérente de la disproportion du cautionnement. Doit toutefois être envisagée une autre sanction du cautionnement disproportionné poursuivant un objectif de protection des cautions contre l'insolvabilité.

B. La paralysie du droit de poursuite du créancier

177. Proposition d'une sanction nouvelle. La sanction légalement retenue, source d'insatisfactions, a été questionnée en doctrine. Le texte impose-t-il que la caution ayant consenti un cautionnement disproportionné soit définitivement libérée si le créancier agit contre elle alors qu'elle ne peut honorer son engagement ? La lettre du texte n'interdit pas de considérer que l'impossibilité pour le créancier de poursuivre la caution soit temporaire. Suivant ce raisonnement, la disproportion initiale n'entraînerait la paralysie du droit d'agir contre la caution que tant que durerait la disproportion³⁸¹. Au-delà de l'interprétation du texte actuel, peut être proposée une sanction du cautionnement disproportionné par la paralysie des droits du créancier tant que son action met en péril l'équilibre financier de la caution. Il faut admettre que la paralysie d'une d'action puisse exister sans perte du droit lui-même. Cette possibilité ne fait pas de doute puisqu'elle a été reconnue par la Cour de cassation en droit des procédures collectives³⁸².

178. Sanction temporaire et option du créancier. En vertu de cette sanction, serait bloquée la poursuite du créancier agissant contre la caution pour un montant disproportionné à ses biens et revenus. Cette paralysie diffère de la déchéance du droit de poursuivre la caution, en ce

³⁸¹ Ce raisonnement est suivi par G. Piette, *Droit des sûretés*, mémentos LMD 9^e éd. 2015-2016, Gualino Lextenso éditions. L'auteur affirme que les termes retenus par le législateur selon lesquels le créancier « ne peut se prévaloir » du cautionnement ne correspondent à aucune sanction juridique connue. Par ailleurs, il considère que la sanction ne peut être qualifiée de déchéance dès lors que la déchéance est incompatible avec le retour à meilleure fortune. Il en déduit donc que le droit du créancier est seulement suspendu.

³⁸² Cass. com., 8 juin 1993, Bull. civ. 1993, IV, n° 230, n° 91-13295 ; *RTD com.* 1993, p. 583, note A. Martin-Serf ; *RTD civ.* 1994, p. 360, note J. Mestre ; *BJS* sept. 1993, p. 911, n° 11, note M. Jeantin ; *JCP éd. E* 1993, I, n° 275, obs. Ph. Pétel, *JCP éd. E* 1994, II, n° 525, obs. M. Lecène-Marénaud ; *JCP éd. G* 1993, I, n° 3717, obs. Ph. Simler ; *JCP éd. G* 1993, I, n° 22074, obs. C. Ginestet ; *Deffrénois* 1994, p. 577, obs. J.-P. Sénéchal. Les juges ont affirmé que « Si, en application de l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leur action contre le débiteur dont la liquidation judiciaire a fait l'objet d'une clôture pour insuffisance d'actif, ils conservent, la dette n'étant pas éteinte, le droit de poursuite à l'encontre de la caution du débiteur ». Ainsi, même si l'actuel article L. 643-11 du Code de commerce dispose que « le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur », les juges ont affirmé que seul l'exercice des droits était paralysé, sans que les créances correspondantes soient éteintes. Il résulte de cette solution que la perte d'une action n'équivaut nécessairement à une perte du droit correspondant.

qu'elle présente un caractère temporaire. Le créancier dont l'action contre la caution aura échoué en raison du caractère disproportionné de son cautionnement, sera libre d'agir à nouveau contre la caution par la suite. Deux possibilités s'offriront en pratique au créancier souhaitant obtenir un paiement par la caution : il pourra soit attendre que la situation financière de la caution s'améliore afin que le cautionnement ne présente plus de caractère disproportionné, soit poursuivre la caution en paiement d'une partie de son engagement. En effet, le créancier devrait être libre de réclamer à la caution le paiement partiel du montant offert en cautionnement. Il serait absurde d'interdire cette attitude mesurée du créancier, soucieux des intérêts de son cocontractant et de l'efficacité de sa poursuite.

179. Remise de dette consentie par le créancier réclamant un paiement partiel. Cette option offerte aux créanciers pose la question de savoir si les créanciers réclamant un paiement partiel pourraient agir à nouveau contre la caution pour obtenir le paiement de la somme leur restant due. En adoptant cette attitude, les créanciers échelonneraient le paiement de leurs créances et finalement la disproportion de l'engagement des cautions n'empêcherait pas ces créanciers d'agir à condition que leurs actions ne fassent pas courir de danger d'insolvabilité à leurs cautions. Il semble toutefois qu'il serait préférable d'interdire aux créanciers agissant contre leurs cautions en paiement d'une partie de leurs engagements d'agir à nouveau contre ces cautions par la suite. Cette interdiction ferait de l'action du créancier en paiement partiel de son cautionnement une remise de dette. Le créancier ferait le choix d'un paiement partiel efficace plutôt que d'un paiement intégral reporté à une date à laquelle la caution serait en mesure de l'honorer. Cette sanction inviterait le créancier à prendre en considération les intérêts de sa caution. En effet, le créancier aurait le choix d'attendre que la caution soit en mesure de faire face à son cautionnement ou de consentir à la caution une remise de dette afin de pouvoir la poursuivre sans attendre, sans toutefois la placer en situation d'insolvabilité.

180. Ressemblance avec la réduction. Lorsque le créancier fera le choix de poursuivre la caution en paiement d'une partie de son engagement, la paralysie sera très proche de la réduction du cautionnement disproportionné. La différence entre ces deux sanctions résidera dans l'initiative de la réduction du cautionnement. Si la sanction de la paralysie de l'action du créancier est retenue, il appartiendra au créancier de mesurer lui-même ses poursuites pour que celles-ci soient efficaces. Avant d'agir contre la caution, le créancier devra se renseigner sur ses facultés de remboursement afin d'adapter sa poursuite en réclamant le paiement d'une somme que la caution pourra verser sans se trouver en difficulté.

181. **Ressemblance avec la déchéance.** La paralysie, dès lors qu'elle interdit la poursuite de la caution, présente également des aspects communs avec la déchéance. Elle s'en distingue néanmoins en raison de son caractère temporaire. Le créancier bénéficiant d'un cautionnement initialement disproportionné sera débouté de sa demande s'il agit contre la caution en paiement d'une somme toujours disproportionnée à ses facultés de paiement au jour de l'action. Toutefois, rien ne lui interdira d'agir à nouveau contre la caution, pour une somme moins importante représentant une partie de son cautionnement ou d'agir pour le montant total du cautionnement à une date à laquelle la caution sera en mesure d'honorer cet engagement. Il est notable que cette sanction n'empêchera pas nécessairement le créancier d'obtenir le complet paiement de sa créance de cautionnement. Ce constat n'est en rien rédhibitoire puisque l'objectif de la règle n'est pas de sanctionner le créancier, mais de protéger la caution de l'insolvabilité.

182. **Techniques du droit des procédures collectives et du surendettement.** La protection des cautions contre l'insolvabilité résulterait de la paralysie de l'action du créancier contre la caution, or cette sanction est inspirée des modes de traitement du surendettement. En effet, les procédures collectives des débiteurs professionnels entraînent suspensions des poursuites de leurs créanciers à leur encontre³⁸³. Les débiteurs en surendettement bénéficient également d'une suspension et d'une interdiction des actions diligentées à l'encontre de leurs biens pendant qu'un plan de surendettement est élaboré³⁸⁴. Enfin, tout débiteur peut demander au juge des délais de grâce lorsque sa situation financière le nécessite³⁸⁵. La suspension des poursuites accompagnant la recherche d'un plan de désendettement, laisse ensuite place au plan lui-même. Les différentes procédures collectives ou plans de surendettement permettent d'envisager divers moyens pour restaurer la bonne santé financière d'un débiteur en difficulté. Les spécificités de chaque plan

³⁸³ Art. L. 622-21 I et II c. com. : « I.- Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. II.- Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture ».

³⁸⁴ Art. L. 722-2 c. consom. : « 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 rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires » et L. 722-3 al. 1 c. consom. « Les procédures et les cessions de rémunération sont suspendues ou interdites, selon les cas, jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 732-1, jusqu'à la décision imposant les mesures prévues aux articles L. 733-1, L. 733-4, L. 733-7 et L. 741-1, jusqu'au jugement prononçant un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire ».

³⁸⁵ Art. 1343-5 al. 1c. civ. « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ». Sur les délais de grâce : M. Latina et G. Chantepie, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 874 et s., n° 972 et s.

n'occultent pas le triptyque classique de la rémission financière composée de remises de dettes, de rééchelonnement des dettes et d'octroi de délais de paiement. Ces mesures rappellent évidemment la paralysie du droit d'action des créanciers contre la caution dont l'engagement est disproportionné. La remise de dette du créancier agissant contre la caution pour un paiement partiel de sa créance est consentie dans le même esprit que la remise de dette volontaire du créancier dans le cadre d'un accord de conciliation par exemple. Ces créanciers se soucient certainement des difficultés de leurs débiteurs, mais ont surtout une volonté commune d'obtenir un paiement, même partiel, de leur créance par un débiteur qui ne peut assumer l'intégralité de son engagement. Par ailleurs, tout comme le créancier préférant obtenir un paiement complet de la caution lorsque celle-ci sera en mesure de faire face à son engagement, les créanciers participants aux divers plans de désendettement devront faire preuve de patience. Souvent, ces plans prévoient un report des paiements à des dates auxquelles le débiteur sera en mesure d'honorer ses dettes. Il semblerait naturel que la sanction du cautionnement disproportionné se rapproche des méthodes de sauvetage des débiteurs en difficulté, dans la mesure où ces règles poursuivent le même objectif de lutte contre l'insolvabilité. La sanction du cautionnement disproportionné par la paralysie du droit d'action du créancier contre la caution apparaîtrait comme un traitement préventif. Elle permettrait d'éviter l'insolvabilité des cautions résultant de leur engagement. La paralysie des droits du créancier contre la caution est donc une sanction appropriée de la disproportion du cautionnement. Il convient désormais de choisir entre cette sanction et la réduction du cautionnement disproportionné.

II. Le choix de la meilleure sanction

183. Comparaison de deux sanctions cohérentes. La réduction du cautionnement et la paralysie du droit du créancier de poursuivre la caution en paiement sont deux sanctions intéressantes, dès lors qu'elles visent la protection de la caution contre l'insolvabilité. Le choix de la meilleure sanction implique de définir les critères d'une bonne sanction et d'observer lesquels de ces critères sont remplis par les sanctions envisagées. Le premier critère de comparaison doit évidemment être l'efficacité de la sanction. L'efficacité d'une sanction est sa capacité à atteindre le but fixé par la règle de droit³⁸⁶. La sanction doit impérativement permettre de protéger les cautions contre l'insolvabilité. Ce premier critère a déjà été vérifié pour les deux sanctions comparées. En effet, ces sanctions ont été retenues parce qu'elles assurent la

³⁸⁶ Mme M. Bourassin définit l'efficacité dans sa thèse : « l'efficacité du droit se caractérise par l'adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part ». M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, bibl. dr. privé, t. 456, 2006, n° 35 p. 17.

protection des cautions contre l'insolvabilité. Les sanctions seront donc départagées selon d'autres critères de comparaison que sont leur juste mesure (A) et leur effet dissuasif (B). L'impact prévisible de ces sanctions sur le volume du contentieux relatif à la règle de proportionnalité dépend de ces deux critères.

A. La juste mesure des sanctions

184. Nécessité d'une sanction mesurée. Aucune des deux sanctions étudiées n'apparaît parfaite au regard des critères de comparaison retenus. La réduction comme la paralysie pèchent par leur absence d'effet dissuasif. *A priori*, la contradiction entre les différents avantages et inconvénients des sanctions est palpable. En effet, il semble compliqué de proposer une sanction qui soit à la fois mesurée et dissuasive. Pourtant nous ne souhaitons renoncer ni à la recherche d'une sanction présentant un effet dissuasif, ni à la recherche d'une sanction mesurée. Le choix d'une sanction mesurée est intéressant puisqu'il permet que cette sanction ne porte pas une atteinte trop importante à l'efficacité du cautionnement. Si la protection des cautions prime sur l'efficacité du cautionnement, les créanciers seront tentés de délaisser cette sûreté. Nombreuses sont les sûretés et autres garanties de paiement qui pourraient remplacer dans la pratique, le recours au cautionnement³⁸⁷. Il est donc important de veiller à ce qu'un équilibre soit atteint entre les intérêts des créanciers et ceux de la caution. La recherche de cet équilibre implique que la sanction du cautionnement disproportionné ne soit pas inutilement sévère envers le créancier. En outre, s'il semble impérieux que la sanction du cautionnement disproportionné soit mesurée, c'est également en considération de notre proposition d'extension de l'exigence de proportionnalité à tous les créanciers. La soumission de créanciers non professionnels à la règle de proportionnalité interdit que la sanction du cautionnement disproportionné présente un caractère punitif. Il serait injuste que des particuliers parfois aussi dépourvus que les cautions elles-mêmes, face à la complexité des règles du droit des sûretés subissent les conséquences excessives d'une règle dont ils n'avaient pas connaissance. Seule une sanction mesurée permet d'envisager sérieusement l'extension de l'exigence de proportionnalité à tous les créanciers.

185. Moindre conséquence de l'opposabilité *erga omnes* d'une sanction mesurée. La mesure de la sanction est également importante, en ce qu'elle gomme l'injustice résultant de l'opposabilité *erga omnes* de la sanction du cautionnement disproportionné. La question de l'effet de la

³⁸⁷ Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP éd. G.* 1990, I, 3427.

sanction à l'égard des tiers a donné lieu à la jurisprudence vivement critiquée de 2015³⁸⁸. Rappelons que la Cour de cassation a affirmé que la déchéance du cautionnement prévue à l'article L. 332-1 du Code de la consommation devait être imposée non seulement au créancier, mais également aux cofidélusseurs de la caution dont l'engagement a été déclaré disproportionné. Cette solution était nécessaire pour assurer l'efficacité de la protection des cautions contre l'insolvabilité³⁸⁹. Il semble logique que cette solution soit conservée. A été affirmé à plusieurs reprises la finalité de protection des cautions visée par la règle de proportionnalité du cautionnement. En considération de cet objectif, il serait incohérent d'affirmer que le blocage des poursuites du créancier contre la caution doit lui être réservé, de sorte que d'autres pourraient poursuivre la caution pour un montant disproportionné à ses facultés de paiement. Une telle solution ruinerait la protection des cautions. Ainsi, comme la Cour de cassation en 2015, nous pensons que la sanction du cautionnement disproportionné doit être opposable *erga omnes*. En pratique, se verront opposer cette sanction les cofidélusseurs solidaires des cautions dont l'engagement est déclaré disproportionné. De tels cofidélusseurs, appelés en paiement par le créancier, honoreront leur créance et tenteront d'obtenir, de la part de la caution dont l'engagement est disproportionné, le remboursement de sa part contributive. À ce stade, les cofidélusseurs subiront la sanction de la prise d'un cautionnement disproportionné. Cette solution, retenue en 2015, ne serait pas l'objet des vives critiques si ladite sanction était mesurée. La modification de la sanction adoucit le sort réservé aux cofidélusseurs. Si la paralysie est retenue, les cofidélusseurs verront leurs poursuites à l'encontre de la caution bloquées si la somme réclamée à la caution est disproportionnée à ses facultés de paiement. De même, si la réduction est retenue, elle ne sera prononcée que si les cofidélusseurs agissent contre la caution pour un montant disproportionné à ses facultés de paiement. Ces sanctions pourraient ne pas être prononcées à l'encontre des cofidélusseurs dès lors qu'il n'est pas certain que leur action contre la caution présente un caractère disproportionné. En effet, une différence existe entre l'action pouvant être exercée par le créancier et celle offerte aux cofidélusseurs. Les poursuites exercées par le créancier contre une caution solidaire pourront porter sur l'intégralité du cautionnement. Lorsque les cautions sont solidaires entre elles, le créancier est libre de réclamer le paiement de l'intégralité du cautionnement à n'importe laquelle d'entre elles. Or, les poursuites des cautions *solvens* contre cette même caution ne porteront que sur sa part

³⁸⁸ Cass. ch. mixte, 27 février 2015, Bull. civ. ch. mixte, n° 2, *supra*.

³⁸⁹ v. n° 159, 160 et 161.

contributive au sein du cautionnement solidaire³⁹⁰. Il sera fréquent, dans l'hypothèse où les poursuites exercées par le créancier portant sur l'intégralité du cautionnement seront disproportionnées, que les poursuites ultérieures des cautions *solvens* en recouvrement de la part contributive due par la caution, ne présentent pas de caractère disproportionné. En somme, les poursuites des cautions *solvens* contre la caution protégée porteront sur des montants inférieurs aux sommes réclamées par le créancier agissant en recouvrement de l'intégralité du cautionnement contre une caution solidaire. C'est pourquoi ces poursuites présenteront bien plus rarement un caractère disproportionné. Demeureront inévitablement des situations dans lesquelles la part contributive de la caution sera également disproportionnée à ses facultés de paiement en paiement d'une partie de la somme due. Dans ces hypothèses, le cofidésuséur *solvens* subira la sanction de la disproportion. L'application de cette sanction, qu'il s'agisse de la réduction du cautionnement disproportionné ou de la paralysie du droit d'action contre la caution pour un montant disproportionné à ses facultés de paiement, ne serait pas en théorie synonyme de perte pour la caution *solvens* puisqu'elle pourrait agir contre le débiteur principal en paiement de la somme qu'elle n'aura pas pu réclamer à la caution dont l'engagement est disproportionné. L'action contre le débiteur principal est en toute hypothèse nécessaire pour que la caution *solvens* soit remboursée du paiement de sa propre part contributive au sein du cautionnement solidaire. En définitive, grâce à leur aspect mesuré, les sanctions proposées peuvent être supportées par les cofidésuséurs de la caution dont l'engagement est disproportionné, sans que cette opposabilité *erga omnes* de la sanction apparaisse choquante.

186. **Sanctions moins attractives pour les cautions.** Enfin, une sanction trop défavorable au créancier titulaire du cautionnement est également à bannir, en ce qu'elle pourrait être trop favorable à la caution. L'attrait de la caution pour une sanction excessive du cautionnement disproportionné est réel. En témoigne l'invocation massive de l'actuel article L. 332-1 du Code de la consommation, sanctionné par la déchéance du cautionnement. Cette volonté des cautions de pouvoir bénéficier de la règle de protection sévèrement sanctionnée est classique. On remarque notamment que le non-respect de la mention manuscrite exigée par l'article L. 331-1 du Code de la consommation à peine de nullité du cautionnement est également massivement invoqué par les cautions. Ce constat démontre que les cautions sont à la recherche d'échappatoires, dès lors qu'elles sont appelées en paiement. Cette attitude est exacerbée par le choix de sanctions trop favorables aux cautions, telles que la nullité du cautionnement ou sa

³⁹⁰ Conformément au principe de la division des recours entre cofidésuséurs solidaires. v. M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey Université, 7^e éd., 2020, p. 262, n° 351.

déchéance. L'invocation de la règle de proportionnalité devrait être moins importante avec une sanction moins attrayante pour les cautions, telle que la paralysie des droits du créancier ou la réduction du cautionnement. Ce constat démontre que l'absence d'effet dissuasif de la sanction n'est pas insupportable dès lors que d'autres paramètres peuvent avoir un impact sur l'importance du contentieux relatif à la proportionnalité du cautionnement.

187. **Sanctions mesurées**³⁹¹. L'absence d'effet dissuasif de ces sanctions découle de leur caractère mesuré. La juste mesure des sanctions constitue notre premier critère de comparaison des sanctions. Ce critère ne permettra pas de départager les sanctions étudiées, dès lors que ces deux sanctions apparaissent mesurées. D'une part, la réduction du cautionnement disproportionné permet de maintenir le cautionnement tout en protégeant la caution contre l'insolvabilité. D'autre part, la paralysie du cautionnement est une sanction temporaire qui ne pénalise le créancier que tant qu'il agit à l'encontre de la caution pour un montant disproportionné à ses facultés de paiement. Ainsi, les deux sanctions étudiées présentent incontestablement un caractère mesuré. Il convient de tenter de les départager au regard du second critère de comparaison retenu : celui de l'effet dissuasif de la sanction.

B. L'effet dissuasif des sanctions

188. **Critère de l'effet dissuasif**. Dès lors que la protection de la caution est assurée par la règle, on peut se demander s'il est nécessaire que les créanciers s'abstiennent d'eux-mêmes de se faire consentir des cautionnements disproportionnés. L'effet dissuasif de la sanction n'est pas indispensable à la protection des cautions. Même si les créanciers ne sont pas dissuadés de demander des cautionnements disproportionnés, la protection des cautions sera assurée par le prononcé de la sanction. Toutefois, une sanction incitant les créanciers à se soucier de la proportionnalité de leur cautionnement pourrait permettre de réduire l'importance du contentieux attaché au principe de proportionnalité. En l'absence de sanction dissuasive, nombreux seront les créanciers qui exigeront des cautionnements disproportionnés et nombreuses seront les actions des cautions contre ces cautionnements. Aucune des deux sanctions retenues n'est de nature à inciter les créanciers à la prise de cautionnements proportionnés. En revanche, ces deux sanctions n'ont pas les mêmes effets sur l'importance du contentieux.

³⁹¹ Est qualifiée de sanction mesurée la sanction qui permet d'assurer la protection de la caution mais qui ne dépasse pas cet objectif.

189. Absence d'effet dissuasif de la réduction. La réduction du cautionnement disproportionné a pour principal défaut de ne pas inciter les créanciers à demander des cautionnements proportionnés. Si cette sanction était retenue, les créanciers auraient le choix de demander un cautionnement proportionné à la caution ou de lui demander un cautionnement disproportionné qui, dans le pire des cas, serait réduit à hauteur d'un cautionnement proportionné. Cette sanction ne permet pas de dissuader les créanciers qui souhaitent obtenir un cautionnement d'un montant important, quitte à ce qu'il soit disproportionné aux biens et revenus de la caution. En exigeant un cautionnement disproportionné, ces créanciers n'auraient « rien à perdre ». Ils auraient même tout à y gagner en cas d'évolution de la situation de la caution. En effet, le cautionnement ne pourrait être réduit qu'à hauteur de sa disproportion avec les facultés de remboursement de la caution au jour de son appel. En cas d'amélioration de la situation financière de la caution au cours du cautionnement, les créanciers pourraient obtenir de la caution un paiement supérieur au montant correspondant au cautionnement initialement proportionné aux biens et revenus de la caution. Ce défaut est mis en évidence par le professeur Philippe Théry qui condamne en conséquence la sanction de la réduction³⁹². La même critique peut être faite à la paralysie.

190. Absence d'effet dissuasif de la paralysie. L'effet dissuasif de la paralysie des droits du créancier est également nul. Cette sanction n'interdit pas au créancier de poursuivre la caution, à condition qu'il fasse preuve de mesure et réclame à la caution une somme qu'elle pourra lui remettre sans se trouver en situation d'insolvabilité. De ce point de vue, les deux sanctions envisagées produisent le même effet. Les créanciers auront intérêt à demander des cautionnements disproportionnés, l'étendue de leurs droits étant seulement réduite au jour de leur action contre la caution soit judiciairement, soit par eux-mêmes. En outre, ces sanctions n'empêchent pas les créanciers d'attendre que la situation financière de leurs cautions s'améliore pour agir contre elles. Ils pourront ainsi obtenir le paiement intégral de leurs

³⁹² Ph. Théry, « Droit des sûretés et voies d'exécution », *Défrenois* 2009, n°19, p. 2080 : « Pari pascalien, car le créancier pouvait gagner – si la caution s'enrichit à mesure de son obligation, elle pourra être poursuivie –, mais non perdre, car, à défaut d'enrichissement de la caution, le créancier aura, de toute manière, tout ce qu'il peut avoir, c'est-à-dire l'actif de la caution au jour des poursuites. La déchéance totale est le seul moyen de priver le créancier de ce pari trop facile qui eût été la négation même de la loi... ». Dans le même sens : S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaidoyer pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu : comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 132 et s. L'auteur précise que la réduction « ne constituera pas une véritable sanction pour le créancier, car il est, comme nous tous, soumis aux contingences matérielles : quoi qu'il arrive, il ne pourra obtenir plus de la caution que ses biens et revenus ». Cette critique est accompagnée d'autres reproches faits à la sanction de la réduction qui apparaissent dirimants aux yeux de l'auteur et la conduisent à préférer le maintien de la sanction actuelle de la disproportion. La divergence dans les solutions que nous proposons résulte du fait que l'auteur envisage la règle de proportionnalité comme un moyen de « lutter contre les comportements qui aboutissent au surendettement » alors que nous y voyons une règle permettant de lutter contre le surendettement des cautions, sans égard pour le comportement des créanciers.

cautionnements. En effet, nous proposons que la paralysie de l'action du créancier ne demeure que tant que la poursuite de la caution est susceptible de la placer en situation d'insolvabilité. La réduction quant à elle, n'est encourue que si la disproportion demeure au jour de l'action du créancier contre la caution. Ainsi, aucune des deux sanctions proposées ne présente d'effet dissuasif.

191. **Question de l'augmentation du contentieux.** Dès lors que les sanctions retenues n'inciteront pas les créanciers à prendre des cautionnements proportionnés, elles pourraient faire augmenter le nombre de cautionnements disproportionnés. Ce constat est gênant dès lors que l'importance du contentieux devrait augmenter corrélativement. En effet, l'examen du contentieux en matière de cautionnement démontre que les cautions qui exercent une action à l'encontre de leur créancier invoquent fréquemment l'ensemble des mesures de protection existantes en droit positif. Les cautions pourraient continuer à adopter ce comportement même si la sanction proposée est moins attractive pour elle que ne l'est la déchéance. Ainsi, les deux sanctions envisagées ne présentent aucun caractère dissuasif et risquent d'entraîner un accroissement du contentieux lié à l'exigence de proportionnalité. Cette prévision inquiétante peut néanmoins être démentie. Un paramètre pourrait favoriser la diminution du contentieux : la possibilité pour le créancier d'agir contre la caution pour un montant proportionné. Si les créanciers ne sont pas incités à prendre des cautionnements proportionnés à l'origine, ils pourront néanmoins être incités à la mesure lors de leur action contre

192. **Critère du contentieux.** L'effet dissuasif n'a pas permis de départager les sanctions comparées, puisqu'aucune n'est suffisamment sévères pour que les créanciers la craignent et s'abstiennent d'exiger des cautionnements disproportionnés. Il demeure néanmoins pertinent de comparer les sanctions au regard de l'impact qu'elles pourraient avoir sur l'importance du contentieux en matière de proportionnalité du cautionnement. Les deux sanctions pourront être distinguées sur ce critère. Le choix de la paralysie poserait un problème qui lui est propre. Si l'action du créancier contre la caution est paralysée tant que le cautionnement apparaît disproportionné aux facultés de paiement de la caution, se pose la question de savoir si le créancier conservera le droit d'agir à nouveau contre la caution après une demande rejetée en ce sens. Si l'on admet que le créancier puisse agir de nouveau contre la caution après avoir vu l'une de ses demandes rejetée en raison de son caractère disproportionné, il est à craindre que le créancier agisse plusieurs fois contre sa caution. Le créancier ayant été débouté de sa demande pourrait intenter une nouvelle action pour une somme moins élevée ou à une date à laquelle il estimerait que le cautionnement n'apparaîtrait plus disproportionné. Dans une telle situation si le cautionnement

demeure disproportionné au jour de sa seconde action, le créancier pourrait à nouveau agir contre la caution. Des actions répétées du créancier engendreraient évidemment un accroissement du contentieux relatif à la règle de proportionnalité. Ce sont finalement les conséquences procédurales de la paralysie de l'action du créancier qui détermineront notre choix. Il semble préférable de retenir la sanction de la réduction du cautionnement. Cette sanction, une fois qu'elle aura été prononcée, mettra fin au contentieux.

193. **Invitation à la négociation.** Pour parfaire la sanction de la réduction du cautionnement, il est possible de réduire l'office du juge en invitant les parties à négocier entre elles l'importance de la réduction du cautionnement³⁹³. Après constatation de la disproportion du cautionnement par le juge³⁹⁴, ce dernier devrait inviter les parties à négocier. Les parties devraient alors tenter de convenir de l'importance de la réduction du cautionnement. L'accord des parties quant au montant du cautionnement réduit mettrait fin au contentieux. En l'absence d'accord des parties, le juge resté saisi pourrait alors prononcer lui-même la réduction du cautionnement. Cette procédure aurait pour avantage d'inciter les créanciers à prendre des cautionnements proportionnés. Les créanciers pourraient craindre le blocage de la procédure et le retard dans le paiement liés à la phase de négociations des parties. L'instauration d'une telle procédure créerait donc un effet dissuasif de la sanction de la disproportion. En revanche, une telle sanction ne permettra pas de contrer l'attitude des cautions qui ont tendance à invoquer systématiquement l'argument de la disproportion de leur engagement pour tenter d'échapper, au moins partiellement, à leur engagement. Toutefois, le juge saisi ne donnera pas suite à la demande de la caution en l'absence de disproportion. La phase de négociation ne sera ouverte qu'une fois que la disproportion aura été constatée par le juge. Ainsi, en l'absence de disproportion, aucune phase de négociation ne viendra aggraver le retard dans l'exécution de son engagement par la caution. Il est en outre probable que les parties parviennent à s'entendre dès lors que chacune pourrait y trouver un intérêt. La caution comme le créancier peuvent se sentir rassurés par le fait de maîtriser le montant de la réduction. La caution pourrait craindre que le juge ne réduise pas suffisamment le montant du cautionnement alors qu'à l'inverse, le créancier pourrait craindre que le juge réduise le cautionnement de manière trop importante. En outre la caution comme le créancier pourrait avoir intérêt à voir la situation se débloquer. Ce

³⁹³ Sur les négociations contractuelles : R. Labernede, *L'obligation de renégocier en droit privé des contrats*, thèse Paris, 2016.

³⁹⁴ Cette sanction ne sera applicable que si le juge constate non seulement que la caution est appelée pour un montant disproportionné à ses facultés de paiement, mais également que la disproportion existait d'ores et déjà au jour de la souscription du cautionnement.

constat est évident pour le créancier qui souhaitera être payé au plus vite. La caution pourrait également souhaiter que la situation de blocage se résorbe.

194.**Intérêt du recours aux négociations.** Il est vrai que le recours aux négociations des parties allongera le temps de la procédure, mais c'est justement cette perspective d'une procédure allongée qui incitera les créanciers à prendre des cautionnements proportionnés. Il apparaît de ce point de vue souhaitable que le juge dispose du pouvoir de fixer la durée des négociations en considération des circonstances de l'espèce dont il aura à juger. Le recours aux négociations pourra ainsi permettre de contourner le seul inconvénient de la sanction de la réduction consistant dans son absence d'effet dissuasif. Cette conséquence n'est pas négligeable. La combinaison d'une sanction dissuasive pour les créanciers et moins favorable aux cautions pourrait réduire le volume du contentieux relatif à la proportionnalité du cautionnement. D'une part les créanciers auront intérêt à se contenter de cautionnements proportionnés aux facultés de paiement de leurs cautions et d'autre part les cautions n'auront pas un grand intérêt à tenter de faire déclarer disproportionné un cautionnement qui ne l'est pas dès lors que ce cautionnement pourrait tout au plus être réduit à mesure de leurs facultés de paiement.

195.**Choix de la réduction.** En définitive, il apparaît que la sanction de la réduction mérite d'être retenue à condition qu'elle soit combinée avec une procédure comprenant une phase de conciliation des parties. Il convient, après avoir proposé une modification de la sanction, d'envisager une amélioration de différents aspects de l'appréciation de la proportionnalité.

Section 2 : L'appréciation de la proportionnalité

196.**Appréciation de la disproportion.** Nous proposons que les sanctions retenues *de lege lata* soient remplacées par la réduction du cautionnement négociée entre les parties ou imposée par le juge. La proposition d'une sanction nouvelle et adaptée à la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité doit être complétée par l'étude de la notion de disproportion. Précisément, il convient de redéfinir d'une part les éléments pris en considération pour apprécier l'existence d'une disproportion afin de procéder de la manière la plus réaliste possible à l'évaluation des

facultés de paiement de la caution (§ 1) et d'autre part la date à laquelle la disproportion devra exister pour que la réduction du cautionnement puisse être prononcée (§ 2).

§ 1 : L'évaluation des facultés de paiement des cautions

197. **Caractère manifeste de la disproportion.** Comme les commissions de surendettement³⁹⁵, les juges qui auront à évaluer la proportionnalité des cautionnements ne seront pas tenus de procéder à un calcul mathématique précis puisque leur objectif sera de déterminer si l'engagement de la caution est « manifestement disproportionné » à ses facultés de paiement. La notion de disproportion manifeste implique que le calcul ne doive pas nécessairement être minutieux³⁹⁶. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés conserve cette condition d'une disproportion « manifeste »³⁹⁷. Nous approuvons cette limite selon laquelle l'action de la caution sur le fondement de l'exigence de proportionnalité est réservée aux cautions ayant souscrit un cautionnement évidemment disproportionné. Si la disproportion est évaluée sans calcul mathématique précis, doivent en revanche être déterminés exactement les éléments à prendre en considération pour le calcul de ses facultés de paiement.

198. **Précisions des facultés de paiement des cautions.** Pour préciser la notion de cautionnement disproportionné, seront redéfinis les éléments à prendre en considération pour évaluer les facultés de paiement des cautions. De manière générale, se pose la question de la prise en compte de leurs seuls éléments d'actif ou également de leur passif (I). Plus spécialement, se pose la question de la prise en compte des biens de la caution ne pouvant être saisis par le créancier (II).

³⁹⁵ Les commissions de surendettement ne procèdent pas davantage à des calculs exacts et précis. v. F. Ferrière, V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^e éd., 2012-2013, n° 114.154 : « faute de définition claire et en l'absence de critère quantitatif pertinent du surendettement, c'est la comparaison du "passif" et de "l'actif" du débiteur (actif intégrant les ressources et le patrimoine réalisable) qui permet à la commission – et au juge – d'apprécier les possibilités de celui-ci de faire face à l'ensemble de ses dettes, tout en tenant compte des besoins élémentaires de l'intéressé et de sa famille et de caractériser l'état de surendettement requis par la loi ».

³⁹⁶ Sur l'adverbe manifestement des articles L. 314-18 et L. 332-1 c. consom. (anc. L.313-10 et L. 341-4) : D. Houtcieff, « La disproportion du cautionnement : le manifeste de la Cour de cassation », *RDC* 2018, n° 2, p. 222 : « il est nécessaire que l'engagement soit sans rapport avec le patrimoine et que la disproportion crève les yeux » ; S. Piedelièvre, « Cautionnement et disproportion », *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, n° 13, p. 26 : « la simple disproportion est insuffisante en elle-même ; il est nécessaire qu'elle soit également manifeste » ; F. Jacomino, « Cautionnement disproportionné du dirigeant : à l'impossible nul n'est tenu », *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299 : « l'adverbe "manifestement" semble induire une évidence dans la disproportion ».

³⁹⁷ Article 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté en 2017 : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ».

I. La prise en compte de l'actif et du passif des cautions

199. Choix des éléments permettant l'évaluation des facultés de paiement. Pendant un temps, la jurisprudence a retenu deux modes d'évaluation différents de la proportionnalité. N'étaient pas pris en compte les mêmes éléments lorsque la Cour de cassation se posait la question de savoir si le cautionnement était disproportionné au jour de sa conclusion, ou celle de savoir si le créancier avait agi contre la caution pour un montant demeurant disproportionné à ses facultés de paiement. La prise en compte de l'ensemble des éléments du patrimoine de la caution actuellement retenue ne constitue la jurisprudence le seul mode d'appréciation de la proportionnalité cohérent avec la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité.

200. Appréciation de la proportionnalité au jour de l'engagement. Lorsqu'est appréciée l'existence d'une disproportion entre l'engagement de la caution et ses capacités de paiement au jour de la souscription du cautionnement, sont pris en considération non seulement les éléments d'actifs de la caution, mais également les dettes grevant son patrimoine et les charges assumées par elle³⁹⁸. Est donc réalisée une synthèse du patrimoine de la caution, laquelle permet de connaître de manière réaliste les facultés de paiement de la caution³⁹⁹. Les facultés de paiement de la caution correspondent en effet à son actif disponible pour faire face à son

³⁹⁸ Cass. 1^{er} civ., 12 juill. 2012, inédit, n° 11-20192 : cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Bourges dans lequel les juges ont estimé que le cautionnement n'était pas disproportionné au regard des actifs de la caution, sans prendre en considération son passif existant au jour de son engagement ; CCC nov. 2012, comm. 264, note G. Raymond ; *RD banc. et fin.* sept. 2012, comm. 150, note D. Legeais ; Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-17893 et n° 12-17.891, inédits ; CCC juill. 2013, comm. 168, note G. Raymond ; *RD banc. et fin.* mai 2013, comm. 90, note D. Legeais ; *Rev. sociétés* 2013, p. 680, note D. Legeais ; *Defrénois* 30 avril 2014, n° 8, obs. S. Cabrillac ; CA Paris, 16 nov. 2012, n° 11/03785 : solution rappelée ; Cass. 1^{er} civ., 15 janvier 2015, Bull. civ. I n° 8, n° 13-23489 ; *RDC* 2016, n° 1, p. 5, note A.-S. Barthez ; *RD banc. et fin.* mars 2015, comm. 42, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 19 févr. 2015, n° 050, p. 21, note S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n° 078, p. 14, note Ch. Albigès ; *RTD civ.* 2015, p. 183, note P. Crocq ; *Gaz. Pal.* 17 mars 2015, n° 076, p. 27, note P. Pailler ; CCC avr. 2015, comm. 99, note G. Raymond. Les cautionnements antérieurement souscrits par la caution sont des dettes potentielles qui doivent être prises en considération. Les juges ne doivent toutefois tenir compte que du passif existant antérieurement à la souscription du cautionnement litigieux : « la disproportion du cautionnement s'apprécie en prenant en considération l'endettement global de la caution au moment où cet engagement est consenti, sans avoir à tenir compte de ses engagements postérieurs » ; Cass. com 3 novembre 2015, Bull. civ. IV n° 150, n° 14-26051 et n° 15-21769 ; *Gaz. Pal.* 10 déc. 2015, n° 344, p. 18, Ch. Albigès ; *Rev. sociétés* 2016, p. 146, note Ch. Juillet ; *RD banc. et fin.*, janv. 2016, comm. 19, note A. Cerles ; cette prise en compte des « revenus disponibles » de la caution plutôt que de l'ensemble de ses revenus, a été mise en évidence par O. Cuperlier et A. Gorny, « L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (Réflexions et statistiques) », *JCP éd. N* n° 45, 5 novembre 2004, 1540, qui se fondaient notamment sur un arrêt de la chambre d'appel de Paris : CA Paris, 1^{er} février 2002, JurisData n° 2002-171148. Selon ces auteurs « les tribunaux cherchent à établir rétrospectivement quelle était la capacité maximale de remboursement de la caution à la date à laquelle elle s'est engagée ».

³⁹⁹ La même méthode est retenue en matière de procédures collectives et de procédures de surendettement des particuliers pour évaluer la cessation des paiements ou le surendettement. v. notamment en matière de surendettement : F. Ferrière et V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 4^e éd. 2012, p. 69 et s., n° 114.151 et s. spéc. n° 114.154.

engagement de caution⁴⁰⁰. Ainsi, les capacités de paiement de la caution ne peuvent correspondre à son actif dans sa globalité, dès lors qu'une partie de cet actif sera nécessairement affecté au paiement de ses charges courantes. Il en résulte que la possession d'actifs ou la perception de revenus importants n'empêche pas l'insolvabilité. L'appréciation faite par la jurisprudence des capacités de paiement de la caution au jour de la souscription du cautionnement doit être approuvée. Elle permet de tenir compte des difficultés pouvant être rencontrées par les cautions disposant d'actifs importants mais d'éléments de passif supérieurs. Lorsqu'elle tient compte des facultés de paiement réelles de la caution soit de son actif et de ses revenus, diminués de son passif et de ses charges courantes, la jurisprudence fait une application de la règle respectueuse de sa finalité. Ce mode d'appréciation de la proportionnalité semble être le seul qui soit recevable, compte tenu de la finalité de lutte contre l'insolvabilité. Une personne se trouve en situation d'insolvabilité lorsqu'elle est dans l'« impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes [...] exigibles et à échoir »⁴⁰¹. Cette impossibilité est caractérisée lorsque l'actif et les revenus d'une personne ne lui permettent pas de répondre de son passif et de ses charges. Cette situation peut résulter tant d'un manque d'actif que d'une abondance du passif⁴⁰².

201. Critique de l'appréciation initiale du retour à meilleure fortune. En revanche, en application du mécanisme du retour à meilleure fortune, la Cour de cassation a longtemps recherché si, au jour de son appel, la caution était en mesure d'honorer son engagement⁴⁰³. La Cour de cassation considérait alors que la caution pouvait faire face à son engagement si elle disposait d'actifs suffisants. La caution, dès lors qu'elle disposait d'un actif suffisant pour payer

⁴⁰⁰ En ce sens : « Cette position est justifiée, car il s'agit de mesurer l'impact du cautionnement sur la situation patrimoniale de la caution et dans cette optique le passif ne peut être occulté » : S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaidoyer pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu : comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 130.

⁴⁰¹ Art. L. 711-1 c. consom al. 1 : « La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Sur le surendettement : F. Ferrière, V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 4^e éd. 2012 ; V. Vigneau, G. X. Bourin, C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012 ; G. Biardeaud, *Le surendettement*, Lextenso, 2011 ; J. Julien, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien-Lextenso éd., 2009.

⁴⁰² Bien que le surendettement touche en priorité les ménages aux actifs et aux revenus les plus faibles : en 2016 selon les chiffres fournis par la Banque de France 51,1 % des ménages surendettés ont des ressources strictement inférieures au SMIC et 14 % d'entre eux ont des ressources inférieures au RSA pour deux personnes. Banque de France, « Enquête typologique 2016 sur le surendettement des ménages », communiqué de presse du 28 février 2017.

⁴⁰³ Cass. com., 27 mai 2014, inédit, n° 13-15038 ; *JCP éd. G* 2014, comm. 899, note Ch. Albigès ; *Deffrénois* 15 mai 2015, p. 490, obs. S. Cabrillac ; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2014, p. 14, obs. S. Piedelièvre. La Cour de cassation se contente de constater que les biens communs de la caution sont engagés et que le reliquat conservé par les époux suite à la vente d'un de leurs biens constitue un actif suffisant pour permettre à la caution d'honorer son engagement, sans s'intéresser à son passif ni à ses charges.

le créancier au jour où il l'appelait, était dite en mesure d'honorer son engagement⁴⁰⁴. Elle était alors tenue de payer la dette du débiteur principal alors même que ce paiement, réduisant son actif sans faire diminuer corrélativement son passif, pouvait la placer en situation d'insolvabilité. Ainsi, l'appréciation faite du retour à meilleure fortune ne permettait pas de protéger la caution qui avait souscrit un cautionnement qualifié de disproportionné en raison de l'importance de son passif. Cette démonstration met en évidence l'existence d'une faille dans la protection des cautions. Pour combler cette lacune, la Cour de cassation évaluant l'existence du retour à meilleure fortune a finalement pris en considération non seulement l'actif de la caution, mais aussi son passif au jour où elle était appelée à honorer son engagement⁴⁰⁵.

202. Similitudes avec le droit du surendettement⁴⁰⁶. L'évaluation des facultés de paiement des cautions se prévalant de la règle de proportionnalité s'apparente à celle que sont tenues de réaliser les commissions de surendettement auxquelles sont adressées les demandes de traitement des personnes physiques. Ces commissions comparent les éléments d'actifs et les éléments de passif des débiteurs afin de déterminer s'ils se trouvent en situation de surendettement⁴⁰⁷. Des auteurs précisent que « c'est la référence à un actif net négatif, c'est-à-dire à un volume de dettes supérieur à l'actif qui est la plus communément admise »⁴⁰⁸. Les

⁴⁰⁴ Toutefois en sens contraire : CA Grenoble, 4 juin 2012 n° 10/01742, *JCP éd. G* 2012, 1291, n° 7, obs. Ph. Simler. En l'espèce, les juges ont pris en considération les charges grevant le patrimoine de la caution, précisément a été pris en compte le remboursement du prêt relatif à l'acquisition de la résidence principale.

⁴⁰⁵ La Cour de cassation affirme clairement : « la capacité de la caution à faire face à son engagement au moment où elle est appelée s'apprécie au regard de l'ensemble des éléments d'actif et de passif composant son patrimoine et ne peut résulter de la seule existence de liquidités d'un montant supérieur à la somme due au titre de cet engagement » : Cass. com. 30 janv. 2019, inédit, n° 17-31011. Déjà en ce sens : Cass. com. 17 oct. 2018, n° 17-21857, publié ; *Gaz. Pal.* 19 févr. 2019, note M. Bourassin ; *JCP éd. E* n° 47, nov. 2018, 1597, note D. Legeais ; *D. actualité*, 8 nov. 2018, note J.-D. Pellier. Antérieurement en ce sens : CA Aix-en-Provence, 8^e chambre C, 13 février 2014, n° 12/15395 : prise en compte de l'emprunt ayant permis de financer le bien immobilier dont une partie reste à rembourser.

⁴⁰⁶ D. Legeais fait un lien entre les éléments pris en considération pour le calcul de la proportionnalité du cautionnement et ceux qui sont retenus pour apprécier la situation de surendettement d'une personne physique : « On peut se demander en présence d'un immeuble dont la caution est propriétaire et susceptible d'être vendu, s'il ne faut pas raisonner comme en matière de surendettement. Il faut tenir compte de la nécessité pour la caution de se reloger et donc de payer un loyer. Cela peut revenir au même. On peut même considérer qu'il ne saurait y avoir de retour à meilleure fortune dès lors que la poursuite de la caution conduirait celle-ci dans un état de surendettement » : D. Legeais, « La capacité de la caution à faire face à son obligation s'apprécie en considération de son endettement global », *JCP éd. E* n° 47, nov. 2018, 1597.

⁴⁰⁷ F. Ferrière, V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^e éd., 2012-2013, n° 114.09 : « afin de déterminer concrètement le surendettement du débiteur, la commission procède en deux étapes tout d'abord, elle inventorie l'ensemble des ressources et des charges du débiteur, sans distinguer du reste selon que les dettes seront ou non susceptibles d'être rééchelonnées, reportées voire, le cas échéant, annulées (c. consom., art. L. 331-7-1, 2°). Ensuite seulement, la commission confronte ces éléments afin de déterminer si le demandeur se trouve effectivement dans la situation visée à l'article L. 330-1, alinéa 1^{er} ». Sur les éléments pris en compte dans l'appréciation de la situation de surendettement : V. Martineau-Bourgninaud, *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement professionnel*, LGDJ, 2018, p. 98 et s., n° 202 et s.

⁴⁰⁸ F. Ferrière, V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^e éd., 2012-2013, n° 114.154. Ils précisent que « c'est l'insuffisance – voire l'absence dans les cas les plus graves – de cette capacité

juges en charge d'apprécier la proportionnalité d'un cautionnement par rapport aux facultés de paiement de la caution, devront donc, comme les commissions de surendettement, tenir compte des éléments d'actif et de passif des cautions⁴⁰⁹.

203. Réalisme dans l'appréciation de la proportionnalité. Mérite également d'être approuvée la solution actuellement retenue en jurisprudence consistant à prendre en compte pour la détermination du retour à meilleure fortune, le montant effectivement réclamé à la caution. Cette prise en compte du montant réclamé est cohérente pour évaluer le risque d'insolvabilité réellement encouru par elle lorsqu'elle est appelée à exécuter son engagement. La proportionnalité de l'engagement au jour de l'appel de la caution ne peut être appréciée en fonction du montant du cautionnement initialement offert si ce montant n'est pas réclamé à la caution dans son intégralité⁴¹⁰. En somme, pour protéger au mieux les cautions de l'insolvabilité, il faut prendre en considération leurs facultés de paiement réelles au jour où elles sont appelées en paiement ainsi que le montant pour lequel elles sont poursuivies. Semble également pertinente la solution de la Cour de cassation selon laquelle le cautionnement antérieurement souscrit par la caution ne doit pas être pris en compte parmi les éléments grevant son patrimoine si celui-ci a été annulé⁴¹¹. En effet, rétroactivement anéanti, le cautionnement annulé n'est plus susceptible de conduire la caution à l'insolvabilité. Bien qu'il ait été inscrit au passif de la caution au jour où elle s'est à nouveau engagée, il est finalement réputé n'avoir jamais constitué une charge pour elle. La finalité de protection de la caution contre l'insolvabilité n'impose pas que soit pris en compte à titre de charge grevant le patrimoine de

de remboursement en regard du passif exigible (mensualités, retards de paiement ou arriérés d'emprunt) ou à échoir (charges de la vie courante inévitables, échéances à venir d'emprunt en cours) qui permettra à la commission de statuer sur la situation de surendettement du débiteur ».

⁴⁰⁹ De même, il nous semble que comme en matière de surendettement, la prise en compte des éléments d'actif et de passif doit s'entendre de manière large. Deux auteurs affirment qu'en matière de surendettement « tous les éléments d'actif – et de passif – du demandeur doivent être pris en compte dans l'analyse de son état » : F. Ferrière, V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^e éd., 2012-2013, n° 114.11. Nous préconisons la prise en compte des mêmes éléments pour déterminer les facultés de paiement de la caution, afin de mesurer la proportionnalité de son engagement.

⁴¹⁰ CA Aix-en-Provence, 8^e chambre C, 13 févr. 2014, n° 12/15395, *supra* : prise en compte par les juges de la somme réclamée à la caution et non du montant initial du cautionnement ; CA Grenoble, 1^e chambre civile, 4 juin 2012, n° 10/01742, *supra* : les juges prennent en compte le paiement partiel de la dette réduisant la créance de la banque contre la caution.

⁴¹¹ Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25128, publié ; *AJ contrat* 2019, p. 43, note D. Houtcieff ; *LEDB* janv. 2019, n° 111, note M. Mignot ; *LEDC* janv. 2019, n° 111, note G. Cattalano ; *BJS* févr. 2019, p. 45, n° 119, note M. Séjean. Selon la Cass. : « si la disproportion doit être appréciée en prenant en considération l'endettement global de la caution, y compris celui résultant d'autres engagements de caution, il ne peut être tenu compte d'un cautionnement antérieur que le juge déclare nul, et qui est ainsi anéanti rétroactivement ». Dans sa note, M. Séjean met toutefois en évidence la possibilité pour les cautions de contourner cette solution en n'invoquant pas la nullité de certains cautionnements afin qu'ils soient pris en compte dans le calcul de la proportionnalité des cautionnements postérieurement souscrits.

la caution, l'un des cautionnements qu'elle a antérieurement souscrit mais qui a ensuite été annulé judiciairement. La finalité de la règle de proportionnalité ne doit jamais être perdue de vue, elle guide notre choix des éléments à prendre en considération pour l'appréciation de la proportionnalité.

204. Modification nécessaire de l'article L. 332-1 du Code de la consommation. Selon la lettre de l'article L. 332-1 du code de la consommation, la disproportion s'apprécie en considération des « biens et revenus » de la caution. En outre, la disproportion initiale doit entraîner la déchéance du cautionnement « à moins que le patrimoine de [la] caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Si la caution dispose de biens et de revenus suffisants, il est possible d'affirmer que son patrimoine lui permet de faire face à son obligation, en dépit de son passif également important. Ce texte est critiquable, en ce qu'il n'implique aucune prise en compte des charges et divers éléments de passif du patrimoine de la caution. En outre, l'utilisation du terme « revenus » est restrictive. En matière de surendettement, la Cour de cassation utilise le terme de « ressources », ce qui permet de prendre en considération l'ensemble des sommes perçues par le débiteur dans le calcul de ses facultés de remboursement⁴¹². Un auteur précise à juste titre que « le mot "ressources" est plus large que celui de "revenus" car il se réfère à l'ensemble des moyens matériels et pécuniaires dont une personne dispose pour assurer son existence et satisfaire à ses besoins »⁴¹³. Les éléments devant être pris en compte dépassent donc largement les termes de l'article L. 332-1 du Code de la consommation tant parce que cet article ne fait aucune référence à la prise en compte du passif de la caution que parce qu'il implique une vision restrictive des actifs de la caution. Pour autant, se pose la question de savoir si tous les éléments de l'actif de la caution devront être pris en compte.

II. La question des biens n'entrant pas dans le gage du créancier

205. Combinaison des différentes protections. La règle de proportionnalité permet de lutter contre l'insolvabilité en allégeant le passif de la caution. Les cautions bénéficiant de la règle de proportionnalité se verront partiellement allégées d'une dette qui, en raison de sa trop grande importance, faisait peser sur elles un risque d'insolvabilité. Cette règle de protection des cautions doit être combinée avec d'autres dispositions permettant d'assurer la protection du patrimoine des cautions en mettant à l'abri des poursuites certains éléments de leur actif. Parmi

⁴¹² Cass. 1^e civ. 18 fév. 1992, *D.* 1992. IR. 136, Berger.

⁴¹³ G. Paisant, « Surendettement. Appréciation de la notion par le juge », *RTD com.* 1992, p. 455.

les règles de protection de certains éléments d'actifs du patrimoine des cautions, on retrouve les règles prévoyant l'insaisissabilité de certains biens. Il est fréquent que certains biens d'un débiteur ou d'une caution soient insaisissables. Cette insaisissabilité peut résulter soit de la volonté du débiteur ou de son auteur, soit de la loi⁴¹⁴. Au-delà des règles d'insaisissabilité, certaines règles protègent spécifiquement une partie des actifs de la personne se portant caution. Les règles protégeant une partie de l'actif des cautions diffèrent de la règle de proportionnalité du cautionnement laquelle joue sur leur passif. La règle de proportionnalité devra être ainsi combinée avec des règles de protection propres aux cautions. Parmi les règles de protection de certains biens appartenant à la caution devant être combinées avec la règle de proportionnalité, l'article 1415 du Code civil met notamment à l'abri des poursuites du créancier les biens communs de la caution mariée (A). Il est par ailleurs intéressant de constater que cette protection partielle du patrimoine de la caution n'est pas toujours recherchée. En particulier, la protection de certains biens de la caution n'est qu'incidente dans la jurisprudence relative au non-respect de l'article L. 331-1 du Code de la consommation. La protection de certains biens de la caution par cette jurisprudence devra également être combinée avec la règle de proportionnalité (B).

A. La protection du patrimoine commun des cautions mariées

206. Protection des biens communs des époux. L'article 1415 du Code civil prévoit une règle de protection des biens communs des époux dont l'un s'est engagé comme caution⁴¹⁵. En vertu de cet article, lorsqu'un créancier obtient le cautionnement d'un époux marié sous le régime légal,

⁴¹⁴ L. 112-2 c. pr. civ. d'exéc. : « Ne peuvent être saisis : 1° Les biens que la loi déclare insaisissables ; 2° Les biens que la loi rend incessibles à moins qu'il n'en soit disposé autrement ; 3° Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ; 4° Les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, sauf autorisation du juge, et, pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ; 5° Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat et sous réserve des dispositions du 6°. Ils deviennent cependant saisissables s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, s'ils sont des biens de valeur, en raison notamment de leur importance, de leur matière, de leur rareté, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux, s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ; 6° Les biens mobiliers mentionnés au 5°, même pour paiement de leur prix, lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de prestations d'aide sociale à l'enfance prévues aux articles L. 222-1 à L. 222-7 du code de l'action sociale et des familles ; 7° Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades ». v. sur les insaisissabilités d'origine légale : C. Brenner, *Procédures civiles d'exécution*, 9^e éd., 2017, p. 45 e s., n° 69 et s. Sur les insaisissabilités d'origine volontaire : *ibid*, p. 48 et 49, n° 72. En substance, d'une part, les entrepreneurs individuels peuvent déclarer leurs biens immobiliers insaisissables par le biais d'une déclaration volontaire d'insaisissabilité. D'autre part, les donateurs et testateurs peuvent faire déclarer insaisissables les biens objets de leurs dons ou transmis par testaments.

⁴¹⁵ Art. 1415 c. civ. « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ».

il ne peut saisir en exécution de son cautionnement que les biens propres de cette caution, à moins qu'il n'ait obtenu l'accord de l'autre époux pour que le créancier puisse exercer ses droits sur les biens communs⁴¹⁶. Ainsi, les biens communs des époux sont à l'abri du cautionnement donné par un époux sans le consentement de son conjoint. Le texte a pour but de protéger les époux des engagements pris par leurs conjoints au titre de cautionnements en raison de la dangerosité de ces engagements. Se pose alors la question de savoir si, pour apprécier la proportionnalité du cautionnement par rapport aux « biens et revenus » de la caution, il faut prendre en compte les biens communs de la caution lorsque son conjoint n'a pas donné son accord pour que le créancier puisse les saisir.

207. Prise en compte des biens communs de la caution mariée. Jusqu'à une période récente, ces biens n'étaient pas pris en considération en jurisprudence pour apprécier la proportionnalité de l'engagement de la caution⁴¹⁷. Puisque ces biens ne pouvaient être saisis par le créancier, ils ne devaient pas être pris en compte dans le calcul de la proportionnalité de l'engagement de la caution. Ce raisonnement n'était pas infallible. Peut notamment être opposé à ce raisonnement le fait que la jurisprudence prend en compte l'intégralité des revenus des cautions, alors même qu'une partie des revenus est insaisissable⁴¹⁸. La solution a évolué. La Cour de cassation compare aujourd'hui les biens et revenus des cautions avec l'importance de leur engagement en tenant compte de l'intégralité de leur patrimoine, sans soustraire les biens insaisissables⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Sur cet article : M. Mignot, « Le cautionnement et le champ d'application de l'article 1415 du Code civil », *LEDB* avril 2013, n° 4, p. 4 ; V. De Laval, N. Philippe et Ch. Bouffelière, « L'article 1415 du code civil : tentative de synthèse », *Gaz. Pal.* 7 juin 2003, n° 158, p. 3 ; C. Grare-Didier, « Retour sur l'article 1415 du Code civil : cautionnement et notions voisines », *RDC* 2008, n° 2 p. 445 ; F. Vauvillé, « Article 1415 du Code civil : les armes du débat judiciaire », *Dr. et patr.* 1999, p. 64, n° 67.

⁴¹⁷ Cass. com. 22 févr. 2017, Bull. Civ. I, n° 26, n° 15-14915 ; *D.* 2017, p. 2119, obs. V. Brémond ; *D.* 2017, p. 2176, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *Rev. sociétés* 2017, p. 586, note S. Pla-Busiris ; *JCP éd. N* 2017, p. 1201, note V. Bouchard ; *Gaz. Pal.* 13 juin 2017, p. 70, obs. M. Bourassin ; *Defrénois* 1^e févr. 2018, p. 28, obs. G. Champenois ; *RD banc. et fin.* 2017, comm. 72, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, n° 172, mars-avr. 2017, p. 79, obs. F. Jacob. Dans le même sens : CA Versailles, 13^e chambre, 23 Février 2012, n° 11/01255, immeuble ayant fait l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité ne peut être pris en compte pour évaluer la capacité de remboursement de la caution ; CA Toulouse, 4 oct. 2017, n° 17/00462 : un bien immobilier en nue-proprieté et grevé d'une clause d'inaliénabilité n'est pas pris en compte pour apprécier la proportionnalité ; CA Lyon 2 mars 2017, 1^e chambre civile A, n° 15/06282, *RLDC*, oct. 2017, supp., obs. F. Dekeuwer-Défossez. Selon les juges l'immeuble insaisissable en vertu d'une clause d'inaliénabilité ne peut être pris en compte pour apprécier la proportionnalité.

⁴¹⁸ La partie saisissable des rémunérations du travail est fixée à l'art. R. 3252-2 du Code du travail. Sur cette règle : G. Couchez et D. Lebeau, *Voies d'exécution*, Dalloz université, 12^e éd., 2017, p. 180 et 181, n° 305 et s.

⁴¹⁹ Cass. com., 15 nov. 2017, publié, n° 16-10504 ; *RTD civ.* 2018, p. 184, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* p. 199, note M. Nicod ; *D.* 2018, Jur., p. 392, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *Defrénois* 7 juin 2018, p. 43, chron. S. Cabrillac ; *JCP éd. N*, fév. 2018, n° 1099, note. S. Piedelièvre ; *JCP éd. G* janv. 2018, n° 13, note Ph. Simler ; *Gaz. Pal.* 21 nov. 2017, p. 35, note C. Berlaud ; *LEFP* janv. 2018, p. 6, note N. Peterka ; *LPA* 23 févr. 2018, p. 7, note M. Cottet. Dans le même sens : Cass. com., 6 juin 2018, publié, n° 16-26182 ; *JCP éd. E* 2018, 1378, note D. Legeais.

208. Approbation de la prise en compte des biens insaisissables. La finalité de la règle de proportionnalité ne contraint pas les juges à procéder à une appréciation restreinte du patrimoine de la caution composée de ses seuls biens entrant dans le gage du créancier. En effet, l'insolvabilité de la caution contre laquelle le législateur souhaite lutter s'apprécie de manière collective et non au regard des biens pouvant être saisis par un créancier particulier. Ainsi, la situation du débiteur est évaluée en tenant compte de tous ses biens, qu'ils soient ou non saisissables par tous ses créanciers. Par ailleurs, la prise en compte de ces biens dans l'appréciation de la disproportion du cautionnement ne remet pas en cause l'impossibilité pour le créancier de les saisir. Il faut distinguer l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement pour laquelle les juges tiennent compte de l'existence de tous les biens de la caution, de l'exécution du cautionnement qui reste limitée aux biens pouvant être saisis par le créancier. Il semble donc que tous les biens de la caution doivent être pris en considération pour apprécier la proportionnalité de son cautionnement⁴²⁰. La prise en compte des seuls biens saisissables par le créancier rendrait plus aisée la caractérisation de la disproportion de l'engagement de la caution et offrirait à cette dernière une protection ne correspondant pas à la finalité de la règle de proportionnalité du cautionnement. Devront donc être pris en considération ses biens propres et ses revenus, comme ses biens communs. Ainsi, la caution ne pourra pas se prévaloir de la règle de proportionnalité si son patrimoine propre est faible, alors que son patrimoine commun est important et lui permet de faire face à son engagement. Toutefois, dans une telle situation, le créancier n'aura pas le droit de saisir les biens communs de la caution. Il pourra alors saisir tous les biens propres de la caution, ce qui ne la placera pas en situation d'insolvabilité car ses biens communs constitueront toujours son actif. Une telle application de la règle de proportionnalité permettrait de protéger la caution contre l'insolvabilité, tout en lui interdisant de cumuler les règles de protection pour protéger au maximum ses actifs des poursuites du créancier. La solution recommandée peut sembler paradoxale en présence d'un cautionnement proportionné aux facultés de paiement réelle de la

⁴²⁰ Nous rejoignons la position adoptée par de nombreux auteurs. Notamment, P. Crocq, « Exigence de proportionnalité et prise en compte des biens communs », *RTD civ.*, 2018, p. 184 ; Ph. Simler, « La Cour de cassation valide la mention manuscrite pour une durée indéterminée et tranche une question controversée relative à l'appréciation de la disproportion manifeste de l'engagement », *JCP éd. G* janv. 2018, n° 13 qui approuve la solution du 15 nov. 2017 en précisant que « l'explication peut être trouvée dans le fondement même de la sanction de la disproportion manifeste. Il s'agit d'éviter que le débiteur poursuivi qui a souscrit des engagements excessifs ne soit totalement dépourvu de tout patrimoine et de toute ressource, sous réserve du "reste à vivre" que l'article 2301 du Code civil commande de préserver » ; S. Piedelièvre, « Cautionnement à durée indéterminée et appréciation de son caractère disproportionné », *JCP éd. N*, fév. 2018, n° 1099 qui affirme : « il est incontestable qu'un bien commun fait partie du patrimoine de chacun des époux. À ce titre, il est un élément de leur fortune. Il serait absurde et illogique de l'exclure pour vérifier si le cautionnement souscrit est excessif ou non » et « exclure les biens communs aurait conduit à une extension inutile du principe de proportionnalité ».

caution mais disproportionné à ses actifs saisissables par le créancier. Bien que le cautionnement ne soit pas réduit, le créancier ne pourra pas, en pratique, obtenir le paiement intégral lui étant dû car l'actif saisissable sera trop faible⁴²¹. Toutefois, les revenus de la caution engagée sont saisissables par le créancier et il est possible que le patrimoine propre de cette caution augmente. Ce constat met en évidence l'inefficacité du cautionnement disproportionné par rapport aux biens et revenus saisissables par le créancier. Cette solution doit être généralisée. Tous les éléments d'actifs des cautions doivent être pris en considération pour apprécier la proportionnalité de l'engagement, malgré l'impossibilité pour le créancier de saisir une partie de ces biens⁴²². Cette solution devrait prévaloir, que le créancier soit personnellement dans l'impossibilité de saisir une partie des biens de la caution ou qu'une partie des biens de la caution soit insaisissable par l'ensemble de ses créanciers. Tel devrait donc notamment être le cas lorsque certains actifs de la caution sont judiciairement déclarés insaisissables par le créancier bénéficiant du cautionnement.

B. La protection partielle du patrimoine de la caution comme protection de son consentement

209. Insaisissabilité résultant du non-respect du formalisme du cautionnement. Les biens ou les revenus de la caution peuvent être judiciairement déclarés insaisissables lorsque les cautions ont reproduit dans leur cautionnement une mention proche mais différente de la mention imposée par l'article L. 331-1 du Code de la consommation⁴²³. S'opposant à la rigueur édictée par le législateur, la jurisprudence admet qu'une erreur dans la mention reproduite par la caution ne doit pas toujours entraîner la nullité du cautionnement. Certaines erreurs conduisent à des

⁴²¹ Cette cause d'inefficacité du cautionnement a été mise en évidence par M. Bourassin dans sa thèse : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, Bibl. droit privé, t. 456, 2006.

⁴²² S. Cabrillac avance d'autres arguments pour défendre la prise en compte des biens de la caution n'entrant pas dans l'assiette du droit de gage du créancier v. S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaider pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu : comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 128 et 129 : « Respectant la lettre du texte et donc de la sécurité juridique, elles ont, en outre, le mérite du pragmatisme. En effet, la restriction aux biens saisissables aurait rendu encore plus complexe la conclusion de cautionnements en raison de la nécessité de vérifier les multiples causes de restrictions du gage comme le statut matrimonial, l'absence de clause d'inaliénabilité des immeubles ou de déclaration d'insaisissabilité. [Les solutions retenues en jurisprudence] répondent également à l'objectif de la protection qui est d'éviter les cautionnements ruinant les cautions personnes physiques et non de s'assurer que le créancier trouvera effectivement dans le patrimoine saisissable de la caution les biens suffisants ».

⁴²³ Art. L. 331-1 c. consom. : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X....., dans la limite de la somme de..... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de....., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X..... n'y satisfait pas lui-même" ».

modifications de l'actif saisissable par le créancier⁴²⁴. La Cour de cassation a notamment retenu que la caution qui ne copie pas exactement la partie de la formule indiquant : « je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens », mais omet au sein de cette formule les termes « mes biens » est engagée sur ses revenus et non sur ses biens. Ainsi, le gage du créancier est limité aux revenus de la caution⁴²⁵. De cet assouplissement jurisprudentiel de la sanction prévue à l'article L. 331-1 du Code de la consommation, résulte une réduction de l'assiette du droit de gage du créancier. Cette mise à l'abri de certains biens de la caution entraîne l'impossibilité pour le créancier de saisir une partie de ses actifs. Sont ainsi épargnés de la saisie potentielle les revenus ou les biens de la caution. Se pose la question de la coordination de cette solution jurisprudentielle avec le principe de proportionnalité. La disproportion sera plus aisément admise si les seuls biens pouvant être saisis par le créancier sont pris en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement. En effet, la caution pourrait invoquer la disproportion de son engagement par rapport soit à ses seuls revenus, soit à ses seuls biens. Néanmoins, la finalité de protection de la caution contre l'insolvabilité n'impose pas que la proportionnalité soit évaluée en considération des seuls actifs saisissables

⁴²⁴ Cass. com., 5 avr. 2011, Bull. civ. IV, n° 54 et 55 ; *D.* 2011, p. 1132, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2012, p. 1573, obs. P. Crocq ; *Defrénois* 2012, art. 40388, obs. S. Cabrillac ; *JCP éd. G* 2011, chron. 770, n° 2, obs. Ph. Simler ; *JCP éd. E* mai 2011, n° 1395, note P. Bouteiller ; *CCC* août 2011, comm. 204, note G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 5 mai 2011, p. 13, obs. A. Denizot. Selon ces arrêts, les erreurs matérielles ne portant pas atteinte à la compréhension de leurs engagements par les cautions n'entraînent plus la nullité du cautionnement. Allant plus loin, les juges ont admis que l'erreur dans la mention pouvait entraîner une modification de l'étendue de l'engagement de la caution.

⁴²⁵ Cass. com. 1^{er} oct. 2013, Bull. civ. IV, n° 143, n° 12-20278 ; *D.* 2014, p. 127, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2014, note M. Julienne et L. Andreu ; *JCP éd. E* 2013, n° 1624, note D. Legeais ; *RJDA* 2014, n° 169 ; *Gaz. Pal.* 24 oct. 2013, n° 297, obs. S. Piedelièvre ; *Dr. et patr.* févr. 2014, n° 58, obs. Ph. Dupichot ; *JCP éd. G*, fév. 2014, n° 207, note J.-D. Pellier ; *RLDA* déc. 2013, n° 26, note M. Mignot ; conf. Cass. com. 27 mai 2014, inédit ; *CCC* oct. 2014, comm. 231, note G. Raymond. Dans le même sens, limitant non pas le gage du créancier mais l'étendue du cautionnement, la Cour de cassation décide que l'omission dans la formule impérative du terme « intérêts » a pour conséquence de limiter l'étendue du cautionnement au capital : Cass. com. 4 nov. 2014, Bull. civ. IV, n° 157 n° 13-24.706 ; *D.* 2015, p. 1810, obs. P. Crocq ; *RDI* 2015, p. 29, note H. Heugas-Darraspen ; *AJCA* 2015, p. 33, obs. Y. Picod ; *RLDC* janv. 2015, p. 33, obs. J.-J. Ansault ; *Gaz. Pal.* 3-4 déc. 2014, p. 15, obs. Ch. Albigès ; *Banque et droit*, n° 159, janv.-févr. 2015, 75, obs. E. Netter ; *Gaz. Pal.* 22 janv. 2015, 9, obs. M. Mignot. Cass. com., 18 janv. 2017, n° 14-26604, Bull. civ. IV, n° 7 et Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-15890, Bull. civ. IV, n° 15 ; *RTD civ.* 2017, p. 377, obs. H. Barbier ; *RTD civ.* 2017, p. 444, note P. Crocq ; *RDC* 2017, p. 280, note D. Houtcieff ; *LEDC* mars 2017, n° 3, p. 2, note G. Cattalano-Cloarec ; *RTD civ.* 2017, p. 377, obs. H. Barbier ; *AJ Contrat* 2017, p. 122, note D. Houtcieff. Cass. com., 29 nov. 2016, n° 15-21197, inédit ; *RTD civ.* 2017, p. 446, note P. Crocq ; *Gaz. Pal.* 21 févr. 2017, n° 8, p. 27, note Ch. Albigès ; *Defrénois* 21 sept. 2017, n° 19, p. 29, obs. S. Cabrillac. Cass. 1^{er} civ., 22 sept. 2016, n° 15-19543 Bull. civ. I, n° 172 ; *RD banc. et fin.* n° 6, nov. 2016, comm. 244, obs. A. Cerles ; *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, n° 42, p. 21, note Ch. Albigès ; *LEDB* nov. 2016, n° 10, p. 6, note M. Mignot ; *LEDC* nov. 2016, n° 10, p. 3, note N. Leblond ; *RDI* 2016, p. 640, note H. Heugas-Darraspen. Cass. com., 28 juin 2016, n° 13-27245, inédit ; *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, p. 21, obs. Ch. Albigès ; *RDC* 2017, 73, obs. A.-S. Barthez. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose de supprimer cette mention source d'une jurisprudence abondante, lui serait substituée l'aposition d'une mention souple recopiée par la caution. Art. 2298 al. 1 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté en 2017 : « La caution personne physique appose elle-même, à peine de nullité de son engagement, la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres ».

par le créancier. Cette règle permettra de lutter contre l'insolvabilité de la caution et ce même si la réduction du cautionnement dépend de sa disproportion par rapport aux facultés de paiement de la caution prenant en compte tous ses actifs y compris les biens judiciairement déclarés insaisissables par le créancier. En effet, l'insolvabilité est la situation dans laquelle le débiteur est dans « l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes exigibles et à échoir »⁴²⁶. On parle d'insolvabilité lorsque la valeur des éléments de l'actif d'un patrimoine est supérieure à celle des éléments de passif dont il répond. Ainsi, l'insolvabilité ne peut s'apprécier qu'en tenant compte de l'intégralité du patrimoine d'une personne. Par suite, les biens mis à l'abri des poursuites du créancier ne doivent pas être mis entre parenthèses lors du calcul de la proportionnalité, dès lors que la règle de proportionnalité a pour objectif de mettre la caution à l'abri de l'insolvabilité. Toute protection non justifiée par la protection des cautions contre l'insolvabilité est inutilement attentatoire aux droits des créanciers et doit dès lors être évitée⁴²⁷.

210. Prise en compte généralisée des biens insaisissables. Quelle que soit la source de l'impossibilité pour le créancier de saisir certains biens ou les revenus de la caution, il semble que la proportionnalité du cautionnement doit être appréciée en tenant compte de leur existence⁴²⁸. Ce choix de la prise en compte de l'ensemble des actifs composant le patrimoine de la caution lors de l'évaluation de la proportionnalité de son engagement est cohérent avec la logique collective du traitement du surendettement. En effet, les cas d'impossibilité pour le créancier de saisir certains biens de la caution ne concernent que la situation personnelle du créancier. À l'opposé, l'insolvabilité de la caution concerne sa situation globale. L'insolvabilité est caractérisée au regard de l'ensemble de ses éléments d'actif et de passif. La règle de proportionnalité du cautionnement a vocation à éviter l'insolvabilité des cautions, de sorte qu'il

⁴²⁶ L'insolvabilité se rapproche du surendettement dont la définition est prévue à l'article L. 711-1 du Code de la consommation. Ces deux notions se distinguent par le fait que l'évaluation de l'insolvabilité implique de prendre en considération toutes les dettes et non seulement les dettes non professionnelles.

⁴²⁷ L'évolution des règles applicables au cautionnement enseigne qu'il est nécessaire de trouver un équilibre entre la protection des cautions et les intérêts des créanciers. En ce sens, « les mouvements qui agitent le droit du cautionnement s'expliquent par une contradiction entre les nécessités du crédit et la protection de la caution contre la rigueur de son engagement. Adoucir le sort des cautions, c'est ruiner le crédit, et provoquer l'apparition de garanties personnelles plus rigoureuses encore » : L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 39, n° 102 et s. sur l'histoire cyclique du droit du cautionnement.

⁴²⁸ Le caractère partiellement insaisissable des biens de la caution peut encore résulter de l'engagement d'OSEO : Cass. com. 17 oct. 2018, n° 17-21857, publié ; *JCP éd. E* n° 47, nov. 2018, 1597, note D. Legeais. Déjà en ce sens Cass. com. 18 janvier 2017, n° 15-12273, publié ; *BJS* 1^{er} mai 2017, p. 208, note. F. Macorig-Venier ; *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, p. 32, note C. Berlaud ; *Gaz. Pal.* 13 juin 2017, p. 70, note M. Bourassin ; *RTD. com.* 2017, p. 625, note A. Lecourt ; *Rev. sociétés* 2017, p. 282, note J.-J. Ansault ; *RD banc. et fin.*, mars 2017, comm. 70, note D. Legeais ; *Dr. et patr. mai* 2017, p. 86 et s. spéc. p. 89, obs. A. Aynès. La garantie Oséo/Bpifrance qui interdit seulement la saisie de la résidence principale de la caution ne modifie pas la consistance du patrimoine de la caution pouvant être prise en compte.

apparaît logique que la proportionnalité soit appréciée, tout comme l'est l'insolvabilité, au regard de l'ensemble des éléments d'actifs et de passifs composant le patrimoine de la caution. Il n'apparaîtrait pas cohérent d'apprécier la proportionnalité en considération des seuls éléments d'actifs pouvant être saisis par le créancier. Cette appréciation propre au créancier ne correspondant pas à la logique collective dominant la recherche d'une situation d'insolvabilité. Ainsi, de manière générale, l'engagement devra être proportionné aux facultés de paiement de la caution appréciées en considération de l'intégralité de son patrimoine et non en considération de ses seuls biens saisissables par le créancier.

211. Précision des modalités d'appréciation de la proportionnalité. Nos propositions relatives à la conciliation des différentes règles de protections des cautions ont pour but de clarifier les modalités d'appréciation de la proportionnalité. Ces propositions doivent être complétées par une étude de la date à laquelle doit être appréciée la disproportion.

§ 2 : La date d'appréciation de la proportionnalité

212. Question de l'appréciation de la proportionnalité au jour de l'appel. Pour déterminer la date d'appréciation de la proportionnalité il convient de rappeler que le régime de la règle doit être cohérent avec la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité. Cet objectif pourrait nous conduire à souhaiter que la proportionnalité soit appréciée au jour de l'appel de la caution. C'est à cette date qu'il convient de déterminer si l'exécution de son obligation la placerait en situation d'insolvabilité. C'est également en considération de la disproportion existante à cette date que devra être déterminée l'importance de la réduction. Toutefois, l'appréciation de la proportionnalité au jour de l'appel de la caution impliquerait de sanctionner la disproportion qu'elle soit apparue au cours de l'existence du cautionnement ou qu'elle ait existé dès sa souscription. Une telle proposition semble trop attentatoire à la force obligatoire du contrat. Dans une telle hypothèse, le créancier pourrait voir prononcée la réduction de son cautionnement alors même qu'il n'aura pas pu anticiper cette sanction puisque le cautionnement ne faisait apparaître aucune disproportion au jour de sa conclusion. Pour éviter cette rupture entre la protection des intérêts du créancier et de la caution, il est possible de conserver la date d'appréciation de la proportionnalité actuellement retenue.

213. Maintien de l'appréciation de la proportionnalité au jour de la souscription. La règle prévue à l'article L. 332-1 du Code de la consommation prévoit que la proportionnalité est appréciée au jour de la souscription du cautionnement. Cet article instaure néanmoins un

mécanisme de retour à meilleure fortune, lequel fait obstacle au prononcé de la sanction lorsque la caution est finalement en mesure d'honorer son engagement sans se trouver en situation d'insolvabilité⁴²⁹. Cette date d'appréciation de la proportionnalité doit-elle être maintenue ? Une réponse positive peut être apportée à cette question. En effet, l'exigence d'une disproportion au jour de la souscription du cautionnement permet de préserver les intérêts des créanciers et le mécanisme du retour à meilleure fortune permet de limiter la protection aux cautions qui sont réellement menacées d'insolvabilité. Cet équilibre des intérêts nous conduit à encourager le maintien de la date d'appréciation actuelle de la proportionnalité.

214. Question de la disproportion apparue en cours de cautionnement. Il a été précisé que la disproportion ne semble pas devoir être sanctionnée lorsqu'elle est apparue postérieurement à la souscription du cautionnement. Une telle sanction serait trop attentatoire aux droits des créanciers. Toutefois, la finalité de la règle conduit à envisager un tel contrôle dès lors que la situation décrite fait apparaître un risque d'insolvabilité des cautions. Un tel contrôle de proportionnalité ne pourrait être exercé simplement en étendant la règle existante aux situations dans lesquelles la disproportion est apparue en cours de cautionnement. Une telle extension serait évidemment trop attentatoire à la force obligatoire du contrat. Il est nécessaire de prévoir un mécanisme spécial de maintien de la proportionnalité du cautionnement. Un tel mécanisme se rapprochera du mécanisme de l'imprévision récemment consacré en droit français. Il sera alors nécessaire de distinguer notre proposition de l'imprévision afin de justifier la création d'un nouveau mécanisme. Pour la même raison il sera également nécessaire de distinguer le mécanisme proposé de la règle prévoyant le remplacement de la caution lorsque cette dernière est devenue insolvable. Ainsi pourra être justifiée la création d'un mécanisme autonome (I). Le mécanisme proposé est original de sorte que son régime devra être précisé (II).

I. La création d'un mécanisme autonome de maintien de la proportionnalité

215. Présentation et identification du mécanisme. L'instauration d'un mécanisme de maintien de la proportionnalité constitue une innovation. Il convient dès lors de présenter ce mécanisme et d'en justifier l'instauration. Il apparaît notamment nécessaire pour justifier la création d'un mécanisme nouveau, de vérifier qu'un tel mécanisme ne pourrait être rattaché à aucun outil juridique existant. Précisément, il sera vérifié que notre proposition ne peut être rattachée ni à l'outil de l'imprévision, ni à la règle imposant le remplacement de la caution lorsque celle-ci

⁴²⁹ Sur le mécanisme du retour à meilleure fortune en matière de cautionnement : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 201, p. 840, n° 1209.

est devenue insolvable. Les grandes lignes du mécanisme de la proportionnalité seront présentées (A) avant que son autonomie soit établie (B).

A. La présentation du mécanisme

216. Lacune dans la protection des cautions. La limitation de la protection des cautions contre l'insolvabilité aux cas où l'engagement de la caution était disproportionné dès sa souscription fait apparaître une lacune importante dans la protection des cautions contre l'insolvabilité. Les solutions retenues en droit positif ne protègent pas les cautions qui s'étaient engagées pour un montant initialement en rapport avec leurs facultés financières, dont la situation s'est dégradée au point que leur cautionnement est devenu disproportionné à leurs facultés au jour où elles sont appelées⁴³⁰. Cette lacune se retrouve à l'identique dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés qui n'envisage la protection des cautions par la règle de proportionnalité que lorsque le cautionnement était disproportionné dès sa souscription⁴³¹.

217. Probable évolution de la situation financière des cautions. Il se trouve que les cautions s'engagent généralement pour de longues périodes. C'est pourquoi il est nécessaire de s'intéresser à l'impact de l'évolution de leur situation au cours du contrat de cautionnement. Ces débiteurs de secours pourront se trouver dans l'incapacité d'honorer leur cautionnement en raison de changements affectant leur situation financière ou patrimoniale. La personne salariée percevant des revenus fixes se portant caution pour une durée de plusieurs années pourrait se trouver en situation d'insolvabilité si, ayant perdu son emploi au cours de l'existence du cautionnement, elle était appelée à honorer son engagement. La perte de son emploi par la caution constitue un exemple éloquent, dès lors que cet évènement conduit de nombreux français au surendettement. En effet, les études relatives à la typologie du surendettement

⁴³⁰ Cette lacune avait déjà été identifiée à la suite de l'entrée en vigueur de l'art. L. 313-10 C. consom. : Ph. Delebecque, « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, chron. p. 255 ; A. Piedelièvre, « Les modifications apportées à certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989 », *Gaz. Pal.* 1990, doct. p. 157. Selon deux auteurs, le législateur de 2003 a peut-être refusé de remédier à la lacune de protection de la caution dont l'engagement devient disproportionné en considération de l'existence de deux autres mécanismes permettant d'assurer une protection de ces cautions : la sauvegarde d'un minimum de ressources prévue à l'art. 2024 C. civ., ainsi que la possibilité élargie de se prévaloir des règles relatives au surendettement des particuliers résultant de l'art. L. 711-1 al. 3 c. consom. Les auteurs proposent également une autre explication : le législateur n'aurait pas comblé la lacune de protection identifiée en raison de « la nature profonde » de la règle de proportionnalité qui serait une règle de sanction du créancier plus qu'une règle de protection des cautions. O. Cuperlier et A. Gorny, « L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (Réflexions et statistiques) », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 45, 5 novembre 2004, 1540.

⁴³¹ Art. 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ».

publiées par la Banque de France révèlent chaque année que les personnes surendettées sont celles qui ont les revenus les plus modestes. Ainsi, par exemple, en 2016, plus de la moitié des personnes surendettées étaient sans emploi⁴³². Si ces chiffres démontrent que les personnes perdant leur emploi courent un risque réel de surendettement, d'autres « incidents de la vie » perturbent également l'équilibre des patrimoines. La règle ici proposée devrait dès lors être applicable quelle que soit l'origine de la dégradation de la situation financière ou patrimoniale de la caution.

218. Situation d'insolvabilité traitée de manière curative. Ces cautions peuvent se tourner vers les commissions de surendettement, afin que soit organisé le traitement de leur insolvabilité⁴³³. Si le montant du cautionnement est devenu disproportionné à leurs facultés de remboursement, le patrimoine de ces cautions est déséquilibré, leur passif excédant leur actif. Il n'en demeure pas moins que l'application du principe de proportionnalité permettrait d'éviter que l'insolvabilité potentielle de la caution se concrétise. L'insuffisance du principe de proportionnalité du cautionnement existant à l'heure actuelle est mise en évidence. Ce principe ne permet pas de prémunir les cautions contre l'insolvabilité si la disproportion résulte de la détérioration de leur situation financière ultérieure à la souscription de leur cautionnement. Dès lors, il est intéressant de prévoir une règle qui permettrait aux cautions d'échapper à l'insolvabilité qui surviendrait si elles étaient appelées à honorer leurs engagements, malgré la diminution de leurs capacités financières. L'objectif de protection des cautions invite à contrer l'insolvabilité quelle que soit la date d'apparition de la disproportion du cautionnement.

219. Recherche nécessaire d'un équilibre. La réduction du cautionnement devenu disproportionné paraît néanmoins trop attentatoire à la force obligatoire des conventions. En elle-même, la règle de proportionnalité constitue une exception au principe de la force obligatoire des conventions⁴³⁴. Cette règle doit donc être admise de manière restrictive. Il serait discutable

⁴³² 28,7 % des surendettés sont au chômage ; 12,4 % n'ont pas de profession et 10,1 % se trouvent sans activité en raison notamment d'invalidités, de congés maladie de longue durée, ou encore de congés parentaux. Banque de France, « Enquête typologique 2016 sur le surendettement des ménages », communiqué de presse du 28 février 2017.

⁴³³ Le cautionnement d'une dette de nature professionnelle étant pris en compte au sein du passif de la caution lorsque sont évalués son actif et son passif afin de déterminer si elle se trouve en situation de surendettement. Cette règle est prévue à l'art. L. 711-1 al. 3 c. consom : « l'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ».

⁴³⁴ Sur la force obligatoire des contrats : H. Juillet-Regis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015 ; B. Guiderdoni, *Le forçage du contrat par le juge*, thèse Caen, 2002 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg, 1997 ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de

d'étendre la règle de proportionnalité au cas de la disproportion apparue en cours de cautionnement sans en aménager le régime. En outre, la réduction du cautionnement constituerait un sacrifice du créancier titulaire d'un cautionnement au bénéfice des autres créanciers de la caution. Ce sacrifice du créancier titulaire du cautionnement ne serait évidemment pas total puisque le créancier pourrait poursuivre la caution à hauteur du montant du cautionnement réduit. Toutefois, il semble que, bien que le cautionnement soit un acte dangereux, le sacrifice du créancier dont le cautionnement est devenu disproportionné en raison de la détérioration de la situation financière de la caution ne se justifie pas pleinement. C'est pourquoi il semble qu'il faille rechercher un équilibre entre les intérêts des cautions et des créanciers. Ainsi, l'instauration d'un mécanisme conduisant à la substitution d'une sûreté nouvelle au cautionnement devenu disproportionné aux facultés de paiement de la caution est proposée pour concilier les intérêts du créancier et de la caution⁴³⁵.

220. Négociation en vue d'une substitution de sûreté. La règle du maintien de la proportionnalité du cautionnement consisterait, lorsque la situation financière de la caution se détériore, à inviter le débiteur et le créancier à renégocier. Le but de ces négociations étant de proposer au créancier soit une sûreté de valeur équivalente au cautionnement en échange de la libération de la caution, soit une sûreté de valeur moins importante que le cautionnement en échange de la libération partielle de la caution. Grâce à ce système, la décharge de la caution serait le résultat d'un réaménagement de leur convention par les parties elles-mêmes⁴³⁶. À l'issue des négociations, la caution serait totalement ou partiellement libérée et en échange le débiteur offrirait au créancier une nouvelle sûreté. Un tel réaménagement du contrat par les parties elles-mêmes n'est évidemment pas attentatoire à la force obligatoire des conventions. L'intervention du juge sera néanmoins nécessaire en cas d'échec des négociations.

l'article 1134 du Code civil » *D.* 2002, p. 901 ; R. Cabrillac, « Force obligatoire », *in* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 596 et s.

⁴³⁵ La substitution de garantie peut être imposée judiciairement en matière de procédures collective soit pendant la période d'observation : L. 622-8 c. com. al. 3 : « le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. Le recours contre cette ordonnance est porté devant la cour d'appel », soit en exécution du plan de sauvegarde ou de redressement : L. 626-22 al. 3 : « si un bien est grevé d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une autre garantie peut lui être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents. En l'absence d'accord, le tribunal peut ordonner cette substitution ».

⁴³⁶ Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, il est expressément prévu que les parties peuvent s'accorder pour modifier leur contrat à l'art 1193 c. civ. : « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

221. Protection de la caution et efficacité du cautionnement. Une telle substitution de sûreté permettrait évidemment de protéger la caution contre le risque d'insolvabilité, elle contribuerait également à restaurer l'efficacité de la sûreté bénéficiant au créancier. En effet, le cautionnement n'est pas une sûreté efficace lorsque la caution n'est plus en mesure d'honorer son engagement. Les intérêts de la caution et du créancier convergeront donc. Tous deux ont intérêt à ce que le cautionnement soit remplacé. Il est dès lors probable qu'ils souhaitent qu'une nouvelle sûreté remplace le cautionnement initial. Toutefois, il appartiendra au débiteur principal et non à la caution de proposer une nouvelle sûreté au créancier. Par suite, si les intérêts du débiteur principal et de la caution divergent, il est possible que ce débiteur ne se montre pas suffisamment généreux avec le créancier et que les négociations n'aboutissent pas. Pour éviter ce blocage, il convient d'inciter le débiteur et le créancier à trouver un accord. Pour ce faire, il sera proposé de permettre au juge de procéder lui-même à la substitution de sûreté en cas d'échec des négociations des parties. Il est vrai que l'intervention du juge pour modifier la convention des parties est attentatoire à la force obligatoire des conventions⁴³⁷. Cette exception au principe nous semble nécessaire pour que la protection des cautions contre l'insolvabilité soit effective. Si le mécanisme envisagé peut sembler intéressant, il ne pourra être consacré de manière autonome qu'après avoir été distingué d'autres mécanismes existants.

B. L'autonomie du mécanisme du maintien de la proportionnalité

222. Proposition d'un mécanisme nouveau. Le mécanisme proposé doit être distingué d'une part du mécanisme de l'imprévision dont il pourrait être instinctivement rapproché (1) et, d'autre part, de la règle prévoyant la substitution d'un cautionnement efficace à un cautionnement dont la caution est insolvable qui peut parfois aboutir au même résultat concret (2).

1. L'autonomie du maintien de la proportionnalité par rapport à l'imprévision

223. Ressemblance avec l'imprévision. Des similitudes existent entre le mécanisme du maintien de la proportionnalité et celui de l'imprévision⁴³⁸. Ces similitudes obligent à mener une

⁴³⁷ La force obligatoire des conventions ne s'applique pas uniquement aux parties mais également aux magistrats.

⁴³⁸ Sur le mécanisme de l'imprévision : T. Genicon, « Imprévision », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 656 et s., n° 154 ; G. Chantepie et M. Latine, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 468 et s., n° 522 et s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd. 2019, p. 114 et s., n° 125-50 et s. ; R. Boffa, « La révision et la résiliation pour imprévision », Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016, *Loyers et Copropriété* n° 10, Octobre 2016, dossier 12 ; H. Barbier, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », *RTD civ.* 2017, p. 387 ; M. Mekki, « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP éd. N*, n° 3, 20 janvier 2017, act. 155 ; Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la

réflexion relative à la possibilité de faire du mécanisme proposé une espèce appartenant au genre de l'imprévision. La création d'un mécanisme nouveau répondant à un régime propre devant être une solution subsidiaire, il convient de s'assurer au préalable que le mécanisme envisagé ne peut être rattaché à une catégorie existante. C'est pourquoi il sera vérifié que le maintien de la proportionnalité du cautionnement ne peut être soumis au régime existant de l'imprévision.

224. Recours communs aux négociations. Rejetée par le droit civil français pendant 140 ans, l'imprévision a été consacrée par le législateur de 2016⁴³⁹. Le mécanisme de l'imprévision prévu à l'article 1195 du Code civil, tout comme l'outil de maintien de la proportionnalité proposé, a pour objet l'adaptation du contrat lorsque les circonstances dans lesquelles il a été conclu ont évolué. La méthode retenue est similaire. La volonté du législateur d'inciter les parties à renégocier leur contrat est palpable en matière d'imprévision, tout comme elle est essentielle dans le cadre du mécanisme proposé. Le recours au juge est subsidiaire en matière d'imprévision⁴⁴⁰. Apparaît dès lors une philosophie commune de l'imprévision et du mécanisme du maintien de la proportionnalité. Cette philosophie commune est accompagnée d'une stratégie législative semblable. En effet, en matière d'imprévision, l'une des parties, celle qui subit l'évolution imprévisible des circonstances sera disposée à renégocier les termes du contrat, alors que son cocontractant pourra *a priori* se montrer réticent. Pour amener ce contractant réticent à accepter la renégociation, le législateur a choisi de faire peser sur lui la menace d'une immixtion du juge dans le contrat⁴⁴¹. Ce mécanisme constitue une source d'inspiration pour proposer également une procédure permettant d'inciter les parties à trouver un accord relatif à la substitution d'une nouvelle sûreté au cautionnement devenu disproportionné.

réforme des effets du contrat », *RDC* avr. 2016, p. 30 ; Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* juin 2016, n° 2, p. 373.

⁴³⁹ Mécanisme introduit à l'art. 1195 c. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

⁴⁴⁰ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2^e éd. 2019/2020, p. 119, n° 125-71.

⁴⁴¹ Art 1195 c. civ. prévoit en dernier recours que « le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

225. **Existence de différences.** Malgré ces similitudes de situation et de méthode, le maintien de la proportionnalité ne peut constituer un cas d'imprévision. Les différences sont trop importantes pour que le maintien de la proportionnalité soit intégré aux hypothèses d'imprévision sans déformer cette notion récemment consacrée. Il sera nécessaire d'organiser un régime spécial du maintien de la proportionnalité, non seulement car ce mécanisme « n'entre pas dans le moule » de l'imprévision, mais également parce que le régime de l'imprévision est inadapté aux objectifs du maintien de la proportionnalité.

226. **Évolution des circonstances en matière d'imprévision.** L'évolution d'une situation est à l'origine de la mise en œuvre du mécanisme de l'imprévision, comme de celui du maintien de la proportionnalité. Toutefois, ces évolutions ont des objets différents. L'évolution entraînant la mise en jeu de l'imprévision est celle des « circonstances ». Ce terme employé par l'article 1195 du Code civil implique une idée d'extranéité⁴⁴². L'évolution des circonstances est subie par l'une des parties : elle ne relève pas de son fait. Non seulement les parties ne doivent avoir aucune emprise sur cette évolution, mais cette évolution doit également leur être extérieure. La notion d'extranéité peut être étudiée à travers le contentieux relatif à la force majeure puisque l'extranéité de l'événement est, en théorie, l'une des conditions de son application⁴⁴³. Dans le cadre de ce contentieux, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que la maladie de l'une des parties ne présente pas de caractère extérieur⁴⁴⁴. Un auteur recense parmi les événements qui ne devraient pas permettre d'invoquer l'imprévision car ils ne présentent pas de caractère d'extranéité : la perte d'un associé majoritaire ou encore les difficultés financières rencontrées

⁴⁴² Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avril 2016, p. 30 ; J. Heinich, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.* juin 2017, p. 66 : « il faudra sans doute écarter les cas dans lesquels le débiteur est lui-même à l'origine de l'événement perturbateur. Même si l'article ne le précise pas explicitement, cette exigence qui s'applique en matière de force majeure devrait aussi s'appliquer en matière d'imprévision ».

⁴⁴³ Pour un rapprochement entre l'imprévision et la force majeure concernant la condition d'extranéité : Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, avr. 2016, p. 30 : « le mot [circonstances] pourrait, cette fois, avoir une portée sensible. Étymologiquement, les circonstances désignent un ensemble de faits extérieurs à la personne qu'ils affectent. Par suite, le terme paraît justifier des exclusions analogues à celles qu'emportait la défunte condition d'extériorité en matière de force majeure ». Sur la force majeure : R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2018, p. 160 et s., n° 155 et s.

⁴⁴⁴ La Cour de cassation a néanmoins accepté de qualifier la maladie du débiteur d'évènement de force majeure, mais en précisant que « la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à [la débitrice] » : Cass. 1^{er} civ., 10 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 53 ; *JCP éd. G*, n° 30, 22 juillet 1998, II 10124, note G. Paisant ; *Défrenois*, 1998, art. 36860, note D. Mazeaud ; *CCC* 1998, comm. n° 70, note L. Leveneur.

par l'entreprise contractante⁴⁴⁵. À l'inverse, la mise en jeu du maintien de la proportionnalité résulte de l'évolution de la situation de la caution.

227. Évolution de la situation financière de la caution. Une particularité résulte néanmoins de la relation à trois qu'entretiennent la caution, le débiteur et le créancier. Bien que l'évolution de la situation de la caution soit à l'origine de la mise en jeu du mécanisme, ce sont le créancier et le débiteur principal qui seront appelés à renégocier. Il pourrait dès lors être soutenu que l'évolution de la situation de la caution est une circonstance extérieure à la relation liant le débiteur et le créancier. Toutefois, la caution devra selon nous être autorisée à déclencher le mécanisme du maintien de la proportionnalité⁴⁴⁶. Elle le fera alors en se fondant sur l'évolution de sa situation personnelle, de sorte que l'évolution ne présentera pas de caractère extérieur à la situation des trois protagonistes impliqués dans l'opération du cautionnement. Les hypothèses ne permettant pas d'invoquer l'imprévision sont justement celles qui seront retenues en matière de maintien de la proportionnalité. La maladie de la caution, la perte de son emploi, le décès de l'un de ses proches, son divorce sont des changements dans la situation de la caution qui pourraient affecter sa situation financière et créer une disproportion entre son engagement et ses facultés de paiement affaiblies. Ces évolutions sont directement attachées à la personne de la caution, de sorte qu'elles ne pourraient permettre à la caution d'emprunter la voie de l'imprévision.

226. Objets différents de l'évolution entraînant la mise en œuvre des mécanismes. L'évolution d'une situation, élément déclencheur des mécanismes étudiés, s'avère différente en matière d'imprévision et en matière de maintien de la proportionnalité. L'évolution porte sur un élément extérieur aux parties en matière d'imprévision, alors qu'elle porte précisément sur la situation de la caution en matière de maintien de la proportionnalité du cautionnement. Cette seule démonstration suffirait à exclure le maintien de la proportionnalité des hypothèses d'imprévision. Cette exclusion est confirmée par un autre élément révélateur : le recours au mécanisme du maintien de la proportionnalité n'implique pas que l'évolution de la situation de

⁴⁴⁵ J. Heinich, « L'article 1195 du Code civil », *RLDC*, n° 1883, juin 2019 : « l'expression "changement de circonstances" semble impliquer une certaine idée d'extériorité. Un changement dans la situation personnelle du débiteur, comme la sortie d'un associé prépondérant ou la survenance de difficultés financières, ne devrait pas être pris en compte ». Un autre auteur anticipe l'exclusion de certains événements qui ne devraient pas pouvoir entraîner la révision du contrat pour imprévision en raison de leur absence de caractère extérieur : « Par exemple, la maladie du débiteur ne caractériserait pas un changement de circonstances. Il en irait pareillement du départ d'un homme clé de l'entreprise, d'une panne dans la chaîne de fabrication ou sans doute d'une grève » : Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁴⁶ v. n° 246.

la caution ait été imprévisible. La condition de l'imprévisibilité est, de toute évidence, au cœur du mécanisme de l'imprévision⁴⁴⁷. À l'inverse, l'imprévisibilité de la dégradation de la situation financière de la caution ne doit pas, selon nous, être une condition de la mise en œuvre du maintien de la proportionnalité du cautionnement⁴⁴⁸. Cette distinction entre la règle proposée et le mécanisme de l'imprévision est renforcée par des différences relatives à leurs finalités.

228. Finalité du mécanisme de l'imprévision. L'imprévision a pour objectif de rééquilibrer les contrats⁴⁴⁹. Le mécanisme est utilisé lorsque l'équilibre des prestations résultant de la volonté des parties a été perturbé par l'évolution imprévisible des circonstances. L'article 1195 du Code civil précise que le changement des circonstances permet la mise en œuvre du mécanisme de l'imprévision s'il « rend l'exécution [de ses obligations] excessivement onéreuse pour une partie ». C'est donc dans le but de retrouver l'équilibre subjectif rompu entre les prestations des parties, que sera mis en œuvre ce mécanisme⁴⁵⁰. Le mécanisme du maintien de la proportionnalité du cautionnement ne peut répondre à une telle finalité. Le cautionnement étant un contrat unilatéral, il est impossible de chercher à restaurer l'équilibre des prestations réciproques des parties. Les contrats de cautionnement, comme tous les contrats unilatéraux, sont par nature exclus du domaine d'application du mécanisme de l'imprévision dès lorsqu'il n'existe pas de prestations réciproques des parties⁴⁵¹. La finalité du mécanisme est incompatible avec ce type de contrats. Le mécanisme du maintien de la proportionnalité vise un objectif différent, qui consiste à restaurer la proportionnalité de l'engagement de la caution par rapport à ses facultés de paiement. Ce mécanisme renforcera le dispositif existant visant à éviter que l'insolvabilité résulte de la mise en œuvre d'un contrat de cautionnement. En somme, les mécanismes présentés répondent non seulement à des conditions différentes mais visent

⁴⁴⁷ Sur l'appréciation de l'imprévisibilité : M. Mekki, « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP éd. N*, n° 3, 20 Janvier 2017, act. 155.

⁴⁴⁸ v. n° 227.

⁴⁴⁹ En effet, selon les termes de l'art. 1195 c. civ., le mécanisme de l'imprévision trouvera à s'appliquer « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie », c'est donc parce que l'exécution de la convention est devenue excessivement onéreuse pour une partie et, donc, que l'équilibre des prestations réciproques initialement envisagé par les parties a été bouleversé, que le mécanisme de l'imprévision permet d'adapter le contrat.

⁴⁵⁰ Il ne s'agira pas d'établir un équilibre objectif déterminé judiciairement. En ce sens : Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* juin 2016, n° 2, p. 373 : « La finalité de la révision sera de remettre les parties dans la situation d'équilibre qu'elles avaient initialement instaurée, conformément au principe de la "commutativité subjective", selon lequel l'équilibre contractuel est celui qu'ont déterminé les parties et non celui qu'une instance de contrôle considère comme constituant le juste équilibre dans une situation contractuelle donnée : inscrit à l'article 1104 du Code civil de 1804, ce principe demeure entier après la réforme générale de 2016, accueilli à l'article 1108 nouveau ».

⁴⁵¹ Sur le caractère unilatéral du cautionnement : M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, 2011, bibl. dr. privé, t. 528. Caractère confirmé par la Cour de cassation : Cass. com. 8 avril 2015, Bull. civ. IV, n° 63, *supra*.

également des finalités différentes. Ainsi, le maintien de la proportionnalité ne pourra être soumis au régime de l'imprévision. S'ajoutent à ces différences fondamentales, des différences subsidiaires relatives aux modalités d'application de ces deux mécanismes.

229. Question de la différence relative à l'ouverture de l'initiative de l'action. Une différence semble exister quant à l'initiative de l'action. Il est souhaitable que la caution, le créancier et le débiteur puissent être à l'origine de la mise en jeu du mécanisme du maintien de la proportionnalité. En revanche, en matière d'imprévision, seule la partie subissant l'évolution des circonstances peut initier la mise en jeu du mécanisme de l'imprévision. L'article 1195 du Code civil précise que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, *celle-ci* peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ».

230. Initiative du recours à l'imprévision restreinte en apparence. Pourtant, en pratique, les deux parties peuvent prendre l'initiative de nouvelles négociations. En effet, qu'il y ait ou non imprévision, les contractants sont toujours libres de proposer à leurs partenaires une renégociation des termes de leur convention⁴⁵². La suite de la procédure d'imprévision n'est pas réservée à la partie subissant l'évolution des circonstances. Si les négociations n'aboutissent pas, les parties pourront soit convenir ensemble de la résolution du contrat, soit saisir ensemble le juge pour qu'il procède à l'adaptation du contrat. Enfin, en l'absence d'accord des parties, le texte précise que « l'une d'entre elles » pourra saisir le juge pour qu'il révisé le contrat ou y mette fin. La réserve de l'initiative de l'action à la partie subissant l'évolution des circonstances n'est donc qu'apparente en matière d'imprévision. Le texte ne peut évidemment pas faire obstacle à l'initiative de l'autre partie qui souhaiterait entamer des négociations avec son cocontractant. Toutefois, en pratique il sera rare que la partie à qui profite l'évolution des circonstances soit à l'origine de la demande de renégociation des termes de la convention⁴⁵³. En toute hypothèse, l'initiative des négociations est réservée aux parties. À l'inverse, en matière de maintien de la proportionnalité du cautionnement, la caution pourra être à l'initiative de l'engagement des négociations, alors que seuls le créancier et le débiteur seront finalement

⁴⁵² Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, il est expressément prévu que les parties peuvent s'accorder pour modifier leur contrat à l'art 1193 c. civ. : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁴⁵³ C'est certainement cette réalité pratique qui a conduit le législateur à préciser que « [la partie subissant l'évolution des circonstances] peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant » : art. 1195 c. civ.

tenus d'y participer. Une différence de régime existera quant à l'initiative de l'action. Pour finir, une différence résultera du caractère d'ordre public des règles de protection des cautions.

231. Différence relative à l'autorité des règles. L'imprévision est un mécanisme supplétif pouvant être exclu par les parties dans leurs conventions. Le texte précise en effet que les négociations peuvent être demandées par la partie subissant l'évolution des circonstances si elle « n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Bien que la portée de cette disposition soit sujette à discussion⁴⁵⁴, les auteurs s'accordent à dire qu'elle signifie *a minima* que les parties peuvent choisir de ne pas soumettre leur convention au mécanisme de l'imprévision. Le caractère supplétif des règles relatives à l'imprévision permet de « faire passer » plus en douceur l'instauration d'une règle permettant au juge de s'immiscer dans le contrat. À l'inverse, le mécanisme du maintien de la proportionnalité constitue une règle impérative. Les parties ne pourront pas « accepter le risque » d'une évolution de la situation financière de la caution en prévoyant que même dans une telle situation, il leur sera impossible de recourir à la procédure prévue. Toutes les règles protectrices de la caution sont d'ordre public⁴⁵⁵. L'objectif de protection qui anime ces règles impose qu'elles ne puissent être contournées par la volonté de l'une des parties. Ainsi, le mécanisme de maintien de la proportionnalité sera d'ordre public. Néanmoins, si personne ne prend l'initiative de demander l'ouverture de négociations, la substitution d'une nouvelle sûreté au cautionnement devenu disproportionné ne sera pas obligatoire.

232. Distinction incontestable de l'imprévision et du maintien de la proportionnalité. En définitive, en dépit d'une philosophie similaire, tant les éléments essentiels que les règles relatives aux régimes du maintien de la proportionnalité et de l'imprévision diffèrent. Le mécanisme proposé, définitivement différencié de l'imprévision, doit également être distingué d'une autre règle propre au contrat de cautionnement.

2. Un mécanisme distinct du remplacement de la caution devenue insolvable

233. Remplacement de la caution devenue insolvable. Si le maintien de la proportionnalité du cautionnement n'existe pas en droit positif, l'article 2297 du Code civil s'en rapproche en ce

⁴⁵⁴ v. notamment H. Barbier, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », *RTD civ.* 2017, p. 387.

⁴⁵⁵ Le caractère d'ordre public a été précisé pour le bénéfice de subrogation prévu à l'art. 2314 c. civ. qui précise que « toute clause contraire est réputée non écrite ». Bien que le caractère impératif des règles de protection prévues dans le Code de la consommation ne soit pas explicitement prévu, on ne conçoit pas que le respect des obligations d'informations, de la règle de proportionnalité ou encore l'apposition de la mention manuscrite obligatoire puisse être écarté par les parties.

qu'il permet que soit épargnée la caution devenue insolvable⁴⁵⁶. Il convient dès lors de distinguer le mécanisme proposé de cette règle qui impose que la caution devenue insolvable soit remplacée par une autre caution. Cet article semble potentiellement très intéressant pour les créanciers qui peuvent exiger le remplacement de leur cautionnement en cas d'insolvabilité de la caution engagée envers eux⁴⁵⁷. L'idée de remplacer le cautionnement devenu inefficace en raison de l'impossibilité pour la caution de faire face à son engagement est commune à la règle de l'article 2297 du Code civil et au mécanisme du maintien de la proportionnalité. Toutefois, d'importantes différences existent entre la règle existante et le mécanisme du maintien de la proportionnalité proposé.

234. Objectifs distincts. La différence majeure réside dans l'objectif poursuivi par ces mécanismes. Le texte existant vise à renforcer l'efficacité du cautionnement. La jurisprudence retient que ce texte ne peut être invoqué que par les créanciers⁴⁵⁸. Cette solution est conforme aux termes du texte qui imposent qu'une nouvelle caution soit donnée au créancier et mettent ainsi en évidence le fait que l'obligation de remplacer le cautionnement pèse sur le débiteur. En outre, l'article 2297 fait suite aux dispositions de l'article 2295, lesquelles ne peuvent être invoquées que par les créanciers. Ainsi la position de l'article dans le code conforte l'idée que ce texte a pour objectif de protéger les intérêts des seuls créanciers. À la différence du texte existant, le mécanisme proposé n'assurerait pas seulement la protection de l'efficacité du cautionnement bénéficiant aux créanciers, mais permettrait de faire converger les intérêts du créancier et de la caution en renforçant l'efficacité du cautionnement tout en mettant la caution à l'abri de l'insolvabilité. Le texte actuel ne permet pas de remplir ce second objectif car il trouve à s'appliquer lorsque la caution est devenue insolvable. Or, c'est cette insolvabilité devrait être évitée par le recours à la notion de proportionnalité de l'engagement de la caution par rapport à

⁴⁵⁶ Anc. art. 2020 c. civ. « Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution ».

⁴⁵⁷ Cet article est pourtant rarement invoqué. Cette rareté s'explique par les suites de la règle. En effet, bien que le texte ne définit pas les conséquences de l'inexécution du débiteur à qui il serait demandé de procéder au remplacement de la caution, il semble qu'une telle inexécution permette au créancier d'invoquer la déchéance du terme et de pratiquer une saisie sur les biens du débiteur. cf. Cass. 3^e civ., 4 janv. 1983, Bull. civ. III, n° 1, n° 81-14.571 ; *Gaz. Pal* 1983, p. 113, note S. Piedelièvre. Les juges affirment : « après avoir infructueusement sommé la société emprunteuse de fournir une autre caution solvable en application de l'article 2020 du code civil, a invoqué la déchéance du terme et effectué, au préjudice de la débitrice, une saisie-arrêt pour avoir paiement de sa créance ». Le litige portait sur l'applicabilité de l'article 2020 du Code civil, les juges confirment que l'article était applicable et condamnent le débiteur principal à payer la totalité de la dette et valident la saisie-arrêt pratiquée à son encontre. L'invocation de cet article n'est donc fructueuse que si le débiteur principal est solvable. Ainsi, malgré un potentiel intéressant l'article 2297 du Code civil est rarement invoqué par les créanciers.

⁴⁵⁸ Cass. 1^e civ., 7 juin 1988 : Bull. civ. I, n° 173, n° 86-18264, le texte ne protège que les intérêts du créancier, la caution ne peut l'invoquer pour se soustraire à son engagement.

ses biens et revenus, laquelle permet d'intervenir en amont. En effet, le cautionnement disproportionné aux facultés de paiement de la caution implique que son patrimoine soit déficitaire. La libération de la caution de son engagement permettra normalement un retour à l'équilibre du patrimoine de la caution. À l'inverse, libérer la caution « devenue insolvable » laisse penser que l'insolvabilité de la caution ne résulte pas de son engagement envers le créancier, de sorte que l'extinction du cautionnement ne permettra pas à la caution de sortir de son état d'insolvabilité. L'objectif de protection de la caution nécessite d'intervenir lorsque l'extinction du cautionnement est susceptible d'entraîner le retour à l'équilibre financier et patrimonial de la caution. Ainsi, le mécanisme proposé et la règle existante répondent à des objectifs différents, ce qui explique que soient retenus des critères de mise en œuvre différents.

235. Maintien des articles existants. Peut néanmoins être posée la question de l'opportunité du maintien des articles 2295 à 2297 du Code civil en cas d'adoption du mécanisme du maintien de la proportionnalité du cautionnement. La rédaction de ces textes, et en particulier celle de l'article 2296, témoigne de leur caractère obsolète⁴⁵⁹. Néanmoins, si la rédaction des textes ne correspond pas au style contemporain, la règle qu'ils instaurent reste pertinente⁴⁶⁰. La mise en œuvre de la règle existante est plus simple que ne l'est celle du maintien de la proportionnalité du cautionnement qui nécessite que soient engagées des négociations. En outre, le champ d'application du mécanisme de maintien de la proportionnalité du cautionnement est plus restreint. Enfin, ces textes répondent à des objectifs différents. L'ensemble de ces raisons conduit à penser que les règles posées aux articles 2295 à 2297 du Code civil devraient être maintenues.

236. Conciliation des textes. Le maintien de la règle existante pose alors la question du cumul de cette règle avec le mécanisme proposé. Un créancier pourra se trouver à la fois dans les conditions de l'article 2297 du Code civil et dans celles du maintien de la proportionnalité. Tel sera le cas lorsque la situation de la caution se sera dégradée, de sorte que son engagement sera

⁴⁵⁹ En effet l'art. 2296 c. civ. dispose que : « La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation ». Pourtant aujourd'hui de nombreux biens mobiliers ont une valeur importante de sorte que leur exclusion pour l'évaluation de la solvabilité des cautions n'apparaît pas justifiée. De même, les immeubles de la caution devraient tous être pris en considération, leur éloignement ne rend plus aujourd'hui leur saisie particulièrement difficile.

⁴⁶⁰ L'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 propose d'ailleurs un texte réformé : art. 2302 : « La caution que le débiteur est tenu de fournir en vertu d'une disposition légale ou d'une décision du juge doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre de l'obligation. Si cette caution devient insolvable, le débiteur doit en donner une autre, sous peine d'être déchu du terme ou de perdre l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement ».

devenu disproportionné et qu'elle sera devenue insolvable. Ce créancier pourra alors choisir entre l'obtention d'un nouveau cautionnement et, à défaut, la déchéance du terme envers le débiteur principal ou l'obtention d'une sûreté de substitution quelle que soit sa nature, obtenue par la voie des négociations avec le débiteur ou, à défaut, octroyée par le juge.

237. **Innovation nécessaire.** En somme, le mécanisme proposé ne pourra être rattaché aux règles existantes. Est ainsi mise en évidence la nécessité d'innover en instaurant ce mécanisme nouveau du maintien de la proportionnalité du cautionnement.

II. Le régime du mécanisme de maintien de la proportionnalité

238. **Présentation du mécanisme proposé.** Dès lors que l'utilité de l'instauration d'un mécanisme nouveau a été soutenue, il convient de préciser le régime du mécanisme envisagé. Il nous semble notamment nécessaire de préciser le champ d'application de la règle envisagée, ainsi que les personnes autorisées à agir pour le maintien de la proportionnalité du cautionnement. Seront donc précisées les modalités du mécanisme de maintien de la proportionnalité (A). Enfin il nous semble intéressant de préciser la procédure à suivre pour mettre en jeu le mécanisme proposé. Seront donc présentées dans un second temps les étapes successives de la mise en jeu du mécanisme (B).

A. Les modalités du mécanisme de maintien de la proportionnalité

239. **Exposé des modalités de mise en œuvre du mécanisme.** Dans un premier temps, sera étudiée la question de savoir qui est concerné par le mécanisme de proportionnalité au travers de l'étude d'une part des cautions autorisées à se prévaloir du mécanisme et d'autre part des personnes pouvant prendre l'initiative de la mise en œuvre de ce mécanisme (1). Dans un second temps, seront présentées les conditions d'application du mécanisme (2).

1. Le champ d'application et l'initiative du mécanisme

240. **Champ d'application identique à l'exigence de proportionnalité.** Il semble logique que le mécanisme présenté soit applicable à tous les cautionnements soumis à l'exigence de proportionnalité. Suivant notre proposition relative à la modification du champ d'application, seront concernés tous les cautionnements consentis par des personnes physiques de bonne foi, quelle que soit la qualité du créancier envers lequel elles sont engagées⁴⁶¹. L'exclusion de la

⁴⁶¹ Sur le champ d'application retenu : chapitre précédent : v. n° 35 et s.

protection des cautions de mauvaise foi permettra d'éviter que le mécanisme soit instrumentalisé par les cautions cherchant un moyen de se soustraire à leurs obligations⁴⁶². La jurisprudence refusera l'application du mécanisme notamment aux cautions ayant volontairement amoindri leurs facultés de remboursement dans le but de se voir déchargées de leur engagement.

241. Mécanisme contraignant pour le débiteur. Les cautions personnes morales seront-elles les seules à être privées de la possibilité d'invoquer le mécanisme de maintien de la proportionnalité ? Pour répondre à cette question il convient d'observer les rapports entre caution et débiteur principal. Contrairement à la règle de proportionnalité classique, le mécanisme proposé est potentiellement nuisible au débiteur principal car c'est à lui qu'il appartiendra de proposer au créancier une nouvelle sûreté remplaçant le cautionnement. La décharge de la caution n'est possible qu'en contrepartie d'un engagement du débiteur. Ce dernier doit proposer au créancier une sûreté qui remplacera le cautionnement. C'est donc le débiteur qui « subit » la règle. Ce constat invite à s'intéresser aux relations pouvant exister entre le débiteur et la caution.

242. Question de la protection des cautions rémunérées. Il peut sembler choquant que la caution puisse être libérée en proposant que le débiteur s'engage envers le créancier. Cette situation n'est en réalité pas gênante, dès lors qu'à l'origine la caution s'est engagée de façon unilatérale envers le créancier pour que le débiteur puisse obtenir un crédit. Ainsi, la caution qui a rendu un service au débiteur en lui permettant d'obtenir un crédit, pourra se retirer lorsque son engagement deviendra trop dangereux pour sa situation financière et à condition que le créancier donne son accord à la libération de la caution. Toutefois, se pose la question de l'opportunité d'offrir cette voie de sortie aux cautions rémunérées. Ces cautions n'ont pas rendu gratuitement service au débiteur. Doit-on leur permettre de revenir sur leur engagement alors même qu'elles ont perçu une rémunération en contrepartie de celui-ci ? Pour répondre à cette question il convient d'étudier le contexte très particulier dans lequel ce cautionnement intervient.

243. Exclusion des établissements de crédit. Le cautionnement rémunéré est un contrat de prêt par signature⁴⁶³. Dès lors, comme tout type de prêt, il relève d'une compétence exclusive des

⁴⁶² Sur la définition de la bonne foi pour les cautions se prévalant de la règle de proportionnalité v. n° 88 et s.

⁴⁶³ Le crédit peut prendre la forme d'un engagement par signature. Il s'agit alors de crédit indirect. Cette forme de crédit est prévue à l'article L. 313-1 c. mon. fin. al. 1 : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend,

établissements de crédit⁴⁶⁴. Cela signifie que les particuliers ne peuvent consentir de tels cautionnements que de manière occasionnelle. Il en résulte que, dans la majorité des cas, les cautionnements rémunérés seront consentis par les établissements de crédit. Le mécanisme du maintien de la proportionnalité du cautionnement ne pourra être invoqué par les établissements de crédit qui, en tant que personnes morales, sont exclues de la protection offerte par la règle de proportionnalité.

244. Question des particuliers rémunérés pour leur cautionnement. *Quid* des cautionnements rémunérés consentis par des particuliers ? Il est possible que, de manière exceptionnelle, des particuliers se portent cautions contre rémunération. Ces particuliers doivent-ils être protégés par le mécanisme du maintien de la proportionnalité ? Précisons que l’invocation du mécanisme du maintien de la proportionnalité permettrait à la caution d’être libérée tant de son obligation de couverture que de son obligation de règlement. La libération de la caution résultant de la mise en œuvre du mécanisme du maintien de la proportionnalité, si elle peut être partielle du point de vue du montant de son engagement, doit être totale s’agissant de l’étendue de ses obligations. Il en résulte qu’à la suite de la substitution d’une sûreté nouvelle au cautionnement devenu disproportionné, ce cautionnement disparaît. Doivent être étudiées les conséquences de l’anéantissement de l’obligation de la caution lorsque celle-ci s’était engagée unilatéralement envers le créancier en exécution d’un autre contrat conclu entre elle et le débiteur principal. Dans ces hypothèses, la libération de la caution entraîne la caducité du contrat conclu entre elle et le débiteur principal qui devient sans objet⁴⁶⁵. La caducité du contrat conclu entre la caution et le débiteur principal pourra donner lieu à la restitution des sommes versées par le débiteur à la caution⁴⁶⁶. Les conséquences de la disparition du cautionnement sur le contrat conclu entre le débiteur et la caution semblent justes. C’est pourquoi il semble que toutes les cautions personnes physiques de bonne foi doivent être autorisées à invoquer le maintien de la proportionnalité, sans que les cautions rémunérées ne soient privées de cette protection. Le

dans l’intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu’un aval, un cautionnement, ou une garantie ». Pour une description de cette forme de crédit : R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 13^e éd., 2019, p. 26 et s., n° 13.

⁴⁶⁴ Compétence exclusive des établissements de crédit en matière de prêt prévue à l’art. L. 511-5 c. mon. fin. : « Il est interdit à toute personne autre qu’un établissement de crédit ou une société de financement d’effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu’un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement ».

⁴⁶⁵ *Lexique des termes juridiques*, dir. S. Guinchard et T. Debard, Dalloz, 2017-2018, v° caducité : « état d’un acte juridique valable mais privé d’effet en raison de la survenance d’un fait postérieurement à sa création ».

⁴⁶⁶ Art. 1187 c. civ. « La caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ».

champ d'application du mécanisme ayant été précisé, il convient de s'intéresser aux personnes autorisées à initier sa mise en œuvre.

245. Initiative de l'action. Le crédit garanti par un cautionnement fait intervenir trois protagonistes.

Comme démontré ci-dessus, la substitution d'une sûreté au cautionnement devenu disproportionné bénéficiera non seulement à la caution, mais aussi au créancier⁴⁶⁷. Elle ne pourrait être gênante que pour le débiteur principal. Ainsi, il semble cohérent d'ouvrir l'initiative du recours à ce mécanisme à ces trois protagonistes.

246. Initiative de la caution. L'objectif premier de la règle proposée est la protection de la caution.

Néanmoins, les négociations ont ensuite lieu entre le créancier et le débiteur de sorte qu'il aurait été possible que ces derniers soient les seuls autorisés à initier la procédure. Il est à craindre toutefois que le débiteur ne prenne pas soin d'initier la procédure visant à protéger sa caution contre l'insolvabilité, par crainte de se voir privé du crédit dont il bénéficie. Le débiteur doutant de sa capacité à offrir au créancier une nouvelle sûreté qui l'intéresserait pourrait se garder d'avertir le créancier des difficultés financières rencontrées par sa caution. Rappelons toutefois que l'offre d'une sûreté d'une valeur inférieure à celle du cautionnement pourrait permettre une décharge partielle de la caution. Cette souplesse du mécanisme devrait être de nature à rassurer les débiteurs hésitants. Cependant, elle semble insuffisante pour rassurer les débiteurs qui pourront souhaiter conserver les sûretés qu'ils sont en mesure d'offrir pour obtenir d'autres crédits. C'est pourquoi nous proposons que la caution puisse elle-même initier la procédure du maintien de la proportionnalité. Concrètement, la caution pourra proposer au créancier et au débiteur principal d'entrer en négociation dans le but d'être totalement ou au moins partiellement libérée de son engagement. Il semblerait également opportun que les cautions créancières d'obligations d'informations annuelles⁴⁶⁸ se voient rappeler cette possibilité de mettre en œuvre le mécanisme du maintien de la proportionnalité en cas de déclin de leurs capacités de paiement⁴⁶⁹. Cette information semble indispensable puisque le mécanisme ne pourra permettre l'amélioration de la protection des cautions que s'il est connu d'elles.

⁴⁶⁷ v. n° 221.

⁴⁶⁸ Sur les obligations d'information dues aux cautions cf. J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 68 et s., n° 100 et s. ; Ph. Simler, « Cautionnement – Effets – Rapports entre créancier et cautions – Obligations d'information et responsabilité du créancier », *Juris-Classeur Civil*, fasc. 40, n° 14 et s.

⁴⁶⁹ Cette obligation devrait être ajoutée au texte prévoyant l'obligation annuelle d'information. À l'heure actuelle cette obligation est prévue par quatre textes : art. L. 313-22 c. mon. et fin. ; art. 2293, al. 2 c. civ ; art. L. 333-2. et L. 343-6 c. consom, anc. art. L. 341-6 ; L. 11 févr. 1994, art. 47, II. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 propose un texte unique : art. 2303 c. civ. « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le

247. Initiative du créancier. La substitution de sûreté envisagée ne portera pas atteinte aux intérêts du créancier, dès lors qu'une sûreté d'une valeur équivalente au cautionnement lui sera offerte⁴⁷⁰. Elle lui sera même bénéfique puisque le cautionnement n'est une sûreté efficace que dans la mesure où la caution est capable de payer le créancier. Ainsi, au jour où, en raison de la disproportion naissante entre les facultés de paiement de la caution actualisées et l'importance de son engagement, l'efficacité de cette sûreté deviendra douteuse, le créancier se verra proposer l'octroi d'une sûreté de remplacement. Puisque ce mécanisme est bénéfique tant à la caution qu'au créancier, il semble logique que l'un comme l'autre puisse prendre l'initiative de sa mise en œuvre. Ainsi, le créancier averti du changement dans la situation financière de sa caution pourra demander l'ouverture de négociations lui permettant d'obtenir une sûreté réellement efficace. Cette possibilité pour le créancier de prendre l'initiative de la mise en jeu du mécanisme pose la question de savoir si la caution doit être tenue d'informer le créancier quant à l'évolution de sa situation. Il ne semble pas qu'une telle obligation doive peser sur la caution. L'objectif principal du maintien de la proportionnalité étant de protéger la caution, il serait contreproductif de la sanctionner pour avoir omis de transmettre ladite information au créancier. Il appartiendra donc au créancier soucieux de l'efficacité de son cautionnement de se renseigner relativement à l'évolution des capacités de paiement de son débiteur de secours⁴⁷¹. L'ouverture de l'action au créancier met en évidence une différence importante entre l'esprit du mécanisme proposé et celui du principe de proportionnalité du cautionnement existant en droit positif. Le mécanisme proposé, profitant à la caution comme au créancier, ne pourra donner lieu à aucune sanction du créancier.

248. Initiative du débiteur. Il est possible que malgré la détérioration de la situation de la caution, le créancier et la caution ne cherchent pas à obtenir la substitution d'une nouvelle sûreté au cautionnement. Tel sera le cas notamment s'ils espèrent une amélioration de la situation

montant du principal de la dette et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. Si le cautionnement est à durée indéterminée, le créancier professionnel est, en outre, tenu de rappeler à la caution sa faculté de résiliation ».

⁴⁷⁰ L'art. L. 626-22 autorise la substitution judiciaire de garantie en matière de procédures collectives à condition que la garantie offerte « présente des avantages équivalents » à la sûreté initiale. Nous entendons également par « sûreté d'une valeur équivalente » une équivalence en termes d'avantages pour le créancier ou en termes d'efficacité de la sûreté.

⁴⁷¹ Comp. art. 2297 al. 1 c. civ. qui prévoit que « lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre », mais n'impose pas au débiteur d'avertir le créancier de l'insolvabilité de la caution. Le créancier qui souhaite se prévaloir de cette règle doit donc se renseigner sur l'évolution de la situation financière de la caution.

financière de la caution ou encore si le paiement de sa dette par le débiteur principal ne fait pas de doute. Dans ces hypothèses, le débiteur pourrait être à l'origine de la mise en œuvre du mécanisme. En effet, l'initiative des négociations doit également être ouverte au débiteur principal. Dans de nombreuses hypothèses, le débiteur aura une volonté de protéger la caution contre l'insolvabilité en raison des liens existant entre eux, qu'ils soient de nature affective ou professionnelle. Il est dès lors possible qu'en l'absence d'initiative de la caution, le débiteur principal soit à l'origine des négociations.

249. Absence de création d'un contentieux démesuré. Ainsi, selon notre proposition, les trois protagonistes du cautionnement pourront être à l'origine de la mise en œuvre du mécanisme de proportionnalité. Cette large ouverture du mécanisme pourrait inspirer la critique de ceux qui craindront que le contentieux résultant de l'instauration de ce mécanisme soit démesuré. Il apparaît, au contraire, que l'instauration du mécanisme de maintien de la proportionnalité aura un impact positif sur l'importance du contentieux. Il est vrai que ce mécanisme offre une protection aux cautions qui aujourd'hui sont démunies lorsqu'elles sont appelées à honorer un engagement devenu disproportionné à leurs facultés de paiement alors qu'il était proportionné au jour de sa souscription. De prime abord, le contentieux résultant du recours à ce mécanisme nouveau devrait s'ajouter aux contentieux existants. En réalité, les cautions qui invoqueront ce mécanisme ne sont aujourd'hui pas en mesure d'honorer leur engagement. Constatant la disproportion de leur engagement au jour où elles sont appelées, elles sont tentées soit de trouver une échappatoire à leur engagement de caution, soit de recourir aux procédures de surendettement prévues par le Code de la consommation. Quel que soit le remède choisi par la caution, elle aura recours à la voie judiciaire pour tenter de se sortir de la situation dans laquelle elle se trouve. Ainsi les cautions qui invoqueront le mécanisme de maintien de la proportionnalité sont des cautions qui, aujourd'hui, ont déjà recours à des voies judiciaires. C'est pourquoi il n'est pas à craindre que l'instauration du mécanisme proposé soit source de contentieux.

250. Restriction relative au moment de l'initiative. En somme, il semble que les trois protagonistes du cautionnement doivent pouvoir invoquer le mécanisme du maintien de la proportionnalité. Toutefois, l'invocation de ce mécanisme ne doit pas leur être ouverte sans limite. Il semble impératif que le mécanisme ne puisse pas être invoqué lorsque le débiteur sera placé en procédure collective. En effet, le débiteur en procédure collective ne peut offrir de

nouvelles sûretés⁴⁷². Il ne serait donc pas pertinent de le contraindre à procéder à des substitutions de sûretés afin de protéger le patrimoine de la caution⁴⁷³. L'étude du champ d'application de la règle de proportionnalité doit être complétée par celle des conditions de fond du mécanisme proposé.

2. Les conditions de la mise en œuvre du mécanisme

251.Évolution de la situation financière de la caution. Pour que puisse être mis en jeu le mécanisme du maintien de la proportionnalité du cautionnement, il faut que soit constatée une évolution dans la situation de la caution ayant entraîné une disproportion manifeste de son cautionnement avec ses nouvelles facultés de paiement. L'évolution de la situation de la caution devrait être prise en compte quelle que soit sa nature, dès lors que celle-ci affecte l'équilibre patrimonial de la caution. Se pose toutefois la question de savoir si la participation de la caution à l'évolution de sa situation doit influencer sur sa possibilité d'invoquer le mécanisme du maintien de la proportionnalité. La protection de la caution pourrait sembler injuste, de prime abord, dans les hypothèses dans lesquelles la caution aura joué un rôle dans l'évolution de sa propre situation⁴⁷⁴. Il peut sembler anormal que la caution puisse être libérée, en tout ou partie, de son engagement, en raison de la détérioration de sa situation financière résultant de son propre choix. Toutefois, distinguer entre les hypothèses où la caution subit l'évolution de sa situation et celles où elle y participe serait source de complexité. Dans de nombreux cas, l'évolution de la situation financière de la caution sera la conséquence directe ou indirecte d'un choix. En outre, si la protection était refusée à la caution ayant causé la détérioration de sa situation par son choix, une injustice apparaîtrait dans les cas dans lesquels ce choix était contraint⁴⁷⁵. Il est évident que les choix de la caution entraînant une dégradation sensible de sa situation financière ne sont pas toujours le fruit de sa libre volonté⁴⁷⁶. Il semble dès lors raisonnable de permettre à

⁴⁷² L. 632-1 6° c. comm. : « I. — Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ».

⁴⁷³ Une telle règle porterait atteinte à l'égalité des créanciers. Sur le principe d'égalité des créanciers en procédures collectives : F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP éd. G*, n° 23, 3 juin 1998, doct. 138.

⁴⁷⁴ Concrètement, sera notamment posée en pratique la question de l'application du mécanisme du maintien de la proportionnalité non seulement lorsque la caution aura été licenciée, mais également lorsqu'elle aura démissionné.

⁴⁷⁵ La contrainte n'étant pas entendue ici au sens juridique mais au sens courant, les intérêts propres et personnels de la caution pouvant la conduire à effectuer des choix qui ne lui profiteront pas sur le plan financier.

⁴⁷⁶ L'identification des situations dans lesquelles le choix de la caution aura été « contraint » ou déterminé par son intérêt propre s'avèrerait complexe. Un parallèle peut être établi avec la distinction jurisprudentielle, en matière d'obligations conditionnelles, entre les conditions potestatives déclarées nulles et les conditions sur la réalisation desquelles l'une des parties à la mainmise qui n'encourent toutefois pas la nullité car l'intérêt propre du potestant à la survenance de l'évènement prend le dessus sur sa volonté de voir ou non la condition réalisée. v. notamment

la caution d'invoquer ce mécanisme, y compris lorsqu'elle a participé à l'évolution de sa situation financière. Rappelons toutefois que, tout comme la caution invoquant la disproportion de son engagement, la caution invoquant le mécanisme du maintien de la proportionnalité devra être de bonne foi⁴⁷⁷. Seront évidemment dites de mauvaise foi les cautions qui auront volontairement fait évoluer leur situation financière ou patrimoniale afin de pouvoir invoquer ce mécanisme⁴⁷⁸. Cette limite suffit à ce que l'évolution de la situation financière de la caution ne puisse pas être le résultat des choix effectués par la caution dans le but d'être libérée.

252. Disproportion manifeste. L'évolution de la situation de la caution permettra la mise en œuvre du mécanisme étudié si elle fait naître une disproportion manifeste entre le cautionnement et les facultés de paiement de la caution. L'adverbe « manifestement » permet un déséquilibre acceptable entre le montant du cautionnement et les facultés financières de la caution. Tel sera le cas notamment si la dette représentée par le cautionnement obère lourdement le patrimoine de la caution sans toutefois la placer en situation d'insolvabilité. Si un déséquilibre existe sans que ne soit caractérisé une disproportion manifeste, même si une partie souhaite renégocier, l'autre pourra ignorer cette demande sans que le juge ne puisse procéder d'autorité à la substitution de sûreté. Il semble pertinent d'exiger une disproportion manifeste, en ce que cette notion est connue en matière de cautionnement⁴⁷⁹. Il serait malvenu d'imposer aux juges de distinguer la disproportion simple en matière de maintien de proportionnalité, de la disproportion manifeste en matière de proportionnalité initiale.

227. Absence de caractère imprévisible. Il a été précisé que le caractère imprévisible de l'évolution de la situation de la caution ne constituera pas une condition de mise en œuvre du mécanisme de maintien de la proportionnalité. Une telle condition porterait atteinte à la protection des cautions contre l'insolvabilité. Elle limiterait les cas dans lesquels pourrait être invoqué le mécanisme du maintien de la proportionnalité. Dans les hypothèses dans lesquelles l'évolution

sur l'appréciation des conditions potestatives : D. Mazeaud, « La condition suspensive de la vente, par les acquéreurs d'une villa, d'un appartement leur appartenant, n'est pas une condition purement potestative », *D.* 1993, p. 330 ; Ph. Malaurie, « Pas de condition purement potestative là où l'engagement est sérieux », *D.* 1996, p. 604.

⁴⁷⁷ v. n° 74 et s.

⁴⁷⁸ Sur l'étude de la mauvaise foi procédurale : v. n° 82, 89 et 92. La mauvaise foi est notamment caractérisée lorsque la règle est détournée de sa finalité.

⁴⁷⁹ Sur le caractère manifeste de la disproportion du cautionnement : D. Houtcieff, « La disproportion du cautionnement : le manifeste de la Cour de cassation », *RDC* 2018, n° 2, p. 222 : « il est nécessaire que l'engagement soit sans rapport avec le patrimoine et que la disproportion crève les yeux » ; S. Piedelièvre, « Cautionnement et disproportion », *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, n° 13, p. 26 : « la simple disproportion est insuffisante en elle-même ; il est nécessaire qu'elle soit également manifeste » ; F. Jacomino, « Cautionnement disproportionné du dirigeant : à l'impossible nul n'est tenu », *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299 : « l'adverbe "manifestement" semble induire une évidence dans la disproportion ».

de la situation de la caution au cours de l'existence du cautionnement était prévisible, la caution ne pourrait ni invoquer la règle de proportionnalité classique, ni le mécanisme du maintien de la proportionnalité. Par ailleurs, cette condition serait à l'origine d'un contentieux portant sur la détermination du caractère imprévisible de l'évolution de la situation de la caution. En effet, les juges seraient tenus, comme en matière de force majeure, de procéder à une appréciation *in concreto* du caractère imprévisible. Cette appréciation ouvrirait la voie à une casuistique potentiellement importante. Ainsi, seule l'évolution de la situation de la caution et le caractère manifeste de la disproportion constitueront des conditions d'application de la règle de maintien de la proportionnalité. Dès lors que ces conditions ont été précisées, il convient de s'intéresser au déroulement de la procédure.

B. Le déroulement de la procédure

253. Vérification de la réunion des conditions par le juge. Le juge saisi sera tenu, dans un premier temps, d'apprécier la réunion des conditions nécessaires à la mise en jeu du mécanisme du maintien de la proportionnalité. Il vérifiera notamment qu'aucune disproportion du cautionnement n'existait à l'origine, que la situation financière de la caution a évolué et que cette évolution a fait naître une disproportion manifeste entre ses facultés de remboursement et l'importance de son engagement. Si les conditions précitées ne sont pas remplies, la substitution d'une nouvelle sûreté au cautionnement ne pourra être imposée aux parties, la procédure prendra fin. Si, à l'inverse, les conditions rappelées ci-dessus sont remplies la procédure pourra être poursuivie.

254. Négociations des parties. Suite à la vérification des conditions, le juge ordonnera aux parties d'entrer en négociation. Il est possible qu'elles s'accordent alors même qu'elles ne seraient pas parvenues à s'entendre sans l'intervention du juge car la perspective de l'immixtion du juge dans leur contrat est proche. En effet, le juge a admis que les conditions du mécanisme de maintien de la proportionnalité sont remplies, si les parties ne s'accordent pas le juge, non dessaisi par le jugement rendu, pourra ordonner la substitution de sûretés. Pour aider les parties à trouver un accord, le juge pourra selon son choix se constituer médiateur, désigner un tiers qui prenne en charge la conciliation des parties ou laisser les parties négocier de manière autonome⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ Sur la conciliation : J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard et P. Raynaud, PUAM, 2003 ; M.-D. Perrin, « Conciliation-Médiation », *LPA* 26 août 2002, n° 170, p. 4.

255. Substitution de sûreté décidée par le juge. Si cette phase de négociation n'aboutit pas dans un délai fixé par le juge, ce dernier pourra décider lui-même de la substitution de sûretés. Le mécanisme proposé offre donc la possibilité au juge de modifier la convention des parties. Il est permis d'espérer que cette simple possibilité incite les parties à trouver un accord amiable. Si les créanciers et débiteurs redoutent l'immixtion du juge dans le contrat autant que les juristes français, l'incitation aux négociations devrait être efficace⁴⁸¹. Ainsi, l'échec des négociations autorisera le juge à décider lui-même d'une substitution de sûreté. Dans ce cadre, le juge bénéficiera d'une marge de manœuvre non négligeable. Le juge sera autorisé à effectuer lui-même la substitution de sûreté, mais n'y sera pas tenu. Ainsi, il pourra soit ordonner la libération totale ou partielle de la caution en contrepartie de l'octroi d'une nouvelle sûreté au créancier, soit décider que la substitution de sûreté n'est pas nécessaire. Tel pourrait être le cas notamment en raison de la faible probabilité d'un appel de la caution ou de la perspective d'une évolution favorable de sa situation financière. En outre, le juge devra décider du maintien du cautionnement si le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'offrir à son créancier une sûreté de substitution. En effet, dans une telle hypothèse les intérêts du créancier ne devront pas être sacrifiés au profit de la protection de la caution. Il apparaît trop attentatoire à la force obligatoire du contrat et aux attentes légitimes des créanciers de réduire le cautionnement qui n'était pas disproportionné lors de sa conclusion sans leur proposer de contrepartie compensant cette perte.

256. Disparition simple du cautionnement impossible. La description des pouvoirs du juge invite à se poser une question essentielle pour notre étude : le juge pourra-t-il ordonner la disparition du cautionnement sans constitution d'une nouvelle sûreté s'il constate que la créance est suffisamment garantie par ailleurs ? Une réponse positive à cette question ferait du maintien de la proportionnalité du cautionnement un outil permettant au juge d'œuvrer pour une autre forme de proportionnalité : la proportionnalité des sûretés octroyées par rapport à l'importance de la dette garantie⁴⁸². Le mécanisme du maintien de la proportionnalité doit rester indépendant de la recherche de la proportionnalité de l'ensemble des sûretés prises par le créancier par rapport au crédit octroyé⁴⁸³. Si le juge pouvait se contenter de bloquer le cautionnement sans offrir de

⁴⁸¹ Sur la crainte de l'immixtion du juge dans le contrat : v. notamment : M. Mekki, « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA* 10/16.

⁴⁸² Cette autre utilisation de la proportionnalité des sûretés sera envisagée dans la seconde partie de cette étude.

⁴⁸³ Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, inédit, n° 01-01124 : *RJDA* févr. 2003, n° 1193 : « les cautionnements litigieux étaient solidaires, ce dont il résultait que chaque caution pouvait être poursuivie en paiement de la totalité de la somme garantie, sans que le créancier soit tenu de discuter préalablement les biens des débiteurs ou de mettre en œuvre les autres garanties dont il disposait ». Observant cet arrêt, deux auteurs déduisent que « l'existence de ces garanties ne doit pas être prise en compte dans l'appréciation de la disproportion » : O. Cuperlier et A. Gorny, « L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative

contrepartie au créancier, toute la philosophie du mécanisme reposant sur la conciliation des intérêts du créancier, du débiteur et de la caution serait bouleversée.

257. Substitution de sûreté d'une valeur équivalente. Les juges sont contraints d'octroyer au créancier une sûreté d'une valeur équivalente au cautionnement perdu. La valeur de la sûreté doit être mesurée en fonction de sa probable efficacité. En pratique, il ne sera pas toujours évident de mesurer la valeur des sûretés. La valeur d'une sûreté personnelle dépend non seulement de la situation financière du garant, mais également d'autres critères tels que la volonté du garant d'honorer son engagement⁴⁸⁴. Or, cette volonté dépend souvent des liens unissant la caution et le débiteur. À l'évidence, deux cautionnements de mêmes montants ne sont pas nécessairement de même valeur⁴⁸⁵. De même, bien que les garanties autonomes soient réputées efficaces, un cautionnement peut l'être davantage parce qu'il est consenti par une caution fiable⁴⁸⁶. Chaque situation présente ses caractéristiques propres et la confiance qui peut être accordée aux différents garants dépend de critères variés. Il en résulte qu'il sera nécessaire de faire confiance aux juges du fond pour vérifier l'équivalence de la sûreté offerte au cautionnement perdu par le créancier. Nous suggérons que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier l'équivalence du cautionnement et de la sûreté offerte en contrepartie. Nous accordons notre confiance aux juges qui seront chargés de cette mission puisqu'ils sont déjà chargés d'évaluer la valeur des sûretés en matière de droit des procédures collectives. En effet, en vertu de l'article L. 632-1 du Code de commerce⁴⁸⁷, les sûretés consenties par le débiteur en difficulté alors qu'il se trouvait en période suspecte doivent être annulées si elles garantissent des créances antérieures à leur souscription. En application de cet article, les juges annulent les sûretés substituées aux sûretés qui existaient antérieurement à la période suspecte, lorsque ces nouvelles sûretés sont de valeur supérieure aux premières⁴⁸⁸.

économique (Réflexions et statistiques) », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 45, 5 novembre 2004, 1540.

⁴⁸⁴ Pour une étude des critères d'efficacité du cautionnement cf. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, Bibl. droit privé, t. 456, 2006 : l'auteur liste les mécanismes de protection de la caution utiles à l'efficacité du cautionnement.

⁴⁸⁵ « La créance vaut ce que vaut le débiteur » : H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1er vol., Obligations, Théorie générale, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 1297, n° 1277.

⁴⁸⁶ À l'inverse une garantie autonome souscrite par un garant non fiable peut ne pas être efficace. v. n° 310 et s.

⁴⁸⁷ Art. L. 632-1 c. com. 6° « I. — Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ».

⁴⁸⁸ Cass. com., 20 janv. 1998, Bull. civ. IV, n° 28, n° 95-16402 ; *RTD civ.* 1998, p. 707, obs. P. Crocq, *RTD com.* 1999, p. 194, note A. Martin-Serf ; *JCP éd. G* 1998, I, n° 141, n° 8, obs. M. Cabrillac, *RD bancaire et bourse* 1998, p. 73, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini ; *RDI* 1999, p. 138, obs. Ph. Théry ; Cass. com., 27 sept. 2016, Bull. civ. IV, n° 125, n° 15-10421 ; *RTD com.* 2017, p. 433, obs. A. Martin-Serf ; *D.* 2017, p. 1996, note P. Crocq ; *RTD civ.* 2016, p. 864, note H. Barbier ; *Rev. proc. coll.* mars 2017, comm. 31, note A. Aynès ; *BJE* janv. 2017,

D'après les formulations retenues par la jurisprudence au sein de ce contentieux, ceux-ci sont habitués à comparer les valeurs des différentes sûretés en se fondant sur leur nature et leur étendue. Ainsi, confier aux juges du fond la mission de vérifier l'équivalence des sûretés substituées, ne signifiera pas leur imposer une tâche nouvelle qu'ils ne seraient pas en mesure de remplir.

258. Valeur initiale du cautionnement. Il convient de rappeler que la valeur du cautionnement aura largement diminué avec la dégradation financière de la caution. Le cautionnement devenu disproportionné aux capacités de paiement de la caution a perdu son efficacité puisque la caution ne sera pas en mesure d'honorer son engagement. Ainsi, sa valeur, évaluée selon son efficacité, sera devenue quasiment nulle. Il est alors important de préciser que pour substituer à ce cautionnement, une sûreté d'une valeur équivalente, il sera impératif de retenir la valeur du cautionnement au jour de sa souscription et non au jour de la substitution. À la date de la souscription du cautionnement, la situation patrimoniale et financière de la caution lui permettait de s'engager envers le créancier sans que l'on puisse qualifier son engagement de disproportionné. Il est impératif de retenir cette solution car l'évaluation de la valeur du cautionnement au jour de la substitution de sûreté conduirait inévitablement à l'octroi au créancier d'une sûreté à l'efficacité douteuse. Dans ces conditions, le créancier ne trouverait aucun intérêt à la mise en œuvre du mécanisme.

259. Contours des pouvoirs du juge. Pour procéder à la substitution d'une sûreté nouvelle au cautionnement devenu disproportionné, le juge pourra s'appuyer sur les négociations non abouties des parties. Ces discussions pourront seulement guider les choix du juge qui restera libre d'exiger ou non la substitution et d'en déterminer les modalités. Il convient de préciser que le juge ne pourra grever d'une sûreté nouvelle que le patrimoine du débiteur. Alors même que les négociations entre les différents protagonistes pourraient aboutir à l'octroi au créancier d'une nouvelle sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle pour autrui⁴⁸⁹.

n° 01, p. 40, note F. Macorig-Venier ; *RDC* 2017, p. 283, note M. Julienne ; *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, n°42, p. 27, note M.-P. Dumont-Lefrand. Selon les termes de l'arrêt « cette sûreté, qui n'était supérieure, ni dans sa nature, ni dans son étendue, aux sûretés auxquelles elle avait été substituée, avait été valablement inscrite pendant la période suspecte, et que n'ayant pas accru la valeur de la garantie détenue par la banque, la substitution n'avait causé aucun préjudice aux créanciers chirographaires ».

⁴⁸⁹ Il est impossible pour le juge de contraindre une personne à consentir une sûreté pour garantir la dette d'un tiers. Les sûretés pour autrui sont toujours de source conventionnelle. Les cautionnements dits « judiciaires » sont en réalité des obligations pour les débiteurs de fournir des cautionnements.

260. Propos conclusif sur le mécanisme du maintien de la proportionnalité. En définitive, le mécanisme du maintien de la proportionnalité est conçu comme un système intermédiaire. Ce système permet de pallier la lacune de protection des cautions lorsque la disproportion de leur engagement est apparue après sa souscription. Il est néanmoins respectueux des intérêts des créanciers. Ces derniers n'ont pas pu anticiper la sanction d'une disproportion qui n'existait pas au jour de l'engagement. Cet équilibre est possible grâce à la substitution de sûretés. La protection du patrimoine de la caution est assurée par la réduction du cautionnement et la protection des intérêts du créancier résulte de la sûreté qui lui est offerte en contrepartie de cette réduction.

Les textes proposés devraient être intégrés au livre IV du Code civil relatif aux sûretés. Les articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation devraient être abrogés.

Article relatif à la réduction du cautionnement disproportionné

Le cautionnement fourni par une caution personne physique de bonne foi peut être réduit s'il est d'un montant manifestement disproportionné à ses facultés de paiement lors de sa conclusion, à moins que la disproportion ne puisse plus être constatée au moment où celle-ci est appelée.

Le juge constatant une telle disproportion invite la caution et le créancier à déterminer ensemble le montant du cautionnement révisé. En l'absence d'accord des parties le juge procède lui-même à la réduction du cautionnement.

Les personnes physiques ayant choisi le statut d'entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ne sont pas admises à se prévaloir de la présente règle.

Article relatif au maintien de la proportionnalité du cautionnement

Lorsque la disproportion manifeste du montant dû par la caution personne physique de bonne foi par rapport à ses capacités financières résulte d'une évolution de sa situation depuis son engagement, le créancier, le débiteur ou la caution peuvent saisir le juge.

Ils sont toutefois privés de cette action lorsque le débiteur principal fait l'objet d'une procédure prévue au livre VI du Code de commerce.

S'il constate une disproportion manifeste, le juge invite le créancier et le débiteur à entrer en négociation afin de substituer une nouvelle sûreté au cautionnement initialement offert au créancier. Le juge peut encadrer ces négociations et fixer un délai au-delà duquel il procédera lui-même à une substitution de sûreté.

En cas d'échec des négociations des parties, le juge peut ordonner la libération totale ou partielle de la caution en contrepartie de l'octroi au créancier d'une sûreté de valeur équivalente prise sur le patrimoine du débiteur.

Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'offrir au créancier une nouvelle sûreté, la caution reste tenue.

Conclusion du chapitre

L'amélioration du régime de la règle de proportionnalité du cautionnement se décline en une amélioration de sa sanction et une amélioration de l'appréciation de la proportionnalité. Les sanctions retenues pour chacune des deux règles de proportionnalité du cautionnement ont été présentées. La responsabilité civile du créancier a été retenue par les juges se fondant sur la notion de bonne foi pour découvrir un principe de proportionnalité du cautionnement. Tenu d'indemniser le préjudice de la caution, le créancier devient son débiteur. Leurs créances réciproques se compensent. À l'issue de cette compensation une créance reste due au créancier

mais elle est proportionnée aux facultés de paiement de la caution. A également été présentée la sanction difficilement identifiable retenue par le législateur. Après des hésitations jurisprudentielles et doctrinales, la formule de l'article L. 332-1 du Code de la consommation a été analysée en une déchéance du cautionnement.

Ces sanctions sont critiquables en ce qu'elles n'ont pas pour objet la protection des cautions contre l'insolvabilité⁴⁹⁰. La sanction du régime jurisprudentiel de proportionnalité permet de réduire l'engagement de la caution, mais le recours à la responsabilité du créancier est source de complexité théorique et pratique. Dès lors que les créances de la caution et du créancier sont compensées, il faudrait admettre d'une part que la caution est autorisée à réclamer au débiteur principal le remboursement de la somme réputée payée par elle et d'autre part que le créancier n'a plus le droit de réclamer au débiteur principal le paiement de la somme payée par la caution. La jurisprudence a toutefois refusé d'admettre ces suites logiques du recours au mécanisme de la compensation. Cette utilisation du mécanisme de la compensation amputé d'une partie de ses effets témoigne du caractère inadapté de la sanction consistant dans l'engagement de la responsabilité du créancier⁴⁹¹.

En outre, les différentes chambres de la Cour de cassation n'ont pas su s'accorder quant à la nature de la responsabilité engagée⁴⁹². Le visa de l'article 1147 du Code civil retenu dans différents arrêts implique une inexécution contractuelle de la part du créancier. Ce constat conduit à s'interroger quant à l'existence d'obligations contractuelles mises à la charge du créancier. Il est néanmoins possible de distinguer les véritables obligations contractuelles des simples sujétions mises à la charge du créancier. Il est alors concevable que ce dernier se rende coupable d'inexécution contractuelle sans remettre en cause le caractère unilatéral du cautionnement. Ce recours à la responsabilité contractuelle nous semble plus cohérent que l'invocation de la responsabilité délictuelle. Cette solution nécessite toutefois une évolution de la jurisprudence. La Cour de cassation considère que les sujétions mises à la charge des créanciers trouvent leur source non pas dans le contrat mais dans la loi. Ainsi, à l'heure actuelle, le non-respect de telles sujétions ne peut permettre d'engager la responsabilité contractuelle du créancier.

⁴⁹⁰ Les sanctions du droit positif ne sont pas conformes à la finalité de la règle : v. n° 148 et n° 154 et s.

⁴⁹¹ Sur l'amputation du mécanisme de compensation et le caractère inadapté de la responsabilité civile : v. n° 138 et s.

⁴⁹² Sur le doute quant à la nature de la responsabilité retenue : v. n° 142 et s.

En toute hypothèse, l'engagement de la responsabilité du créancier n'apparaît pas comme une sanction idéale de la disproportion du cautionnement. Tel n'est pas non plus le cas de la déchéance qui ne semble pas adaptée à l'objectif de protection des cautions. La sévérité de cette sanction fait preuve de la volonté du législateur de sanctionner le créancier. Pourtant la même règle prévoit que le créancier pourra échapper à la sanction en cas de retour à meilleure fortune de la caution. La volonté du législateur devient dès lors difficilement identifiable. Il semble que le législateur ait tenté de poursuivre à la fois une finalité de protection du patrimoine des cautions et une finalité de sanction du comportement du créancier. Cette cohabitation de deux finalités non hiérarchisées a conduit à l'adoption d'un régime critiquable de la règle de proportionnalité. Les critiques formulées à l'encontre de la sévérité de la règle sont exacerbées par son opposabilité *erga omnes*. L'efficacité de la protection de la caution implique que cette dernière puisse opposer le caractère disproportionné de son engagement à ses cofidésusseurs comme à son créancier. Néanmoins cette opposabilité *erga omnes* de la règle, combinée avec la sanction sévère de la déchéance du cautionnement conduit à faire supporter aux cofidésusseurs solidaires la sanction de la disproportion d'un cautionnement⁴⁹³.

D'autres sanctions ont été présentées puis critiquées. Elles ne peuvent être associées à la règle de proportionnalité car elles ne permettent pas ou n'ont pas pour objet la protection des patrimoines des cautions. Tel est le cas de la nullité, de la caducité, de l'amende civile ainsi que de la déchéance du droit aux intérêts ou aux pénalités de retard.

Deux sanctions ont finalement été retenues. Ces sanctions ont pour objet la protection des patrimoines des cautions. Il s'agit de la réduction du cautionnement disproportionné, ainsi que de la paralysie temporaire des droits du créancier à l'encontre de la caution. La réduction de la sûreté permet que la caution reste engagée envers le créancier pour un montant qu'elle est capable de payer sans être menacée d'insolvabilité⁴⁹⁴. La paralysie dure tant que persiste la disproportion entre les facultés de paiement de la caution et son engagement. Elle n'est pas absolue puisqu'il est permis au créancier d'agir contre la caution pour un montant proportionné à ses facultés de paiement⁴⁹⁵. Cette action en paiement partiel équivaut à une remise de dette consentie par le créancier à la caution. Ces deux sanctions ont été comparées. La sanction la réduction a été retenue. La sanction de la paralysie de l'action du créancier contre la caution a

⁴⁹³ Sur la sanction supportée par les cofidésusseurs : v. n° 159 et s.

⁴⁹⁴ Pour une présentation de la réduction : v. n° 174 et s.

⁴⁹⁵ Pour une présentation de la paralysie : v. n° 177 et s.

été évincée dès lors qu'elle pouvait faire craindre la multiplication des actions engagées par le créancier.

La réduction ne sera pas directement prononcée par le juge. Ce dernier se contentera de constater l'existence d'une disproportion et invitera les parties à s'entendre sur le montant d'un cautionnement proportionné aux facultés de paiement de la caution⁴⁹⁶. Ainsi la réduction ne pourra être prononcée par le juge qu'en cas d'échec des négociations des parties. La combinaison de la sanction de la réduction et de la procédure incluant une phase de négociation des parties devrait inciter les cautions à n'invoquer la règle de proportionnalité qu'en cas de disproportion avérée de leur engagement et inciter les créanciers à vérifier la proportionnalité des cautionnements qu'ils obtiennent.

Enfin, nous sommes favorables à un maintien de l'opposabilité *erga omnes* de la sanction. Si ce caractère de la sanction a des conséquences critiquables en droit positif, la modification de la sanction proposée permettra d'y échapper. En effet, la caution *solvens* ne sera pas dépourvue de toute action à l'encontre de la caution ayant consenti un cautionnement disproportionné, elle pourra agir contre son cofidéjusseur pour un montant qui n'apparaît pas disproportionné aux biens et revenus de la caution⁴⁹⁷. Ainsi, la sanction demeurera juste en dépit de son opposabilité *erga omnes*.

L'appréciation de la proportionnalité peut également être améliorée. Pour ce faire, il serait possible de clarifier et de préciser la solution selon laquelle la proportionnalité doit être évaluée en considération de l'ensemble des éléments d'actif et de passif des cautions. Si cette solution est d'ores et déjà retenue lorsque le juge apprécie la proportionnalité initiale du cautionnement, elle n'a pas toujours été retenue lors de la recherche d'un éventuel retour à meilleure fortune. Les juges se contentaient à ce stade d'observer les éléments d'actif de la caution afin de déterminer si elle était en mesure de faire face à son engagement. Une telle solution était critiquable en ce qu'elle ne permettait pas d'assurer une protection efficace des cautions contre l'insolvabilité⁴⁹⁸. Enfin, il convient de préciser que si tous les éléments d'actif et de passif ainsi que les charges et les revenus de la caution doivent être pris en compte, cette solution est valable en présence d'éléments d'actifs ne pouvant être saisis par le créancier. Tel est le cas notamment des biens communs des époux ou encore des biens exclus du gage du créancier en raison de la

⁴⁹⁶ Sur la procédure conduisant à la réduction : v. n° 193 et s.

⁴⁹⁷ Sur l'opposabilité *erga omnes* de la règle de proportionnalité : v. n° 185.

⁴⁹⁸ Sur la critique de la méthode initiale de recherche d'un retour à meilleure fortune : v. n° 201.

mauvaise rédaction par la caution de la mention manuscrite prévue à l'article L. 331-1 du Code de la consommation⁴⁹⁹.

Il a été précisé par ailleurs que la date d'appréciation de la proportionnalité resterait inchangée. En revanche, il a semblé nécessaire d'organiser une protection spécifique dans les hypothèses dans lesquelles la disproportion est apparue au cours de l'existence du cautionnement⁵⁰⁰. Il paraît nécessaire que la règle de proportionnalité soit applicable dans ces situations dès lors que la finalité de la règle est de protéger les cautions contre l'insolvabilité. Les cautions appelées à payer une somme disproportionnée par rapport à leurs facultés de paiement sont menacées par l'insolvabilité quelle que soit la date à laquelle est apparue cette disproportion. Néanmoins, il a semblé primordial de protéger les intérêts du créancier qui n'a pas pu anticiper l'existence d'une disproportion dès lors que celle-ci n'existait pas au jour de la conclusion du cautionnement. Ainsi, a été proposé un mécanisme spécifique permettant d'assurer le maintien de la proportionnalité au cours de l'existence du cautionnement.

Selon la procédure proposée, la caution, le débiteur ou le créancier pourront saisir le juge afin qu'il constate l'existence d'une disproportion au jour de l'appel de la caution qui n'existait pas au jour de sa conclusion. Ce dernier ordonnera alors l'ouverture d'une phase de négociation. Ces négociations auront pour objet l'octroi d'une nouvelle sûreté au créancier en échange de la décharge au moins partielle de la caution. Ces négociations pourraient être encadrées dans un délai fixé judiciairement et facilitées par l'intervention d'un médiateur ou d'un conciliateur. En cas d'échec de cette phase de négociations encadrées, le juge pourrait procéder lui-même à la substitution de sûreté permettant à la caution d'être au moins partiellement libérée de son engagement. De la sorte, l'engagement de la caution serait ramené à une proportion qui ne lui ferait encourir aucun risque d'insolvabilité.

Ainsi, à la différence de la disproportion existante au jour de la conclusion du cautionnement, la disproportion apparue au cours de son existence ne pourrait entraîner la réduction du cautionnement sans contrepartie pour le créancier. La substitution de sûreté prévue dans cette hypothèse permet de prendre en considération les attentes légitimes du créancier. Par suite, en cas d'impossibilité d'offrir au créancier une sûreté se substituant au cautionnement, ce dernier devrait être maintenu.

⁴⁹⁹ Sur les éléments d'actifs insaisissables par le créancier : v. n° 205 et s.

⁵⁰⁰ Sur le mécanisme du maintien de la proportionnalité : v. 215 à 259.

Conclusion du titre 1

Divers aspects des règles de proportionnalité du cautionnement existantes peuvent être améliorés. Le champ d'application personnel de la règle serait plus cohérent avec sa finalité si toutes les cautions personnes physiques étaient protégées par la règle de proportionnalité du cautionnement, à condition d'être de bonne foi. En effet, d'une part, la qualité du créancier ne devrait pas conditionner l'applicabilité de la règle de proportionnalité. En d'autre part, seules les cautions de bonne foi devraient être admises à se prévaloir de la protection de leur patrimoine résultant de la règle de proportionnalité. L'exclusion des cautions de mauvaise foi apparaît justifiée en présence d'une règle de protection offerte aux cautions pour leur éviter de se trouver en situation d'insolvabilité. Une telle règle, s'inscrivant contre les principes de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat, doit être réservée aux cautions de bonne foi. Telle est d'ailleurs la solution retenue en matière de procédures de traitement du surendettement des particuliers. Il apparaît cohérent que la règle traitant en amont l'apparition de l'insolvabilité soit réservée aux cautions de bonne foi dans la mesure où les procédures traitant en aval l'existence du surendettement sont réservées aux débiteurs de bonne foi.

La notion de bonne foi a été précisée. Elle recouvrira des situations similaires à celles découvertes en jurisprudence en matière de surendettement. En la matière, sont distinguées la bonne foi procédurale et la bonne foi contractuelle. Seront ainsi exclues de la règle de proportionnalité les cautions de mauvaise foi au moment de leur invocation de la règle de proportionnalité ainsi que les cautions de mauvaise foi lors de la conclusion du contrat de cautionnement.

Les personnes morales et les EIRL seront en revanche systématiquement exclus de la règle de proportionnalité. Cette exclusion se justifie par le fait que la règle étudiée est une règle de protection du patrimoine des cautions. Or la constitution d'une personne morale et la division des patrimoines de l'EIRL reflètent d'ores et déjà le choix d'une forme de protection patrimoniale.

La sanction de la disproportion peut également être améliorée. Deux sanctions sont apparues cohérentes avec la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité : la réduction du cautionnement et sa paralysie. La paralysie était envisagée comme une sanction temporaire, durant jusqu'à ce que la proportionnalité soit rétablie et offrant au créancier la possibilité de

poursuivre la caution pour un montant proportionné. L'inconvénient d'une telle sanction résidait dans la possibilité laissée au créancier d'engager des poursuites à répétition à l'encontre de la caution dans l'espoir que sa situation financière se soit améliorée. A donc été préférée la sanction de la réduction du cautionnement. Cette sanction ne sera pas prononcée directement par le juge. Ce dernier constatera l'existence d'une disproportion invitera les parties à entrer en négociation afin de déterminer elles-mêmes l'importance de la réduction. L'échec des négociations conduira néanmoins le juge à déterminer lui-même l'importance de la réduction prononcée.

Enfin, l'appréciation de la proportionnalité a été précisée. D'une part il est proposé que les termes de proportionnalité des « biens et revenus de la caution » soient remplacés. Il s'agit plus exactement des « facultés de paiement de la caution » dans la mesure où ses dettes et ses charges sont prises en considération au même titre que ses biens et ressources. D'autre part, la date d'appréciation de la proportionnalité restera inchangée. Néanmoins, il est apparu nécessaire d'ouvrir la règle aux cautions dont l'engagement est devenu disproportionné au cours de son existence. En effet, ces cautions se trouvent engagées pour un montant disproportionné à leurs facultés de paiement au jour où elles sont appelées. Un mécanisme spécifique de maintien de la proportionnalité est proposé. Il consiste à substituer une nouvelle sûreté au cautionnement afin de pouvoir procéder à sa réduction sans que les créanciers n'ayant pas pu anticiper l'existence d'une disproportion au jour de la constitution du cautionnement se trouvent lésés.

Titre II

L'extension de la proportionnalité à toutes les sûretés consenties pour autrui

261. **Idée de l'extension de la règle de proportionnalité du cautionnement.** La règle de proportionnalité du cautionnement permet d'empêcher que la caution se trouve insolvable à cause de la souscription du cautionnement. Elle traduit une volonté législative de lutter contre l'insolvabilité. L'interdiction d'exiger des cautionnements disproportionnés a été instaurée à l'origine par le législateur de 1989⁵⁰¹. Elle a été étendue par la Cour de cassation au sein même du cautionnement en 1997⁵⁰². À la suite d'une dernière intervention législative en 2003⁵⁰³, cette règle est aujourd'hui applicable à la majorité des cautionnements. Cette extension du champ d'application de la règle, à laquelle ont participé tant le législateur que les juges, invite à se demander si la règle pourrait être appliquée au-delà des limites du cautionnement. Il pourrait être intéressant d'appliquer la même règle de proportionnalité aux autres garants. Cette idée n'est pas nouvelle. Dès l'arrêt *Macron*, le professeur Crocq a pensé que toutes les garanties personnelles étaient soumises au principe de proportionnalité⁵⁰⁴. Pourtant l'idée d'une extension de la règle de proportionnalité aux autres sûretés ne s'est jamais concrétisé. Aucune jurisprudence n'a consacré l'extension de la règle de proportionnalité ni aux garanties autonomes, ni aux lettres d'intention. De manière plus étonnante, l'extension de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés personnelles ne fait l'objet d'aucune proposition de l'avant-projet de réforme. En effet, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés ne propose

⁵⁰¹ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

⁵⁰² Arrêt *Macron* : Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188 ; *D.* 1998, jur., 208, note J. Casey ; *JCP éd. E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Défrenois* 1997, 1424, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac.

⁵⁰³ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

⁵⁰⁴ P. Crocq, « La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du crédit à la consommation » *RTD civ.* 1998, p. 157 : « s'il est certain que ce nouveau principe de proportionnalité est applicable à toutes les garanties personnelles, y compris aux garanties à première demande, la question reste posée de son éventuelle extension aux garanties réelles ».

qu'une modification minimale relative aux garanties autonomes et aucune modification relative aux lettres d'intention⁵⁰⁵.

262. Déséquilibre fondamental des sûretés personnelles. Si le cautionnement est un contrat fondamentalement déséquilibré dès lors que la caution s'engage envers le créancier sans percevoir aucune contrepartie⁵⁰⁶, le même déséquilibre touche la garantie autonome et la lettre d'intention. La définition des sûretés personnelles proposée par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés fait apparaître deux caractéristiques communes à l'ensemble des sûretés personnelles. Selon cette définition, « la sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal »⁵⁰⁷. En premier lieu, il ressort de cette définition que toutes les sûretés personnelles sont fondamentalement déséquilibrées. Ces sûretés sont conclues entre un créancier et un garant. Seul le garant s'engage envers le créancier. Aucune obligation du créancier ne constitue la contrepartie de l'obligation souscrite par le garant. En second lieu, la définition proposée des sûretés personnelles fait apparaître que le garant ayant exécuté son obligation dispose d'un recours contre le débiteur. L'existence d'un tel recours met encore en évidence le caractère fondamentalement déséquilibré des sûretés personnelles. Il est intéressant de noter que les deux

⁵⁰⁵ D'une part, l'art. 2321 de l'avant-projet de réforme prévoit que « la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ». Ainsi, les seules modifications proposées consistent à intervertir les alinéas 2 et 3 de l'article actuel et à supprimer au sein de l'alinéa trois la possibilité de résister à l'appel du bénéficiaire en cas de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. D'autre part, l'art. 2322 c. civ. relatif aux lettres d'intention resterait inchangé en cas d'adoption de l'avant-projet. Cet article prévoirait toujours que « la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». En outre l'avant-projet ne prévoit aucun régime applicable à l'ensemble des sûretés personnelles.

⁵⁰⁶ Sur le caractère unilatéral du contrat de cautionnement : M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, 2011, bibl. dr. privé, t. 528. Caractère confirmé par la Cour de cassation : Cass. com. 8 avril 2015, Bull. civ. IV, n° 63 ; M. Séjean, « Exception de nullité : le caractère unilatéral du cautionnement se retourne contre le créancier », *JCP éd. G*, n° 23, 8 Juin 2015, 652 ; D. Houtcieff, « L'accomplissement par le créancier de son obligation légale d'information à l'égard de la caution ne fait pas obstacle à l'exception de nullité », *Gaz. Pal.* 9 juill. 2015, n° 190 p. 15 : « l'on peut se demander en quoi le fait que l'obligation soit imposée par la loi devrait en modifier la nature contractuelle, dès lors qu'elle n'existe qu'en raison de la convention ». Pourtant de nombreux auteurs approuvent la solution rendue par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 8 avril 2015, Bull. civ. IV, n° 63 selon laquelle la source des obligations du créancier bénéficiant d'un cautionnement serait la loi elle-même. En ce sens notamment : A.-S. Barthez, « Confirmation du caractère unilatéral du cautionnement » *RDC* mars 2016, n° 01, p. 58 : « la Cour de cassation opère une distinction entre les obligations issues du contrat de cautionnement lui-même – et il n'en existe en réalité qu'une : l'obligation de paiement qui pèse sur la caution – et celles qui sont issues de la loi et qui, en cas d'exécution, ne signent nullement celle du contrat de cautionnement lui-même » ; M. Mekki, « Droit des contrats », *D.* 2016, p. 566 : qui s'interroge sur les fondements de la solution sans remettre en question l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle l'obligation incombant au créancier est de nature légale.

⁵⁰⁷ Définition proposée à l'article 2286-1 alinéa 1 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés.

caractéristiques communes à l'ensemble des sûretés personnelles se retrouvent également en matière de sûreté réelle pour autrui. Évidemment, les sûretés réelles pour autrui ne constituent pas des sûretés personnelles, néanmoins elles présentent le même caractère fondamentalement déséquilibré.

263. Obligation personnelle des garants. La distinction des sûretés personnelles et des sûretés réelles pour autrui réside dans l'assiette des droits du créancier. Les garants ayant souscrit des sûretés personnelles sont engagés sur tout leur patrimoine. Dès lors que ces garants souscrivent des obligations personnelles, le créancier dispose à leur encontre d'un droit de gage général. Ainsi, les articles 2284 et 2885 du Code civil leur sont applicables. En application de l'article 2284 « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir »⁵⁰⁸. À l'inverse, les constituants de sûretés réelles pour autrui ne consentent aucun engagement personnel⁵⁰⁹. Ces constituants sont engagés seulement sur le bien remis en sûreté. L'engagement personnel consenti par l'ensemble des garants souscrivant des sûretés personnelles constitue le second trait caractéristique de cette catégorie de sûretés. Ainsi, les sûretés personnelles se caractérisent non seulement par leur caractère fondamentalement déséquilibré, mais également par la souscription d'une obligation personnelle par le garant. Ces caractéristiques communes invitent à se poser la question de l'extension à toutes les sûretés personnelles des règles prévues en matière de cautionnement et résultant soit du caractère fondamentalement déséquilibré de cette sûreté, soit de la souscription d'une obligation personnelle par la caution. Pour envisager l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés personnelles, il convient d'identifier la justification de l'instauration de cette règle en matière de cautionnement.

264. Justification de la règle de proportionnalité du cautionnement. La règle de proportionnalité applicable au cautionnement peut résulter soit du caractère fondamentalement déséquilibré de ce contrat, soit de la souscription d'un engagement personnel par la caution. La jurisprudence semble avoir opté pour cette seconde option. La Cour de cassation refuse l'extension de la règle

⁵⁰⁸ L'art. 2885 c. civ. pose une règle de distribution entre les différents créanciers d'un même débiteur : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

⁵⁰⁹ Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. ch. mixte, n° 7 ; *RLDC* 2006/26, n° 2012, note G. Pillet, *D.* 2006, p. 61, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2006, p. 729, concl. J. Sainte-Rose ; *D.* 2006, p. 733, note L. Aynès ; *D.* 2006, p. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *Dr. famille* 2006, étude 13, par B. Beignier ; *RTD civ.* 2006, p. 594, note P. Crocq ; *RTD civ.* 2006, p. 357, note B. Vareille ; *CCC* avr. 2006, comm. 62, note L. Leveneur ; *JCP éd. E* janv. 2006, note S. Piedelièvre ; *JCP éd. N* janv. 2006, 1009, note Ph. Simler. Selon les termes de l'arrêt : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas ».

de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui en précisant que la constitution d'une telle sûreté n'engage pas le constituant sur l'ensemble de son patrimoine mais seulement dans la limite du bien remis en sûreté. De sorte que, selon la Cour de cassation, l'engagement souscrit ne peut pas présenter de caractère disproportionné. Nous ne sommes toutefois pas convaincus par cette solution. Nous soutiendrons que le fondement de la règle de proportionnalité du cautionnement doit être la souscription d'un engagement fondamentalement déséquilibré. Il semble logique que la constitution d'un tel engagement justifie la protection du patrimoine du garant. En effet, la seule souscription d'un engagement fondamentalement déséquilibré entraîne un risque d'insolvabilité du garant. Ainsi, la règle de proportionnalité du cautionnement doit reposer sur la souscription d'un engagement fondamentalement déséquilibré.

265. Extension justifiée à l'ensemble des sûretés personnelles. Bien que ni la jurisprudence, ni l'avant-projet ne se soit prononcé en faveur d'une extension de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés personnelles, cette idée semble pouvoir être soutenue. En effet, la volonté du législateur de protéger les cautions contre l'insolvabilité ne dépend pas spécifiquement de leur statut de caution⁵¹⁰. Elle résulte soit de leur souscription d'un engagement pour autrui, soit de l'engagement de l'ensemble de leur patrimoine. Il résulte de ce constat que cette règle de protection pourrait être étendue aux autres garants consentant des sûretés personnelles. Toutes les sûretés personnelles présentent ces deux traits communs. Ainsi, dès lors que le caractère fondamentalement déséquilibré du cautionnement ou l'engagement personnel de la caution justifie qu'elle soit protégée contre l'insolvabilité qui pourrait résulter de son engagement, la même protection devrait être offerte aux garants autonomes et aux émetteurs de lettres d'intention. L'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés personnelles paraît donc naturelle. Quel que soit le fondement retenu pour justifier l'existence d'une règle de proportionnalité du cautionnement, ce fondement se retrouve en matière de garanties autonomes et de lettres d'intention. En revanche, l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui est plus difficile à concevoir.

266. Extension questionnée aux sûretés réelles pour autrui⁵¹¹. Les sûretés réelles pour autrui ne partagent que l'un des deux traits caractéristiques des sûretés personnelles. Elles constituent des

⁵¹⁰ Sur la question des protections à accorder spécifiquement aux constituants de sûreté pour autrui : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 15 et 16, n° 21.

⁵¹¹ Sur les sûretés réelles pour autrui : J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Défrenois, coll. « Doctorat et notariat », 2009 ; J. Soulié, *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, thèse Toulouse, 1913 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 903 et s., n° 1272 et s. ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis,

engagements souscrits par des tiers en vue de garantir le crédit octroyé à un débiteur. Toutefois à la différence des sûretés personnelles, ces sûretés n'autorisent le créancier qu'à agir contre le bien remis en sûreté. Il en résulte que comme les sûretés personnelles, les sûretés réelles pour autrui sont des engagements fondamentalement déséquilibrés. En revanche, contrairement aux garants consentant des sûretés personnelles, les constituants de sûretés réelles pour autrui ne s'obligent pas sur l'ensemble de leur patrimoine. Ainsi, l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui ne sera justifiée que si l'on retient que le fondement de l'instauration d'une règle de proportionnalité permettant de protéger les garants contre l'insolvabilité résulte du caractère fondamentalement déséquilibré de ces contrats. À l'opposé, la jurisprudence a choisi de rejeter l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui dès lors que les constituants de ces sûretés ne souscrivent pas d'engagement sur tout leur patrimoine. Cette jurisprudence met en évidence le fait que l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui est plus délicate que son extension aux sûretés personnelles. Néanmoins, nous tenterons de démontrer la pertinence de cette extension. Cette démonstration pourrait être favorisée par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés dès lors qu'il opère un rapprochement certain entre le cautionnement et les sûretés réelles pour autrui⁵¹². Un tel rapprochement pourrait favoriser la reconnaissance de l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles consenties pour autrui.

267. Découverte d'un principe de proportionnalité. Si toutes les sûretés pour autrui sont soumises à une règle de proportionnalité, il sera possible de parler de « principe de proportionnalité ». Ce vocable a d'ores et déjà été utilisé par de nombreux auteurs alors même que la règle est applicable uniquement au cautionnement⁵¹³. La découverte d'un principe de proportionnalité

5^e éd., 2015, p. 23 et s., n° 19 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 293 et s., n° 410 et s. ; M. Mignot, « La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire », *Dr. et patr.* 2002, n° 110, p. 30 ; V. Brémond, « Le cautionnement réel est aussi... un cautionnement », *JCP éd. N* 2002, I, 1640 ; A. Aynès, « Régime de l'obligation et sûretés », *RDC* 2018, hors-série, p. 46 ; A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285.

⁵¹² En ce sens, l'avant-projet de réforme propose d'adopter à nouveau la qualification de « cautionnement réel ». Art 2291 de l'avant-projet : « le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet ». A. Gouëzel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678 : qui affirment qui identifient « la volonté des rédacteurs de l'avant-projet de combattre l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle la sûreté réelle pour autrui n'est pas un cautionnement » et précisent que « la sûreté réelle pour autrui devrait se voir appliquer en principe le régime du cautionnement ».

⁵¹³ v. notamment : V. Avena-Robardet, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, p. 2083 ; P. Crocq, « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD civ.* 2004, p.124 ; D. Legeais, *Sûretés et garantie du crédit*, 9^e éd., LGDJ, 2013 : selon qui le principe de proportionnalité existerait depuis 1989, spéc. p. 131, n° 170 ; A. Cerles, *Le cautionnement et la banque*, Revue banque, 2^e éd. 2008, spéc. p. 64 ; S. Pesenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA* mars 2004, n°51, p. 12 ; P. Buisson et S. Darcel,

applicable à l'ensemble des sûretés pour autrui n'empêchera pas qu'un régime spécifique soit prévu pour chacune des sûretés concernées. La sanction retenue en cas de disproportion devra par exemple être adaptée en présence de lettres d'intention ou de sûretés réelles pour autrui⁵¹⁴. Les quelques adaptations nécessaires en présence de lettres d'intention ou de sûretés réelles pour autrui n'empêcheront pas la découverte d'un principe de proportionnalité des sûretés pour autrui. En effet, les traits essentiels de cette règle se retrouveront quelle que soit la nature de la sûreté en cause. Le principe de proportionnalité des sûretés pour autrui connaîtra donc différentes applications. Son essence résidera d'une part dans la comparaison de l'engagement du garant et de sa capacité à honorer cet engagement et d'autre part dans la finalité de la sanction de la disproportion consistant à éviter l'insolvabilité des garants.

268. Question de l'extension à toutes les garanties personnelles. Si l'extension de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés consenties pour autrui est possible, elle n'est pas unanimement souhaitée. Le professeur Dimitri Houtcieff fait preuve de scepticisme en affirmant que l'extension des règles de protection de la caution aux garants autonomes leur offrirait une protection « inefficace »⁵¹⁵. Cet auteur prédit que « les créanciers se tourneraient vers d'autres sûretés – par exemple le constitut – si le régime de la garantie autonome devenait trop protecteur du garant »⁵¹⁶. Nous gageons que l'extension de la règle de proportionnalité aux autres sûretés personnelles ne suffira pas à convaincre les créanciers d'avoir recours à des sûretés personnelles qu'ils ne maîtrisent pas, telles que le constitut⁵¹⁷. Nous ne sommes pas convaincus que les sûretés personnelles nommées encourent le risque d'être délaissées au profit des garanties personnelles non consacrées en tant que telles⁵¹⁸. Doit néanmoins être posée la

« L'exigence de proportionnalité des engagements et le devoir de mise en garde des banques », *JCP éd. G* n° 50, 12 décembre 2011, 1398.

⁵¹⁴ v. n° 360 et s. et n° 453 et s.

⁵¹⁵ D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁵¹⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵¹⁷ D. Legeais, *Sûretés et garanties de crédit*, LGDJ, 12^e éd., 2017, p. 263, n° 321. L'auteur relève que les praticiens hésitent à user des mécanismes issus du droit commun. Il expose plusieurs raisons justifiant ces hésitations, notamment la méconnaissance de ces mécanismes par les garants, les incertitudes doctrinales et jurisprudentielles quant au critère de qualification, au régime de ces garanties et en particulier à leur sort en cas d'ouverture d'une procédure collective. Sur le constitut : F. Jacob, *Le constitut ou L'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, bibl. dr. privé, n° 294, 1998 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties de crédit*, LGDJ, 12^e éd., 2017, p. 272 et 273, n° 333 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 3^e éd. 2016, p. 266, n° 161. Pour une comparaison du constitut et de la garantie autonome : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LDGJ, 2010, p. 891, n° 1241.

⁵¹⁸ Sur la distinction apparente en droit positif entre les sûretés et les garanties : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 6, n° 10. Sur la distinction entre les sûretés et les garanties : v. J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018, n° 18 et s. ; D. Poracchia, F. Rizzo, J.-D. Pellier, « Garanties intrinsèques au régime des obligations », *Juris-Classeur Banque - Crédit - Bourse*, fasc. 780 qui précisent à propos des garanties de paiement ne pouvant être qualifiées de sûretés que : « l'effet de sûreté ne relève pas de leur essence » ; Y. Picod,

question de savoir si cette règle de protection mérite d'être étendue au-delà du domaine des sûretés consacrées par le Code civil. Il est probable qu'à cette question de nombreux auteurs répondraient qu'il est préférable de découvrir un principe de proportionnalité applicable à l'ensemble des garanties personnelles. Un auteur envisage cette issue comme un avenir certain⁵¹⁹. Cette solution sera préférée par tous les auteurs qui voient dans l'utilisation des mécanismes du droit des obligations à des fins de garanties personnelles des moyens de contourner les règles applicables aux différentes sûretés personnelles nommées ou qui estiment que ces garanties personnelles ne sont pas différentes des sûretés personnelles nommées⁵²⁰.

269. Refus de l'application de la règle de proportionnalité à l'ensemble des garanties personnelles. Toutefois, nous ne sommes pas favorables à la découverte d'un principe de proportionnalité applicable à l'ensemble des garanties personnelles. Il est vrai que les constituants de garanties personnelles souscrivent, comme les constituants de sûretés pour autrui, un engagement fondamentalement déséquilibré. L'exemple de la garantie consentie par le codébiteur solidaire non intéressé à la dette est très explicite. La dénomination même de cette garantie fait apparaître que le codébiteur solidaire n'obtient pas de contrepartie pour son engagement dès lors qu'il n'est « pas intéressé à la dette ». Ce constat d'engagements manifestement déséquilibrés souscrits par les constituants de garanties personnelles devrait nous amener à penser que ces garants méritent également d'être protégés par la règle de proportionnalité. Néanmoins cette démonstration de l'existence d'un engagement fondamentalement déséquilibré ne vaut pas pour l'ensemble des garanties personnelles. La solidarité passive offre au créancier un effet de garantie y compris lorsque tous les codébiteurs sont intéressés à la dette. Or dans un tel exemple, aucun engagement fondamentalement déséquilibré n'est consenti par les garants dès lors que chacun d'eux perçoit une contrepartie pour son engagement. En l'absence de caractère fondamentalement déséquilibré des

Droit des sûretés, PUF, 3^e éd. 2016, p. 4, n° 4 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 4, n° 4.

⁵¹⁹ Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 398 n° 495 : « Les volontés individuelles sont impuissantes à combattre l'exigence de proportionnalité qui tend à s'imposer en droit positif : celle-ci est une règle du droit commun des sûretés personnelles qui leur échappe et doit s'appliquer tant aux sûretés personnelles innommées qu'à celles qui, bien que procédant d'une influence de la volonté sur les qualifications, n'auront pas été requalifiées en cautionnement ». Toutefois, le principe ainsi décrit en 2005, n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance jurisprudentielle depuis cette date.

⁵²⁰ Selon C.-A. Michel la solidarité passive n'est pas différente du cautionnement et délégation imparfaite n'est pas différente soit du cautionnement soit de la garantie autonome. Le recours à ces garanties a donc exclusivement pour but d'adjoindre au créancier un patrimoine supplémentaire répondant de la dette garantie. Elle en conclut que ces garanties doivent être soumises aux dispositifs visant à protéger le patrimoine de la caution. C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580, p. 294 et s., n° 281 et s. Dans le même sens : M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd, 2015, p. 348, n° 468.

engagements souscrits par les garants, aucune raison ne justifierait leur protection par la règle de proportionnalité. En outre, la sanction des garanties personnelles déséquilibrées pourrait être complexe. En effet, la réduction de ces garanties pourrait poser problème dès lors que ces garanties n'ont pas pour seule finalité de garantir le crédit octroyé à un tiers⁵²¹. Or, l'instauration de la règle de proportionnalité ne doit pas se faire au détriment de la cohérence des règles applicables aux garanties personnelles. Ainsi, notre étude portera uniquement sur l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés consacrées par le Code civil. Sera donc étudiée dans un premier temps, l'extension de la règle de proportionnalité du cautionnement aux autres sûretés personnelles (chapitre 1) et dans un second temps, l'extension de la règle de proportionnalité du cautionnement aux sûretés réelles consenties pour autrui (chapitre 2).

Chapitre 1

L'extension de l'exigence de proportionnalité aux sûretés personnelles

270. Importance du recours au cautionnement. Le cautionnement est la sûreté personnelle de référence. Un auteur qualifie le cautionnement de « sûreté réflexe » pour les banquiers⁵²². Cette expression met en évidence l'habitude prise par les banquiers de demander systématiquement un cautionnement lorsqu'ils envisagent d'octroyer un crédit. Cette automaticité de l'exigence

⁵²¹ Sur la distinction entre les sûretés et les garanties : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 5 et s., n° 7 et s. ; Ph. Simler, *op. cit.*, *loc. cit.* spéc. p. 89 : « Il existe indéniablement des techniques qui sont par nature des sûretés, en ce qu'elles ne peuvent avoir d'autres fonctions que celle-là : ce sont celles que chacun connaît et que désigne comme telles le Code civil depuis 2006 ». Néanmoins, la définition fonctionnelle des sûretés ne permet pas de distinguer les sûretés des garanties. v. par exemple la définition retenue par le vocabulaire juridique Capitant : « Pour un créancier, garantie fournie par un personne, ou établie par la loi ou plus rarement résultant d'un jugement, pour l'exécution d'une obligation ; disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance, malgré l'insolvabilité du débiteur » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° sûreté, sens 3. Un auteur affirme que la distinction entre sûretés et garanties est inutile : Ph. Simler, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (sous dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, n. 85 s., spéc. p. 88 et 89 : Ph. Simler affirme que la distinction entre garantie et sûreté est inutile : « on recherche assez vainement l'intérêt de la distinction ».

⁵²² P. Bouteiller, *Le cautionnement, aspects généraux et pratiques bancaires*, préf. B. Bouloc, éd. de l'épargne, Paris, 1986, p. 9. Dans le même sens : Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 918, n° 897 : « le cautionnement [...] est devenu une sûreté très prisée, omniprésente dans les opérations de toute nature, dans les dernières décennies du siècle dernier ».

d'un cautionnement est révélée par le fait que presque tous les crédits sont garantis au moins en partie par des cautionnements. Le recours au cautionnement en pratique ne se fait pas au détriment des autres sûretés puisque les cautionnements sont fréquemment accompagnés de sûretés réelles⁵²³. Malgré les inquiétudes ou les prévisions pessimistes de certains auteurs⁵²⁴, le cautionnement a conservé sa première place au sein des sûretés personnelles⁵²⁵. Il s'agit encore aujourd'hui de la sûreté personnelle la plus couramment utilisée malgré la consécration par le législateur de deux sûretés personnelles « concurrentes » au sein du Code civil⁵²⁶.

271. Importance des textes régissant le cautionnement. À la place conséquente prise par le cautionnement en pratique, correspond le nombre important d'articles qui lui sont consacrés au sein de différents codes. L'importance de ces textes contraste en particulier avec l'article unique consacré à chacune des deux autres sûretés personnelles⁵²⁷. La consécration récente de ces sûretés au sein du Code civil pourrait expliquer qu'elles ne bénéficient pas d'un régime complet, contrairement au cautionnement⁵²⁸. En effet, le régime du cautionnement a été façonné au fil des années, comme en témoignent la multiplication et l'éparpillement des textes dont il fait l'objet⁵²⁹. En réalité, c'est surtout la volonté du législateur de préserver la grande souplesse dont bénéficient ces sûretés issues de la pratique qui l'a conduit à les consacrer sans en détailler les régimes. Ainsi, la garantie autonome et la lettre d'intention ne font l'objet que d'un article chacune et si les grandes lignes du régime de la garantie autonome sont posées, la lettre d'intention est seulement définie.

⁵²³ P. Bouteiller, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵²⁴ Notamment : M. Cabrillac et Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd. 2015, p. 396, n° 545 : « Les prétention des administrations à préférer les garanties indépendantes au cautionnement, les formules de garanties indépendantes proposées pour la garantie du crédit-bail ou pour le paiement du dépôt de garantie dû par le bénéficiaire d'une promesse de vente, celles mêmes d'opérations de commerce ou financières font naître de légitimes inquiétudes. Alors que l'on juge les cautions trop lourdement tenues, la garantie indépendante rendrait leur situation pire encore ».

⁵²⁵ F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998, bibl. dr. privé t. 294. L'auteur affirmait en 1998 que malgré l'apparition de la garantie autonome en droit interne « les opérations internes restent très majoritairement garanties par des cautionnements ».

⁵²⁶ C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580. L'auteur estime que la garantie autonome et la lettre d'intention ne sont pas des sûretés concurrentes du cautionnement car elles ont des objets distincts du cautionnement.

⁵²⁷ Art. 2321 c. civ. relatif à la garantie autonome et art. 2322 c. civ. définissant les lettres d'intentions.

⁵²⁸ Ces sûretés ont été consacrées dans le Code civil par la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

⁵²⁹ Sur l'histoire du cautionnement : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 13 et s., n° 10 et s. ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 1 et s., n° 1 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 22 et s., n° 20.

272. **Extension partielle des règles aux autres sûretés personnelles.** Peut donc être constatée une absence presque totale de règle écrite applicable aux garanties autonomes et aux lettres d'intention. Ce constat ne devrait pas être remis en cause avec l'adoption de la réforme à venir du droit des sûretés dès lors que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié en 2017 par l'association Henri Capitant laisse quasiment inchangés les deux articles relatifs à ces sûretés personnelles. L'appartenance de ces sûretés à la catégorie des sûretés personnelles et l'absence de règles prévoyant leur régime, invitent à se poser la question de savoir s'il est envisageable de leur appliquer certaines règles prévues en matière de cautionnement. Si les méthodes utilisées diffèrent, toutes les sûretés personnelles reposent sur l'engagement d'un tiers en vue de l'octroi d'un crédit à un débiteur⁵³⁰. L'extension aux sûretés personnelles nouvellement consacrées des règles du cautionnement inspire la méfiance des auteurs qui affirment que la souplesse propre aux garanties autonomes et aux lettres d'intention doit être conservée. Ces auteurs craignent que les créanciers se désintéressent de ces sûretés⁵³¹. À l'opposé, un auteur propose que soit élaboré un régime commun des sûretés personnelles, dans le but de guider les comportements des praticiens dans leur choix de sûretés⁵³². D'autres auteurs estiment que la structure commune des sûretés personnelles invite à l'élaboration d'un tel régime⁵³³ ou plus précisément que la constitution de sûreté par une personne distincte du

⁵³⁰ L'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié en 2017 par l'association Henri Capitant propose une définition des sûretés personnelles à l'art. 2286-1 al. 1 du c. civ. selon laquelle « La sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal ». La définition actuellement proposée par le *Vocabulaire juridique* de l'association H. Capitant fait également apparaître ce trait essentiel des sûretés personnelles. En effet, selon cette définition la sûreté personnelle est la « sûreté assise sur une obligation, celle-ci offrant en garantie au créancier qui en est investi non la valeur d'une chose mais la solvabilité de la personne qui s'engage envers lui ; plus précisément sûreté consistant dans l'engagement, envers le créancier, d'un ou plusieurs autres débiteurs : engagement d'une caution, garantie autonome, lettre d'intention, solidarité de plusieurs codébiteurs ». v. également M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 38, n° 53 : parmi les caractéristiques des sûretés personnelles, les auteurs précisent que la sûreté personnelle est une « obligation de garantir souscrite par un tiers » ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 26, n° 24.

⁵³¹ v. notamment D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁵³² Ph. Simler « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP éd. G.*, 1990, I, 3427. L'auteur exprime sa crainte de voir la garantie autonome se répandre en droit interne et préconise l'instauration d'un minimum de protection pour l'ensemble des mécanismes utilisés comme garanties personnelles pour éviter que le cautionnement ne soit délaissé par les créanciers à leur profit.

⁵³³ J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 539, 2012, n° 131 et s. L'auteur affirme qu'il est possible de proposer un régime général applicable aux sûretés personnelles dès lors qu'elles reposent toutes sur une forme de coobligation. Ce régime découlerait naturellement de la pluralité des liens fédérés par la même cause ; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 36 : « si, en raison de la différence profonde de nature entre les sûretés personnelles et réelles, un droit commun à toutes les sûretés ne peut sans doute avoir qu'une consistance limitée et se situer à un niveau élevé d'abstraction, on peut identifier plus aisément un corps de règles communes, respectivement à chacune de ces catégories » ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, n° 481 ; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. Jobard-

débiteur est un critère de protection des constituants⁵³⁴. Tous les auteurs proposant des règles applicables à l'ensemble des sûretés personnelles en considération de leur ossature commune envisagent un régime élaboré à partir de règles appartenant au régime du cautionnement⁵³⁵. Parmi eux, le professeur Dimitri Houtcieff affirme à propos du cautionnement et de la garantie autonome que « s'agissant de deux sûretés personnelles, ces garanties répondent nécessairement à des règles communes ». Il précise que « le droit du cautionnement inspirera celui des garanties autonomes »⁵³⁶. Cette prédiction s'est révélée partiellement exacte puisque certaines règles du cautionnement ont été étendues aux garanties autonomes⁵³⁷.

273. Aligement des régimes en droit des procédures collectives. L'aligement le plus remarquable est le fait du législateur qui a étendu aux sûretés personnelles et aux sûretés réelles pour autrui l'ensemble des règles du droit des procédures collectives initialement applicables en matière de cautionnement. Dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, l'aligement n'a pas touché que les garanties autonomes mais l'ensemble des sûretés pour autrui consenties par des personnes physiques. Ainsi, en cette matière, les solutions concernant initialement les cautions ont été étendues à l'ensemble des « personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie »⁵³⁸. L'aligement des régimes des différentes sûretés consenties par des tiers est ici un instrument utilisé par le législateur. Sa volonté est d'inciter les dirigeants de société à demander l'ouverture d'une procédure collective dès leur prise de conscience des difficultés rencontrées par leurs entreprises⁵³⁹. Le législateur a connaissance de la pratique qui consiste pour le créancier à exiger

Bachelier, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 456, 2006 ; L. Andreu, « La simplification du droit des sûretés », in D. Bert, M. Chagny, A. Constantin (dir.), *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 187, spéc. n° 18.

⁵³⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 15, n° 21.

⁵³⁵ En particulier : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, n° 481. L'auteur propose la reconnaissance d'une « théorie générale des sûretés personnelles par analogie », et précisément une unification des règles applicables aux sûretés personnelles « sous l'égide du cautionnement ».

⁵³⁶ D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁵³⁷ La Cour de cassation a procédé à cette extension pour les règles relatives aux recours de la caution contre le débiteur ; pour l'article 1415 du Code civil : Cass. 1^e civ. 20 juin 2006, Bull. civ. I, 2006, 313, p. 271 ; *RTD civ.* p. 593, note P. Crocq ; *RTD com.* 2006, p. 902, note D. Legeais ; *D.* 2006, p. 1815, note V. Avena-Robardet ; *D.* 2006, p. 2539, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *JCP éd. E* oct. 2006, n° 2425, note O. Gout ; *JCP éd. G* sept. 2006, II, 10141 ; *JCP éd. N* sept. 2006, 1310, note V. Brémond ; *BJS* déc. 2006, n° 12, p. 1389, note H. Lecuyer.

⁵³⁸ Réforme opérée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui aligne le sort des coobligés et des personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome, réforme complétée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté qui étend encore le champ d'application des dispositions en incluant les « personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie », v. art. L. 622-26, L. 622-28 et L. 643-11 c. com.

⁵³⁹ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 11^e éd., 2018, p. 475, n° 726 ; B. Saint-Alary et C. Saint-Alary-Houin, « Le dirigeant-caution », *Dr. et patr.* 1996, p. 42.

systématiquement une sûreté personnelle consentie par le dirigeant en contrepartie du prêt octroyé à son entreprise⁵⁴⁰. Ainsi, en protégeant les garants lorsque les sociétés ont recours aux procédures collectives dites préventives⁵⁴¹, le législateur incite les dirigeants, en tant que garants, à réclamer l'ouverture de ces procédures plutôt que de tenter de sortir seuls des difficultés rencontrées, au risque d'être ensuite placé en redressement ou en liquidation judiciaires⁵⁴². Si seules les cautions avaient été concernées par ces règles, l'effet d'incitation des règles mises en place par le législateur aurait été manqué pour tous les dirigeants ayant garanti les dettes de leurs sociétés par le biais d'autres sûretés personnelles. Les motivations ayant poussé le législateur à aligner les régimes des sûretés consenties pour autrui sont propres au droit des procédures collectives. En dehors de cette matière, la question de l'alignement des régimes des différentes sûretés personnelles reste posée⁵⁴³.

274. Arguments pour l'alignement de certaines règles. Alliant des arguments d'opportunité, de logique législative et des arguments *a pari* et *a forciori*, les professeurs Manuella Bourassin et Vincent Brémond présentent les différents arguments en faveur de l'extension des règles du cautionnement aux garanties personnelles innomées⁵⁴⁴. Ils affirment que cette extension favoriserait la survie du cautionnement qui ne serait plus en concurrence avec les autres garanties trop souples et efficaces⁵⁴⁵. Ils rappellent par ailleurs que la plupart des dispositions relatives au cautionnement ont été rédigées à une époque où le cautionnement était la seule garantie personnelle utilisée en pratique. Enfin, ils exposent des arguments classiques selon lesquels d'une part l'extension est logique lorsque la raison d'être d'une règle réside dans une

⁵⁴⁰ La pratique étant tellement répandue que des études sont consacrées à ces cautionnements particuliers. Sur les particularités des cautionnements offerts par les dirigeants sociaux des entreprises garanties : F. Macorig-Venier, « La protection du dirigeant caution », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 3, mai 2012, dossier 16 ; R. Besnard Goudet, « La coexistence de deux régimes pour les cautions dirigeants », *Droit des sociétés* n° 11, nov. 2010, étude 16 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 68, n° 98.

⁵⁴¹ Il s'agit de la procédure de conciliation et de la procédure de sauvegarde. Ces procédures ne pouvant être ouvertes que sur demande du débiteur et avant qu'il se trouve en cessation des paiements pour la procédure de sauvegarde ou soit avant la cessation des paiements soit au maximum au cours des quarante-cinq jours suivant la cessation des paiements pour la procédure de conciliation. v. art L. 620-1, L. 611-4 et L. 611-5 c. com.

⁵⁴² L'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'une procédure de sauvegarde ne peut être demandée que par le débiteur en difficulté v. art. L. 611-6 et L. 620-1 c. com., alors que le redressement et la liquidation judiciaires peuvent être ouvertes sur initiative du débiteur, de ses créanciers ou du ministère public à condition que le débiteur soit en cessation des paiements (v. art L.631-1 et L.640-1).

⁵⁴³ Le législateur a toutefois procédé à l'alignement des sorts du cautionnement et des autres sûretés consenties pour autrui dans d'autres domaines, moins visibles que celui du droit des entreprises en difficulté. Tel est notamment le cas en matière de protection juridique des majeurs (art. 509 c. civ.), en matière de succession (art. 792 c. civ.) et en matière d'opération sur les obligations (notamment concernant la cession de contrat avec libération du cédant : art. 1216-3 c. civ., la cession de dette parfaite : art. 1328-1 et la subrogation art. 1346-4 c. civ.).

⁵⁴⁴ M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey Université, 7^e éd. 2020, p. 319, n° 432.

⁵⁴⁵ Le même argument est mis en évidence par Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP éd. G.*, 1990, I, 3427.

caractéristique du cautionnement que présente une autre sûreté personnelle et d'autre part, les dispositions protectrices des cautions devraient être appliquées aux autres garants qui s'engagent de manière plus rigoureuse⁵⁴⁶.

275. Identification des règles à étendre. Cette affirmation n'implique pas que l'ensemble des règles applicables au cautionnement doive être transposé aux garanties autonomes. Les auteurs distinguent les règles du cautionnement extensibles aux autres sûretés personnelles et celles qui ne le sont pas. Les lignes de partage proposées par les différents auteurs ne sont toutefois pas fondées sur les mêmes critères. Alors que pour certains les règles du cautionnement ne découlant pas de son caractère accessoire devraient être étendues aux autres sûretés personnelles⁵⁴⁷, pour d'autres, ce sont les règles résultant de la volonté de protéger les cautions assimilables à des consommateurs qui devraient être étendues à l'ensemble des sûretés personnelles⁵⁴⁸. Aucun de ces critères d'extension n'apparaît entièrement pertinent. Il semble préférable de se poser la question de la raison de l'instauration d'une règle de protection des cautions, afin de savoir si la même raison peut justifier l'extension de la règle de protection aux autres sûretés personnelles. Cette méthode appliquée à la règle de proportionnalité conduit à étendre cette règle à l'ensemble des sûretés personnelles⁵⁴⁹.

276. Étude de la seule règle de proportionnalité. Bien que seule soit posée la question de l'extension de la règle de proportionnalité, l'exposé de ces propositions est enrichissant. Les auteurs proposant l'extension aux sûretés personnelles des règles ne découlant pas du caractère accessoire du cautionnement devraient se montrer favorables à l'extension de l'exigence de proportionnalité à l'ensemble des sûretés personnelles⁵⁵⁰. En effet, la règle de proportionnalité

⁵⁴⁶ M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.*, *loc. cit.* Les auteurs mettent toutefois eux-mêmes en garde contre ces arguments *a pari* et *a fortiori* qui ne sont pas irréfutables dès lors qu'au sein même du cautionnement toutes les cautions ne jouissent pas des mêmes protections.

⁵⁴⁷ Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 36 : « s'il faut assurément se garder de transposer intempestivement aux autres sûretés personnelles les solutions admises en matière de cautionnement, il convient cependant de faire le départ entre celles qui sont tributaires du caractère accessoire du cautionnement et celles tenant à sa nature de sûretés personnelles ».

⁵⁴⁸ La commission travaillant sur les sûretés personnelles sous la direction du professeur Drobnig de l'Université d'Hambourg au sein du groupe d'étude pour un Code civil européen animé par le professeur Von Bar de l'Université d'Osnabrück, a proposé dans le projet de cadre commun de référence publié en 2009 que le régime du cautionnement soit applicable aux sûretés personnelles contractées par des consommateurs. À l'opposé, selon D. Houtcieff « L'extension à la garantie autonome des solutions inspirées par la seule volonté de protéger la caution est [...] à craindre » : D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁵⁴⁹ Peu importe que l'on considère que la règle de proportionnalité du cautionnement a été instauré en raison du caractère fondamentalement déséquilibré de ce contrat ou en raison de l'engagement personnel souscrit par la caution. v. n° 262 à 265.

⁵⁵⁰ Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016.

du cautionnement ne résulte du caractère accessoire renforcé de cette sûreté. La proportionnalité du montant du cautionnement est appréciée par rapport aux facultés de paiement de la caution et non par rapport à la dette garantie. Elle ne fait dès lors apparaître aucun lien spécial entre le cautionnement et la dette cautionnée. Cette précision ne sera toutefois pas suffisante pour convaincre tous les auteurs. Il est probable que certains désapprouvent le projet d'extension de la règle de proportionnalité du cautionnement dès lors qu'ils se méfient de la transposition des règles de protection de la caution aux autres garants⁵⁵¹. Le professeur Nicolas Borga formule des propositions qui se rapprochent des nôtres puisque, tout en se montrant sceptique quant à l'élaboration d'un droit commun impératif des sûretés personnelles, il propose diverses règles destinées à régir l'intervention de l'ordre public en droit des sûretés⁵⁵². Il lui semble, à ce titre, intéressant de lutter contre les sûretés inutiles et notamment contre les sûretés excessives⁵⁵³.

277. Avis en faveur de l'extension. De manière plus précise, d'autres auteurs se sont explicitement prononcés sur l'extension de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés personnelles⁵⁵⁴. L'extension de la règle de proportionnalité d'origine jurisprudentielle leur

⁵⁵¹ D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁵⁵² N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, 2009, nouv. bibl. de thèses vol. 82.

⁵⁵³ *Ibid.*, n° 363 s.

⁵⁵⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 495, n° 699. Les auteurs précisent que « l'éthique contractuelle dans sa dimension négative (ne pas abuser de sa position de force) pourrait conduire à imposer aux créanciers la tempérance : ils ne devraient pas faire souscrire au garant un engagement disproportionné par rapport à ses facultés financières ». Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 398, n° 495 : l'auteur estime qu'il est d'ores et déjà possible de sanctionner le créancier ayant obtenu des sûretés personnelles disproportionnées en engageant sa responsabilité pour faute : « pas plus que le créancier ne peut sans violer la bonne foi demander de la caution qu'elle souscrive un engagement manifestement disproportionné à ses biens et revenus, il ne pourrait demander un tel engagement à un garant autonome, un délégué, un constituant, ou encore un porte-fort ». Le recours à la notion de bonne foi dans le régime jurisprudentiel de la proportionnalité du cautionnement devrait naturellement pousser à l'extension de ce régime aux autres sûretés personnelles, la bonne foi étant une notion générale. L'auteur affirme également que la volonté de protéger les cautions contre le surendettement découle de sa nature d'endettement pour autrui laquelle est partagée par toutes les sûretés personnelles. Selon lui « les règles dont la *ratio legis* consiste en une prévention de l'endettement pour autrui doivent s'appliquer aux sûretés personnelles nouvelles » v. p. 389, n° 481. Ce dernier argument est repris par C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580. L'auteur se fonde sur la *ratio legis* de la règle de proportionnalité du cautionnement pour qualifier son extension aux autres sûretés personnelles de « naturelle ». L'auteur se positionne donc en faveur d'une extension de la règle légale de proportionnalité opérée par le législateur. Elle qualifie la règle de proportionnalité d'« expression des principes de dignité humaine et de liberté patrimoniale », elle précise que cette règle ne résulte pas de la technique du cautionnement mais de la volonté du législateur de protéger la caution qui s'engage pour autrui et sur l'ensemble de son patrimoine. Elle rappelle que tous les garants offrant des sûretés personnelles se trouvent dans cette position de sorte que l'article L. 332-1 c. consom. devrait être généralisé à l'ensemble des sûretés personnelles : v. p. 67 n° 64. L'auteur affirme par ailleurs qu'il est probable que les juges procèdent eux-mêmes à une extension de la règle de proportionnalité d'origine jurisprudentielle. Toutefois, l'auteur émet en parallèle une proposition contradictoire. Selon elle, il serait souhaitable les garants personnes physiques ne puisse s'engager envers des créanciers professionnels pour des besoins non professionnels que sous la forme d'un cautionnement. Estimant dans le même sens que le régime jurisprudentiel de proportionnalité serait

semble à la fois possible et opportune. Nous défendrons également l'extension de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés personnelles. Néanmoins, plutôt que de suivre la voie de l'engagement de la responsabilité du créancier, nous envisagerons une consécration légale d'une règle de proportionnalité applicable à l'ensemble des sûretés personnelles⁵⁵⁵.

278. Arguments en faveur de l'extension. L'extension de la règle de proportionnalité au-delà des strictes limites du cautionnement semble tout à fait envisageable. L'un des éléments invitant à se positionner en faveur de cette extension peut sembler anecdotique mais il est révélateur. Il s'agit de constater que l'arrêt Macron, connu pour avoir « consacré un principe de proportionnalité du cautionnement » a en réalité été rendu à propos d'un aval⁵⁵⁶. Il est dès lors impossible d'affirmer que l'exigence de proportionnalité du cautionnement relevé par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 juin 1997 doit rester absolument cantonnée à cette sûreté. Il est également notable que l'exigence de proportionnalité ne découle pas du caractère essentiellement accessoire du cautionnement, lequel est propre à cette sûreté. Il est possible d'en conclure qu'il n'existe pas de raison évidente de limiter cette règle au cautionnement⁵⁵⁷. En outre, la finalité de la règle invite à l'étendre aux autres sûretés personnelles. La règle de proportionnalité du cautionnement a pour objectif de protéger la caution d'un risque d'insolvabilité. Or, il n'existe pas *a priori* de raison de priver les garants autonomes et les émetteurs de lettres d'intention de cette protection. L'ensemble de ces garants s'engage personnellement à garantir la dette d'autrui⁵⁵⁸. En outre, leurs engagements peuvent tous être qualifiés de dangereux, initialement indolores et couvrant parfois des durées très

approprié pour les garanties autonomes : F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd., 2008, n° 1833 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, Thémis 3^e éd., 2016, n° 145.

⁵⁵⁵ Pour une consécration légale d'une règle de proportionnalité applicable à l'ensemble des sûretés personnelles : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 495, n° 699. Les auteurs proposent d'inclure une exigence de proportionnalité dans un régime primaire des sûretés personnelles.

⁵⁵⁶ A. Cerles, *Le cautionnement et la banque*, Revue banque, 2^e éd., 2008. L'auteur fait remarquer que dès le départ l'exigence de proportionnalité dépasse le cadre strict du cautionnement bien que le régime du cautionnement soit presque entièrement applicable à l'aval.

⁵⁵⁷ À l'inverse, une règle de protection de la caution résultant du caractère accessoire par essence du cautionnement ne peut être étendue aux autres sûretés personnelles dès lors que ces dernières ne présentent pas ce caractère. Le critère du lien entre une règle applicable au cautionnement et le caractère essentiellement accessoire de cette sûreté est d'ailleurs retenu par deux auteurs pour distinguer les règles du cautionnement devant être étendues à l'ensemble des sûretés personnelles et les autres : Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 36 : « s'il faut assurément se garder de transposer intempestivement aux autres sûretés personnelles les solutions admises en matière de cautionnement, il convient cependant de faire le départ entre celles qui sont tributaires du caractère accessoire du cautionnement et celles tenant à sa nature de sûretés personnelles ».

⁵⁵⁸ L'adjectif personnel « relatif à un droit de créance, à une obligation ; caractérise le droit pour le créancier d'exiger du débiteur (*jus ad personam*) l'exécution de son engagement » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° personnel, elle.

longues⁵⁵⁹. Les garanties autonomes sont d'ailleurs plus dangereuses que le cautionnement. En souscrivant de telles garanties, les garants se privent par principe de la possibilité d'invoquer tout moyen de défense au jour de leur appel⁵⁶⁰. Ainsi, la protection offerte aux cautions devrait *a pari* être offerte aux émetteurs de lettres d'intention et *a fortiori* être offertes aux garants autonomes qui s'engagent en des termes plus stricts⁵⁶¹.

279. Vérification de l'opportunité de l'extension. Il sera vérifié que ces arguments sont suffisants pour proposer que l'exigence de proportionnalité soit transposée à l'ensemble des sûretés personnelles. Pour ce faire, seront envisagées distinctement l'extension de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes (section 1) et aux lettres d'intention (section 2).

Section 1 : L'extension de l'exigence de proportionnalité aux garanties autonomes

280. Question de la possibilité et de l'opportunité de l'extension. La règle de proportionnalité est aujourd'hui réservée au cautionnement. Il est possible d'imaginer que le régime jurisprudentiel de la proportionnalité du cautionnement soit appliqué, en l'état, aux garanties autonomes dès lors qu'il est fondé sur la notion de bonne foi du créancier. Allant plus loin, il est possible d'étendre la règle de proportionnalité du cautionnement aux garanties autonomes sans recourir à la notion de bonne foi du créancier. Il sera vérifié que la règle de proportionnalité prévue par le législateur en matière de cautionnement devrait et pourrait être adaptée aux garanties autonomes (§ 1). Même si l'adaptation aux garanties autonomes de la règle de proportionnalité ne pose pas de difficulté, il n'est pas certain que l'extension envisagée soit favorablement accueillie en doctrine et en pratique. L'étude de l'applicabilité de la règle de proportionnalité précédera donc celle de l'opportunité de l'application aux garanties autonomes de cette règle (§ 2).

⁵⁵⁹ De ce point de vue, les lettres d'intention présentent néanmoins une particularité puisque l'action de l'émetteur d'une telle lettre peut être attendue immédiatement au jour de son engagement.

⁵⁶⁰ Excepté la fraude ou l'abus manifeste lors de l'appel. v. art 2321 c. civ. al. 2 : « le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ». Sur ces exceptions : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 407, n° 588 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 215, n° 344 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 384 et s., n° 527 et s.

⁵⁶¹ Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005 : « seuls les arguments *a pari* et *a fortiori* dans le cas d'un engagement plus rigoureux que celui d'un [cautionnement] nous paraissent recevables », p. 390 et 391, n° 481.

§ 1 : Le besoin et les moyens de protection des garants autonomes

281. **Étude des garanties autonomes.** Il est nécessaire de présenter l'histoire des garanties autonomes afin de comprendre pourquoi se fait sentir aujourd'hui un besoin de protection des garants autonomes (I). Il conviendra ensuite de s'assurer que la règle de proportionnalité pourra participer à la protection des garants. Pour ce faire, il sera nécessaire de vérifier que la règle de proportionnalité pourra être adaptée aux garanties autonomes (II).

I. La naissance d'un besoin de protection des garants autonomes

282. **Besoin de protection des garants autonomes.** Les garants autonomes ont-ils besoin d'être protégés contre l'insolvabilité par une règle de proportionnalité de leur engagement ? La réponse à cette question n'est pas évidemment positive. Elle dépend de l'utilisation faite de cette sûreté. L'évolution du recours aux garanties autonomes sera donc exposée. Les garanties autonomes originellement souscrites par des établissements de crédit ne faisaient apparaître aucun besoin de protection du patrimoine des garants (A). Ce besoin est apparu dès lors que l'évolution du recours aux garanties autonomes a laissé une place à la souscription de telles garanties par des personnes physiques (B).

A. L'utilisation originelle de la garantie autonome

283. **Protection inutile des établissements bancaires.** À l'origine cette sûreté est apparue en matière internationale et était consentie uniquement par des banques. Or, dans la majorité des cas, une protection des établissements de crédit se portant garants autonomes serait inutile en pratique puisque ces garants n'y auraient pas recours. Ces garants désirent respecter leur engagement en payant la somme due au bénéficiaire dès son appel. Les établissements de crédit sont soucieux de montrer qu'ils méritent la confiance qui leur est accordée. En matière de garantie autonome accordée par un établissement de crédit, la réticence au paiement est le plus souvent celle du donneur d'ordre. Cette volonté du garant d'exécuter son engagement pourrait surprendre. Elle s'explique par le fait que le garant autonome est certain de l'efficacité de son recours contre le donneur d'ordre qui, en pratique, dispose d'un compte bancaire tenu par l'établissement garant⁵⁶². Malgré l'existence résiduelle de situations dans lesquelles les établissements de crédit cherchent à se soustraire à leurs engagements, l'instauration d'une

⁵⁶² Sur cette pratique : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 1067, n° 1041 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 364, n° 492.

règle de proportionnalité à leur profit ne leur serait d'aucun secours. En application de règles de protection qui leurs sont propres, les établissements de crédit ne peuvent consentir des garanties autonomes disproportionnées à leurs facultés de paiement. La cessation des paiements d'un établissement de crédit emporterait de lourdes conséquences⁵⁶³ ce qui explique que certaines règles permettent d'assurer le maintien de leur bonne santé financière⁵⁶⁴. Ainsi, la protection financière des établissements de crédit se portant garant autonome n'est pas nécessaire.

284. Protection inutile à l'origine. À l'origine du développement de cette sûreté en France, les garanties autonomes étaient toujours consenties par des établissements de crédit. Dans les années 1980, la protection financière des garants autonomes n'aurait donc eu aucune utilité. Ainsi, l'histoire de la garantie autonome permet d'expliquer l'absence de protections offertes aux garants. Toutefois, l'utilisation faite de cette sûreté a ensuite évolué. Cette sûreté n'est plus réservée aux garants professionnels. Il en résulte que la question de l'utilité d'une règle de proportionnalité des garanties autonomes doit être actualisée au regard de l'évolution du recours à cette sûreté en pratique.

B. *La diversification du recours aux garanties autonomes*

285. Recours aux garanties autonomes en droit interne. Il est nécessaire de retracer l'évolution du recours à la garantie autonome pour mettre en évidence l'apparition d'un besoin de protection des garants autonomes. Lorsque, dans les années 1980, les praticiens ont commencé à avoir recours aux garanties autonomes en droit interne, ces sûretés permettaient de remplacer la consignation de fonds⁵⁶⁵. Toutefois, l'automatisme du paiement en cas d'appel du garant a fait émerger chez les créanciers la volonté de recourir à ces garanties autonomes non plus seulement en remplacement de la consignation de fonds, mais aussi en lieu et place des cautionnements⁵⁶⁶. Cette idée s'est concrétisée et l'évolution dans le recours aux garanties

⁵⁶³ En témoigne l'ampleur de la crise de 2008. Pour une explication de son déroulement et de ses causes : V. Catillon, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques » *LPA* 8 août 2008, n° 159, p. 7.

⁵⁶⁴ Il est notable d'ailleurs que ces règles sont construites selon un modèle qui rappelle le mécanisme de la proportionnalité. Les banques et différents établissements du secteur bancaire sont tenus de respecter des ratios entre les fonds accordés à leurs clients et les fonds propres dont ils disposent. Ces ratios permettent de vérifier qu'un rapport de proportionnalité strictement défini existe entre les sommes accordées sous forme de prêts ou de crédit par signature et les fonds dont dispose le créancier qui correspondent à ses facultés de paiement. cf. L. 511-41 c. mon. et fin. ; v. n° 104.

⁵⁶⁵ A. Touzain, *La consignation*, thèse Paris, 2018.

⁵⁶⁶ Le trait principal des garanties autonomes réside dans l'inopposabilité des exceptions par le garant : sur l'inopposabilité des exceptions : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 935 et s., n° 918 et s. Cet élément caractéristique des garanties autonomes a également été consacré par le législateur de 2006. En effet, l'article 2321 alinéa 3 du Code civil prévoit que « le garant ne

autonomes a bouleversé l'esprit de ces sûretés. Les garanties autonomes remplaçant les consignations de fonds permettaient aux bénéficiaires de se trouver dans une position confortable en attendant l'exécution de ses obligations par le donneur d'ordre. Aujourd'hui, les garanties autonomes remplaçant les cautionnements permettent aux bénéficiaires d'obtenir par un tiers l'exécution des obligations dont ils sont créanciers⁵⁶⁷.

286. Substitut au cautionnement. L'évolution dans l'utilisation des garanties autonomes est indéniable, elle se traduit par le recours à ces sûretés dans des situations dans lesquelles seuls des cautionnements étaient auparavant exigés. L'octroi de garantie autonome en remplacement du cautionnement est exigé notamment des entrepreneurs qui tentent d'obtenir des marchés de travaux internes⁵⁶⁸. Ces entrepreneurs sont, en effet, de plus en plus souvent amenés à offrir des garanties autonomes alors qu'auparavant seuls des cautionnements leur étaient demandés. Les garanties autonomes exigées des entrepreneurs candidats à l'obtention de marchés sont consenties par des banques. En dehors de ce domaine précis, l'évolution de l'utilisation des garanties autonomes s'est accompagnée de l'apparition de garanties autonomes souscrites par des personnes physiques, y compris des personnes physiques non professionnelles⁵⁶⁹.

287. Propositions doctrinales de restriction de la validité des garanties autonomes. La souscription de garanties autonomes par des particuliers est généralement critiquée⁵⁷⁰. Certains auteurs proposent d'interdire aux personnes physiques non professionnelles de souscrire de telles garanties⁵⁷¹. D'autres envisagent d'instaurer des règles de protection des garants

peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie ». Ainsi, le garant ne peut puiser dans cette relation des exceptions à opposer au créancier qui l'appelle en paiement. De ce point de vue, la garantie autonome apparaît plus efficace que le cautionnement qui n'est exécuté qu'en l'absence d'exceptions opposables par la caution, lesquelles peuvent trouver leur source dans la relation établie entre le débiteur et son créancier. Art. 2313 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ». Sur la distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions purement personnelles au débiteur principal : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 6^e éd. 2018, p. 88 et s., n° 139 ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 961, n° 1326.

⁵⁶⁷ A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 866, n° 1227 : les auteurs parlent d'un « glissement » de l'utilisation faite des garanties autonomes.

⁵⁶⁸ Ch. Mouly, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991.

⁵⁶⁹ Ph. Simler, « A propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques (validité, mention manuscrite, qualification) », *JCP éd. N* 1991, I, p. 343. L'auteur parle de « remède de cheval ».

⁵⁷⁰ v. notamment J.-L. Rives-Lange, obs. sous Paris, 5 fév. 1992, *Banque* 1992, p. 844 ; L. Aynès, « La preuve d'une garantie indépendante peut résulter de la souscription d'un acte écrit qui constitue un commencement de preuve par écrit devant être complété par un élément extrinsèque tenant à la qualité du garant », *D.* 1995, p. 201 ; M. Terray, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP.* 1987. I. 3295 ; P. Ancel, « Le cautionnement des dettes de l'entreprise », *D.* 1989, n° 721 ; D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁵⁷¹ J.-L. Rives-Lange, obs. sous Paris, 5 fév. 1992, *Banque* 1992, p. 844 ; D. Houtcieff admet notamment que « la garantie autonome se signale par son âpreté à l'égard du garant et l'on conçoit mal qu'une personne physique – un

personnes physiques⁵⁷². Recherchant une solution plus élaborée, certains auteurs proposent que les personnes physiques ne puissent consentir de garanties autonomes, sauf si cette sûreté remplace la constitution d'un dépôt de fonds⁵⁷³. Il semble que ces auteurs acceptent, par exception, la souscription de garanties autonomes par des personnes physiques dans ces hypothèses car la garantie autonome est moins contraignante que la consignation de fonds⁵⁷⁴. Néanmoins, le constituant de cette sûreté réelle est souvent le débiteur lui-même. La contrainte consistant dans l'impossibilité de jouir des sommes consignées est donc subie par le débiteur lui-même en présence d'une consignation. Au contraire, en matière de garantie autonome, la contrainte est subie par un tiers, le garant, sur qui pèse la menace d'un appel à exécuter son obligation envers le bénéficiaire. Dès lors, il semble contestable de faire dépendre la validité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques de la nature de la sûreté qu'elle remplace. En effet, le garant autonome n'est pas favorisé lorsqu'il souscrit un engagement qui remplace la consignation de fonds, laquelle aurait été consentie par le débiteur et non par lui. La personne physique se portant garant autonome encourt les mêmes risques quelle que soit la sûreté qui aurait été exigée si le recours à la garantie autonome ne lui avait pas été préféré. Il est possible que ces auteurs proposent une distinction fondée sur la nature de la sûreté en remplacement de laquelle a été souscrite la garantie autonome dans le but de faire échec au

consommateur peut-être – puisse contracter un pareil engagement, spécialement si l'on considère le mouvement parallèle de renforcement de la protection de la caution ». Néanmoins, en l'absence d'interdiction formulée par le législateur, l'auteur constate que les garanties autonomes peuvent être souscrites par des personnes physiques. v. D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s. ; comp. D. Legeais, *Sûretés et garantie du crédit*, LGDJ, 9^e éd., 2013. Critiquant le recours aux garanties autonomes utilisées comme substitut au cautionnement, D. Legeais propose de recourir au cautionnement à première demande. Comme le garant autonome, la caution à première demande doit s'exécuter de manière automatique lorsqu'elle est appelée. Mais, contrairement au garant autonome, elle retrouve le droit d'opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette une fois le paiement effectué. Toutefois, à l'heure actuelle ces sûretés ne sont pas admises en jurisprudence. Lorsqu'une clause de paiement à première demande figure dans une convention la Cour de cassation retient que la clause produit ses effets si la convention souscrite est une véritable garantie autonome, mais est dépourvue de toute portée si la garantie souscrite est un cautionnement. Selon D. Legeais si ces sûretés étaient admises, leur souscription devrait être réservées aux établissements de crédit. Ainsi, même pour une sûreté moins rigoureuse que la garantie autonome, l'auteur n'admet pas que les personnes physiques puissent s'engager dans les termes d'une sûreté plus dangereuse que le cautionnement classique.

⁵⁷² N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, 2009, nouv. bibl. de thèses vol. 82, p. 291, n° 299 et s. L'auteur affirme que la distinction reposant sur la qualité du garant est utile pour déterminer le régime des protections des garants et non la validité des garanties autonomes.

⁵⁷³ Ch. Mouly, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 267 qui proposait de n'admettre la souscription de garanties autonomes par des personnes physiques qu'en remplacement d'une consignation. Cette restriction nécessite une intervention du législateur ; D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s. : estime que « seules les personnes physiques professionnelles devraient pouvoir recourir à de telles garanties, à moins que celles-ci ne se substituent purement et simplement à un dépôt de fonds ou une indemnité d'immobilisation ».

⁵⁷⁴ Sur l'usage des garanties autonomes comme substitution au dépôt de garantie : Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 919, n° 898.

projet des créanciers d'esquiver les règles du cautionnement en délaissant cette sûreté au profit des garanties autonomes⁵⁷⁵. Toutefois, du point de vue de la protection des garants, rien ne permet de justifier qu'une personne physique puisse ou non s'engager dans les termes d'une garantie autonome selon l'intention du créancier lorsqu'il a exigé la souscription d'une telle garantie. Il semble plus cohérent d'opter soit pour une interdiction du recours aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques, soit pour l'instauration de règles de protection des personnes physiques se portant garants autonomes. La cour d'appel de Paris a entendu l'appel de la doctrine en faveur de la restriction de validité des garanties autonomes. Elle a tenté de bloquer la souscription de garanties autonomes par des personnes physiques⁵⁷⁶, mais la Cour de cassation n'a pas suivi ce mouvement⁵⁷⁷. Ainsi, malgré les critiques, l'utilisation de la garantie autonome comme substitut du cautionnement et la souscription de telles garanties par des personnes physiques sont des réalités incontestables.

288. Absence de restriction légale générale. Les vaines tentatives de la cour d'appel de Paris démontrent qu'il appartient au législateur de restreindre la validité des garanties autonomes. Ce dernier n'a pas opté pour une interdiction générale du recours aux garanties autonomes des personnes physiques. Pourtant, il n'ignore pas le danger représenté par ces sûretés rigoureuses puisqu'il a interdit le recours à ces sûretés dans certaines situations. En effet, la rigueur de la garantie autonome a conduit le législateur à interdire le recours à ces sûretés dans des domaines où les débiteurs et les garants sont des particuliers, non habitués au monde des affaires. Sont

⁵⁷⁵ D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s. L'auteur semble se rapprocher de l'idée d'une fraude à la loi, selon lui les garanties autonomes utilisées en droit interne comme sûretés de substitution au cautionnement « portent en elles la tentation du contournement des règles du cautionnement » ; dans le même sens Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005. L'auteur propose de réprimer la souscription par des personnes physiques s'engageant envers des créanciers professionnels de sûretés personnelles différentes du cautionnement, lorsque le recours à ces sûretés résulte d'une volonté d'échapper à l'application du régime du cautionnement. Il rappelle la définition classique de la fraude : « il y a fraude à chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif ». J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préf. G. Marty, Dalloz 1957, spéc. p. 208. Selon l'auteur la sanction de la fraude à la loi ne devrait concerner que les sûretés innommées, mais il n'exclue pas que le juge sanctionne le recours frauduleux aux sûretés personnelles consacrées. Un auteur se prononce même contre la souscription de garanties autonomes par des personnes physiques : J. Terray, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP éd. G*, 1987, I, 3295.

⁵⁷⁶ v. CA Paris, 27 juin 1990 ; *JCP éd. E* 1991, II, 119, obs. Hassler ; *Défrenois* 1990, at. 34917, p. 1349, obs. L. Aynès : la CA reconnaît la qualification de garantie autonome mais l'annule pour dol ; CA Paris 5 fév. 1992 : *D.* 1992, inf. rap. 129 : les juges confirment leur hostilité envers ces garanties autonomes souscrites par des personnes physiques ; CA Paris, 5^e ch. A, 26 janv. 1993, *D.* 1993, p. 93 : allant encore plus loin, les juges affirment de manière péremptoire que la garantie consentie par une personne physique ne peut être qu'un cautionnement ; v. D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁵⁷⁷ Cass. com. 20 fév. 1985, Bull. civ. IV, n° 74 ; *JCP éd. G* 1985, IV, 160.

ainsi interdites les souscriptions de garanties autonomes garantissant le remboursement de prêts à la consommation, de prêts immobiliers⁵⁷⁸, et le remboursement de dettes issues d'un bail d'habitation, sauf si la garantie autonome remplace le dépôt d'espèce prévu dans le cadre de ces contrats⁵⁷⁹. Le législateur de 2006 a ainsi fait le choix d'autoriser de manière générale la souscription de garanties autonomes et de poser des limites à leur validité circonscrites à certaines hypothèses. N'ont donc par été entendues les propositions des auteurs allant dans le sens d'une interdiction générale des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques. Il semble dès lors peu probable que le législateur revienne sur la consécration de cette sûreté. En l'état, l'absence d'interdiction générale de souscription de garanties autonomes par des personnes physiques invite à penser que les garants pourraient avoir besoin d'une règle de protection contre l'insolvabilité⁵⁸⁰.

289. Garanties autonomes souscrites par des personnes physiques. Il convient de préciser immédiatement que la règle de proportionnalité appliquée aux garanties autonomes serait réservée, aux garants autonomes de bonne foi. Il convient dès lors de combiner la règle de proportionnalité qui serait réservée aux garants personnes physiques de bonne foi et les interdictions ponctuelles pour les personnes physiques de se porter garant autonome. Rappelons que si les personnes physiques peuvent souscrire des garanties autonomes, elles ne peuvent le faire ni pour garantir un prêt à la consommation ou un prêt immobilier, ni pour garantir les dettes issues d'un contrat de bail⁵⁸¹. Ainsi, les principaux crédits consentis aux particuliers pour des dettes non professionnelles ne peuvent être garantis par des garanties autonomes souscrites

⁵⁷⁸ Art. L.314-19 c. consom. « La garantie autonome définie à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit relevant des chapitres II et III du présent titre ».

⁵⁷⁹ Art. 22-1-1 de la loi 6 juillet 1989 n° 89-462 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 qui dispose que « la garantie autonome prévue à l'article 2321 du Code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article ».

⁵⁸⁰ Les auteurs qui sont hostiles à l'extension des règles de protection de la caution aux garants autonomes sont ceux qui optent pour une interdiction faite aux personnes physiques de se porter garants autonomes. Tel est le cas de D. Houtcieff qui affirme que « si les impératifs liés à la bonne foi doivent s'appliquer ici comme ailleurs, ils ne doivent prospérer ici que s'ils sont compatibles avec la nature profonde de la garantie : celle d'un substitut au dépôt de fonds », v. D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », in *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s. La logique poursuivie par cet auteur est cohérente : les personnes physiques ne pourront se porter garants autonomes que s'ils consentent ces sûretés en remplacement d'une consignation de fonds. Il en déduit que l'efficacité de la garantie autonome doit rester absolue. Nous n'adhérons pas à cette proposition car nous tenons compte de la réalité juridique et constatons que les personnes physiques sont aujourd'hui autorisées à se porter garants autonomes y compris en substitution d'un cautionnement. Ainsi, aucun auteur ne se prononce en faveur du maintien de la rigueur des garanties autonomes à l'encontre des garants personnes physiques.

⁵⁸¹ L. 313-10-1 c. consom. et art. 22-1-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Sur cette limite à la licéité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 972, n° 957.

par des personnes physiques. Il en résulte que les personnes physiques se portant garants autonomes assurent principalement le paiement de dettes professionnelles. Ce constat invite à penser que dans de nombreux cas, les garants personnes physiques sont des dirigeants de société garantissant le paiement des dettes de leurs sociétés ou des membres de leurs familles qui sont appelés à soutenir les entreprises de leurs proches⁵⁸². Comme en matière de cautionnement, la finalité de la règle de proportionnalité conduit à penser que ces garants doivent être protégés, quel que soit leur intéressement à la dette garantie⁵⁸³. La finalité de la règle étant la protection des personnes physiques contre l'insolvabilité, le simple constat du risque d'insolvabilité des personnes physiques se portant garants autonomes suffit à justifier l'extension de la règle de proportionnalité. C'est donc suivant un raisonnement *a fortiori* que nous considérons que les personnes physiques se portant garants autonomes méritent d'être protégées de l'insolvabilité par la règle de proportionnalité⁵⁸⁴.

II. *L'adaptation de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes*

290. Possibilité d'extension isolée ou générale des protections offertes à la caution. L'application de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes aurait pu découler naturellement de l'extension des règles de la sûreté personnelle de référence aux garanties autonomes. Cette extension n'a toutefois pas été admise par le législateur et est restée une simple proposition doctrinale. Sera néanmoins étudiée cette question de l'application des règles de protection des cautions aux garants autonomes (A). Néanmoins, même en l'absence d'extension de l'ensemble des règles de protection des cautions aux garants autonomes, il est envisageable d'étendre la seule règle de proportionnalité aux garanties autonomes. Il sera démontré que cette extension est possible, par la précision des éléments mis en balance dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité. Ces démonstrations répondront à la question de l'applicabilité de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes (B).

⁵⁸² Sur cette pratique : S. Blot, « Les garanties autonomes face à la pratique bancaire », *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 17 : « Les hypothèses de garantie autonome bénéficiant à la banque se retrouvent surtout pour les garanties demandées aux dirigeants de sociétés, aux sociétés mères dans le cadre de groupe de sociétés après accord du conseil d'administration ».

⁵⁸³ v. n° 55 à 66.

⁵⁸⁴ Le raisonnement *a fortiori* est un procédé logique qui tend à rapprocher le droit d'une science exacte. v. F. Terré et N. Molfessis, Introduction générale au droit, 11e éd., Précis Dalloz, 2019, p. 685, n° 605.

291. **Dangerosité des garanties autonomes.** En 2006, le législateur a fait le choix de consacrer les garanties autonomes sans les encadrer strictement. Le chapitre dédié à ces garanties⁵⁸⁵ ne comporte qu'un article comprenant la définition et les grandes lignes de son régime⁵⁸⁶. La volonté du législateur de conserver la souplesse qui caractérise ces sûretés issues de la pratique est évidente⁵⁸⁷. Néanmoins, cette souplesse signifie-t-elle qu'il faille laisser les parties prévoir les modalités de leur choix dans l'intimité d'un contrat impénétrable ? L'appartenance de cette sûreté à la catégorie des sûretés personnelles révèle nécessairement un risque pris par le garant⁵⁸⁸. Le garant est une personne qui contracte une obligation à laquelle il sera rigoureusement tenu, dans le but d'accroître la confiance accordée à un tiers par son créancier. L'engagement pour autrui, caractérisant l'ensemble des sûretés personnelles, représente un danger. Ce risque a conduit le législateur à instaurer des règles de protection de la caution et invite à se poser la question de l'opportunité de la protection des garants autonomes.

292. **Extension légale de certaines règles du cautionnement.** En tant que sûreté personnelle de référence, le cautionnement sert évidemment d'exemple lorsque se pose la question de l'encadrement de la garantie autonome. La question de l'extension aux garanties autonomes des règles prévues en matière de cautionnement a été étudiée par de nombreux auteurs⁵⁸⁹. Certaines des protections offertes aux cautions ont été étendues aux garants autonomes. En particulier, le législateur a aligné le régime des garanties autonomes sur celui du cautionnement lorsque le

⁵⁸⁵ Chapitre 2 relatif aux garanties autonomes du Titre 1 portant sur les sûretés personnelles au sein du livre IV du Code civil consacré aux sûretés.

⁵⁸⁶ Art. 2321 c. civ. : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

⁵⁸⁷ En ce sens Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 911, n° 892 : « ce texte se borne à donner une définition de la garantie autonome et à en fixer les caractéristiques majeures ».

⁵⁸⁸ Sur la dangerosité des sûretés personnelles : v. n° 31.

⁵⁸⁹ v. n° 272 et s.

donneur d'ordre fait l'objet de procédures collectives⁵⁹⁰. Le législateur a également procédé à un tel alignement en matière de successions⁵⁹¹.

293. Extension judiciaire de certaines règles du cautionnement. La Cour de cassation a décidé que devait être appliqué aux garants autonomes l'article 1415 du Code civil⁵⁹² qui vise pourtant exclusivement les cautions⁵⁹³. Cette solution est fondamentale. Elle démontre que la Cour de cassation est prête à assimiler la garantie autonome et le cautionnement pour admettre qu'une règle prévue exclusivement pour le cautionnement, soit appliquée en matière de garantie autonome⁵⁹⁴. Pour parvenir à cette solution, la Cour de cassation s'est fondée sur la *ratio legis* de la règle en cause. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a identifié une règle de protection du patrimoine commun des époux applicable aux cautionnements. Cette règle a été prévue en raison de la dangerosité des cautionnements. Puisque la garantie autonome présente également un caractère dangereux, la Cour de cassation a étendu par analogie la règle applicable en matière de cautionnement aux garanties autonomes⁵⁹⁵. Le raisonnement par analogie peut même céder ici sa place au raisonnement *a fortiori*. En effet, la dangerosité des garanties autonomes est en

⁵⁹⁰ Réforme opérée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui aligne le sort des coobligés et des personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome, réforme complétée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté qui étend encore le champ d'application des dispositions en incluant les « personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie », v. art. L. 622-26, L. 622-28 et L. 643-11 c. com.

⁵⁹¹ Art. 792 c. civ. : « Faute de déclaration dans un délai de quinze mois à compter de la publicité prévue à l'article 788, les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte » issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁵⁹² Cass. 1^e civ., 20 juin 2006, Bull. civ. I, n° 313 ; *JCP éd. G* 2006, I, 195, n° 9, obs. Ph. Simler, et II, 10141, note S. Piedelièvre ; *JCP éd. N*, 2006, 1310, note V. Brémond ; *JCP éd. E*, 2006, 2824, n° 9, obs. Ph. Simler ; *D.* 2006, p. 1815, obs. V. Avena-Robardet et p. 2539, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *RTD civ.* 2006, p. 592, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006, p. 902, obs. D. Legeais ; *RDC* 2006, p. 1193, obs. D. Houtcieff ; *Dr. et patr.*, janv. 2008, p. 87, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; *Défrenois* 2006, p. 1617, obs. D. Houtcieff ; *RLD civ.* sept. 2006, p. 27, obs. G. Marraud des Grottes.

⁵⁹³ Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ».

⁵⁹⁴ Sur cette extension du champ d'application de l'article 1415 c. civ. : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 1004, n° 981. v. aussi : F. Jacob et N. Rontchevsky, *L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties*, in *Mél. AEDBF*, éd. Banque, 2001, p. 197 ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 931 et s., n° 1293 et 1294.

⁵⁹⁵ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° Analogie : « montrer que la raison d'appliquer la règle a la même force dans les deux cas ». Sur la création de règles nouvelles par analogie : F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. Saleilles, LGDJ, t. 1^e, 1919. Le raisonnement par analogie a d'ores et déjà permis aux juges de la Cour de cassation de faire bénéficier les garants autonomes de l'art. 1415 c. civ. : cass 1^e civ., 20 juin 2006, Bull. civ. I, n° 313, *D.* 2006, p. 2539, note A.-S. Courdier-Cuisinier : qui précise que la Cour de cassation ne raisonne pas *a fortiori* en considération de la plus grande dangerosité des garanties autonomes par rapport au cautionnement mais « se contente de placer la garantie à première demande et le cautionnement à un même niveau, celui des sûretés personnelles », dans cet arrêt il est également intéressant de constater que la Cour de cassation complète la justification de sa solution en se référant à la *ratio legis* de la règle étendue aux garanties autonomes.

réalité supérieure à celle du cautionnement en raison de l'inopposabilité des exceptions⁵⁹⁶. Il semble juste de protéger le patrimoine commun des époux, lorsqu'un seul d'entre eux consent une sûreté personnelle, qu'il s'agisse d'une garantie autonome ou d'un cautionnement. Il est vrai que la règle étendue aux garanties autonomes n'appartient pas au livre VI consacré aux sûretés. Il peut sembler plus difficile d'étendre aux garanties autonomes la règle de proportionnalité dès lors que cette dernière est inscrite dans le chapitre consacré au cautionnement. Toutefois, cette démonstration de la volonté de la Cour de cassation de protéger, au-delà des prévisions du législateur, les personnes se portant garants autonomes est encourageante. Il semble nécessaire d'assurer un minimum de protection aux garants autonomes puisque des particuliers souscrivent de telles garanties⁵⁹⁷. Le besoin de protection des particuliers se portant garants autonomes est au moins aussi important que celui des cautions. Pour autant, toutes les règles de protection des cautions n'ont pas été déclarées applicables aux garants autonomes. Certains juges du fond ont respecté strictement les prévisions du législateur et ont refusé d'étendre le domaine d'application des règles de protection des cautions⁵⁹⁸. La Cour de cassation elle-même a fait le choix de réserver le devoir de mise en garde aux seules cautions plutôt que de l'étendre aux garants autonomes⁵⁹⁹. Cette solution nous semble particulièrement critiquable dès lors que le devoir de mise en garde aurait été réservé aux garants autonomes non avertis qui ont un besoin de protection évident⁶⁰⁰.

294. Règle ne résultant pas du caractère accessoire du cautionnement. L'application sélective des règles du cautionnement aux garanties autonomes ne permet pas de préjuger du sort de la règle de proportionnalité. Si certains auteurs affirment que les règles du cautionnement ne résultant pas de son caractère essentiellement accessoire pourraient être appliquées à la garantie

⁵⁹⁶ En ce sens : « un tel engagement est indéniablement plus dangereux que le cautionnement », Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 919, n° 897.

⁵⁹⁷ Ce qui a été admis en jurisprudence : Cass. com. 20 fév. 1985, Bull. civ. IV, n° 74 ; *JCP éd. G* 1985, IV, 160.

⁵⁹⁸ A ainsi été refusé à plusieurs reprises l'extension du bénéfice de subrogation : v. notamment : CA Paris, 5^e ch. B, 1^e juin 1986, *D.* 1988, p. 243 ; CA Rennes, 6 nov. 1991, Juris-Data n° 1991-048834 ; CA Paris, 5^e ch. C, 28 avril 1994, Juris-Data n° 1994-021848 ; Nancy 22 sept. 1997, *RTD com.* 1998, p. 655, obs. M. Cabrillac. A également été circonscrit le domaine des obligations d'information mises à la charge du créancier bénéficiant d'une caution. CA Rennes, ch. 1, 6 juill. 1993 Juris-Data n° 1993-048104 ; Nancy 22 sept. 1997, *supra*. Cette solution n'étant pas nécessairement critiquable dès lors que l'information du garant relative à l'évolution de la dette principale, comme celle relative au défaut de paiement du donneur d'ordre, peuvent sembler inappropriées en raison de l'autonomie caractérisant les garants autonomes.

⁵⁹⁹ Cass. com. 30 janv. 2019, n° 17-21.279, *Gaz. Pal.* 11 juin 2019, n° 21, p. 64, comm. M. Bourassin ; *RDC* n° 2, p. 38, comm. D. Houtcief ; *RTD com.* 2019, p. 466, comm. D. Legeais ; *D.* 2019, p. 801, obs. J.-D. Pellier ; *AJ Contrat* 2019, 141, obs. G. Piette.

⁶⁰⁰ Comme le préc ise M. Bourassin : « la dangerosité de la garantie autonome, tenant surtout à l'inopposabilité des exceptions, rend la mise en garde sur les risques d'endettement encore plus utile que dans le cadre du cautionnement » : M. Bourassin, « Des critères de distinction clairs mais des différences de régime injustifiées entre la garantie autonome et le cautionnement », *Gaz. Pal.* 11 juin 2019, n° 21, p. 64.

autonome⁶⁰¹, la jurisprudence ne fait pas de ce critère une ligne de partage. Ainsi, il ne suffira pas de constater que la règle de proportionnalité du cautionnement ne résulte pas du caractère accessoire de cette sûreté pour en conclure que son application doit nécessairement être étendue aux garanties autonomes. Ce constat permet seulement d'envisager l'application aux garanties autonomes de cette règle⁶⁰². En effet, même si les règles ne résultant pas du caractère accessoire du cautionnement ne sont pas nécessairement extensibles aux garanties autonomes, les règles résultant du caractère accessoire du cautionnement ne peuvent être appliquées aux garanties autonomes⁶⁰³.

295. Recherche d'un critère d'identification des règles extensibles aux garanties autonomes.

La jurisprudence ne se réfère à aucun critère précis lorsqu'elle décide de l'extension du domaine d'application de certaines règles du cautionnement aux garanties autonomes. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés ne propose pas davantage de ligne de partage entre les règles de protection devant rester cantonnées au cautionnement et celles devant être étendues aux autres sûretés personnelles⁶⁰⁴. Il nous semble que si les juges devaient distinguer entre les règles du cautionnement méritant d'être étendues aux garanties autonomes et celles devant être cantonnées au cautionnement, ils devraient déterminer leur critère de distinction en considération du point commun et de la principale différence existants entre le cautionnement et les garanties autonomes. Le cautionnement et la garantie autonome ont pour principal point commun d'être des engagements pour autrui. Ces deux sûretés présentent également une similitude en ce qu'ils engagent le garant sur l'ensemble de son patrimoine. Toutefois, entre ces

⁶⁰¹ Notamment tenu Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 36 « (...) s'il faut assurément se garder de transposer intempestivement aux autres sûretés personnelles les solutions admises en matière de cautionnement, il convient cependant de faire le départ entre celles qui sont tributaires du caractère accessoire du cautionnement et celles tenant à sa nature de sûretés personnelles ».

⁶⁰² Ph. Simler, « Garanties autonomes. – régime », *Juris-Classeur*, fasc. 2920, nov. 2015, p. 6. L'auteur soutient l'application des règles jurisprudentielles de proportionnalité aux garanties autonomes. Il affirme également que l'application du régime légal de proportionnalité du cautionnement est possible dès lors que rien dans le texte ne résulte du caractère accessoire du cautionnement.

⁶⁰³ Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 922, n° 901 « s'il faut bannir toutes les solutions qui, en matière de cautionnement, sont déterminées par son caractère accessoire, l'autonomie postulera fréquemment que soient retenues les solutions opposées. En revanche, pourront être utilement empruntées au régime du cautionnement, dans une mesure qu'il conviendra de déterminer, des solutions qui procèdent de sa nature générique de garantie personnelle ».

⁶⁰⁴ L'art. 2321 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés est rédigé comme suit : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ». Les auteurs de l'avant-projet précisent que « La nouvelle rédaction se borne à intervertir les alinéas 2 et 3 du texte actuel et de supprimer, dans l'alinéa 3, la formule malencontreuse car dépourvue de sens : "ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre" » : v. la version annotée de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publiée en 2017.

deux critères, celui de l'engagement pour autrui nous semble plus fondamental. À l'opposé, la différence existante entre le cautionnement et la garantie autonome réside dans l'objet de ces sûretés. Alors que la caution s'oblige à la dette même du débiteur principal, le garant autonome s'oblige à une dette distincte⁶⁰⁵. Le garant s'engage à verser une somme d'argent au bénéficiaire s'il est appelé⁶⁰⁶. En considération de ces ressemblances et différences du cautionnement et des garanties autonomes, un critère permettant d'identifier les règles de protection devant être étendues aux garanties autonomes peut être dégagé. Il apparaît que les règles de protection de la caution résultant du caractère fondamentalement déséquilibré du cautionnement devraient être étendues aux garanties autonomes. Si une telle ligne de partage était respectée, la règle de proportionnalité devrait être étendue aux garanties autonomes. En effet, la règle de proportionnalité ne découle pas du fait que la caution s'engage à payer la dette même du débiteur principal, mais octroie une protection à la caution en considération du déséquilibre fondamental du contrat de cautionnement. Néanmoins, ni cette ligne de partage, ni aucun autre critère n'a été retenue par la Cour de cassation.

296. Absence de critère d'identification des règles extensibles aux garanties autonomes.

Rappelons néanmoins que les différents juges sont contraints d'attendre qu'une règle prévue en matière de cautionnement soit invoquée devant eux par des garants autonomes pour se prononcer sur son applicabilité. Il en résulte qu'ils ne peuvent déterminer, en dehors de toute saisine, quelles sont les règles extensibles aux garanties autonomes et quelles sont celles qui doivent être réservées aux cautionnements. À l'heure actuelle, en l'absence de ligne de partage définie entre les règles du cautionnement extensibles aux garanties autonomes et les autres, il est impossible d'affirmer avec certitude qu'au jour où la question sera posée aux juges, ils affirmeront que la règle de proportionnalité fait partie de l'ensemble des règles de protection des cautions devant bénéficier aux garants autonomes⁶⁰⁷. Il est nécessaire d'envisager de

⁶⁰⁵ Sur cette distinction : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 882 et s., n° 1234 et s.

⁶⁰⁶ Ainsi, la garantie autonome présente une certaine autonomie par rapport à la dette en considération de laquelle elle est souscrite. Si cette autonomie ne peut être absolue en raison du lien qui existe naturellement entre ces deux créances, le garant autonome souscrit un engagement envers le créancier qui ne dépend pas de l'exécution ou de l'inexécution par le débiteur de son obligation envers le créancier.

⁶⁰⁷ De nombreux auteurs se prononcent en ce sens. Selon eux, la règle jurisprudentielle de proportionnalité reposant sur la notion de bonne foi du créancier, doit être étendue à la protection des garants autonomes. v. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 398, n° 495 : « pas plus que le créancier ne peut sans violer la bonne foi demander de la caution qu'elle souscrive un engagement manifestement disproportionné à ses biens et revenus, il ne pourrait demander un tel engagement à un garant autonome, un délégué, un constituant, ou encore un porte-fort » ; C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580 ; F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd., 2008, n° 1833 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, Thémis 3^e éd., 2016, n° 145.

manière isolée l'extension de la règle de proportionnalité du cautionnement aux garanties autonomes.

B. La question de l'applicabilité de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes

297. **Étude du seul rapport de proportionnalité externe**⁶⁰⁸. Par souci de clarté, il sera immédiatement précisé que la proportionnalité peut recevoir deux acceptions en matière de garanties autonomes. Ne sera pas étudiée au sein de ce chapitre la forme de proportionnalité parfois qualifiée d'interne⁶⁰⁹, qui consiste à contrôler la proportionnalité existante entre le montant de l'engagement du garant et le montant du crédit consenti⁶¹⁰. Le contrôle de ce rapport de proportionnalité n'a pas pour objectif de lutter contre l'insolvabilité du garant⁶¹¹. Seule sera étudiée ici la proportionnalité comme outil de comparaison du montant de l'engagement et des facultés de remboursement.

298. **Disproportion possible en théorie**. Il convient de déterminer les éléments qui seraient mis en comparaison si une règle de proportionnalité des garanties autonomes était découverte. Une stricte transposition de la règle existante en matière de cautionnement implique de mettre en balance le montant dû par le garant autonome et ses capacités financières. Comme en matière de cautionnement, il est possible que le créancier réclame une garantie autonome d'un montant trop important par rapport aux facultés de paiement du garant. Le professeur Dimitri Houtcieff affirme pourtant le contraire⁶¹². Il se fonde sur l'utilisation de la garantie autonome comme substitut au dépôt d'espèce et affirme que le garant dispose nécessairement des fonds remis en sûreté. Toutefois, contrairement à la consignation de fonds, la garantie autonome ne suppose pas que les sommes offertes en sûreté soient réunies par le constituant au jour de la constitution de la sûreté. Il se peut que le garant ne dispose pas de ces sommes. Par suite, rien n'interdit de penser que les sommes offertes dans le cadre d'une garantie autonome puissent être disproportionnées aux facultés de paiement du garant. Ainsi, l'argument de ceux qui conçoivent la garantie autonome comme un substitut au dépôt de fonds selon lequel « le déposant ne [peut], en principe, remettre des fonds au-delà de toute proportion par rapport à son patrimoine » ne

⁶⁰⁸ S. Pesenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA* 2004, n° 51, p. 12 et s. L'auteur parle de proportionnalité « interne » et « externe ».

⁶⁰⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶¹⁰ Cet aspect de la proportionnalité de la garantie autonome sera analysé dans la seconde partie de notre étude.

⁶¹¹ En effet, le garant peut être en mesure d'exécuter son obligation sans se ruiner, même si la garantie prise est surdimensionnée par rapport au crédit octroyé au donneur d'ordre.

⁶¹² D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

convainc pas⁶¹³. La garantie autonome n'est pas un dépôt de fonds bien qu'elle l'ait initialement remplacé. Aucun transfert de fonds n'est opéré jusqu'à ce que la sûreté soit réalisée. Cette absence de transfert permet au créancier de réclamer des sommes plus importantes que celles qui auraient pu être remises par le constituant s'il avait procédé à un dépôt d'espèces.

299. Disproportion possible en pratique. Il est probable que les créanciers ne profitent pas de la possibilité d'exiger des garants autonomes des sommes qu'ils ne possèdent pas au jour de la constitution de la sûreté. En pratique, les créanciers confiants dans l'efficacité des garanties autonomes et y voyant un simple moyen de remplacer le dépôt d'espèce se contenteront de réclamer une garantie personnelle au montant égal à celui qu'ils auraient exigé dans le cadre d'un dépôt d'espèces. Par ailleurs, les créanciers n'ayant pas confiance dans les garanties autonomes devraient se prémunir contre leur inefficacité potentielle en exigeant la remise d'autres sûretés réelles ou personnelles plutôt qu'en exigeant des garanties autonomes pour des montants plus importants que ceux qu'ils aimeraient recevoir. Néanmoins, en l'absence de règle restreignant la prise de garantie autonome, il est impossible d'assurer que tous les créanciers se montreront rationnels et agiront de la sorte. Les créanciers peuvent se montrer craintifs en raison de l'absence de consignation des sommes qui pourraient devoir leur être remises et se sentir rassurés par l'obtention de garanties autonomes pour des sommes supérieures à celles qui leur auraient été remises dans le cadre d'un dépôt d'espèce. En outre, il n'est pas impossible que les créanciers exigent la constitution de garanties autonomes pour les sommes même qui auraient été consignées dans le cadre d'un dépôt d'espèces, mais que ces sommes se révèlent disproportionnées aux facultés de paiement des garants.

300. Danger propre aux sûretés personnelles. Quelle que soit l'attitude adoptée par les créanciers, les garanties autonomes peuvent être disproportionnées aux facultés de paiement des garants. À l'inverse, une telle disproportion semble improbable en matière de consignation puisqu'elle impliquerait que le constituant se dépossède, au jour de la constitution, de sommes qui lui sont nécessaires pour ne pas se trouver en situation d'insolvabilité. Dans le cadre de cette sûreté réelle, le blocage des fonds remis en sûreté constitue à la fois un rempart contre la disproportion de la sûreté par rapport aux facultés de paiement du constituant et un élément empêchant que le constituant s'engage sans avoir conscience de l'ampleur de son engagement. À l'inverse, les sûretés personnelles présentent un caractère hypothétique qui conduit certains garants à s'engager sans prendre réellement conscience du droit du créancier d'exiger d'elles le

⁶¹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

paiement⁶¹⁴. En effet, ces engagements sont parfaitement « indolores » au jour de leur constitution puisque le patrimoine du garant ne s'en trouve pas immédiatement amoindri⁶¹⁵. En somme, si la consignation de fonds n'est ni dangereuse, ni disproportionnée, la garantie autonome est au contraire, dangereuse et potentiellement disproportionnée justement en raison de l'absence de consignation de fonds au jour de la constitution de la garantie. La démonstration du caractère dangereux et potentiellement disproportionné des garanties autonomes invite à penser que la protection offerte aux cautions contre l'insolvabilité doit être étendue au bénéfice des garants autonomes.

301. Question de l'opportunité de la protection. Il a été démontré que l'exigence de proportionnalité pourrait être appliquée aux garanties autonomes. Cette transposition ne nécessite aucune adaptation particulière, les éléments mis en balance dans le cadre du contrôle de proportionnalité des garanties autonomes seraient identiques à ceux qui le sont en matière de cautionnement. Il s'agit d'une part de l'importance de l'engagement des différents garants et d'autre part de leurs facultés de paiement. La démonstration de l'existence potentielle de garanties autonomes disproportionnées pourrait conduire à se prononcer en faveur de l'extension de la règle de proportionnalité. Cependant, il semble que cette démonstration ne soit pas suffisante pour mettre en évidence l'opportunité d'une règle de proportionnalité en matière de garanties autonomes. La règle de proportionnalité des cautionnements pourrait porter atteinte à l'efficacité des garanties autonomes. Il résulte de cette atteinte que l'opportunité de l'instauration d'une telle règle doit être vérifiée.

§ 2 : L'opportunité de l'extension de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes

302. Recherche de l'opportunité de la règle. Après avoir démontré qu'une garantie autonome pouvait être disproportionnée, il apparaît nécessaire de vérifier qu'il serait opportun d'étendre la règle de proportionnalité à ces sûretés. L'atteinte qui pourrait être portée par la règle de proportionnalité à l'efficacité des garanties autonomes pourrait être crainte (I). Néanmoins, d'une part l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes décrites ne résultera pas de

⁶¹⁴ L'appel en paiement de la caution n'est pas automatique, c'est pourquoi les cautions profanes peuvent avoir tendance à s'engager sans réaliser qu'elles pourront être appelées en paiement par le créancier envers qui elles sont tenues juridiquement. Cette réalité participe à faire du cautionnement un acte dangereux.

⁶¹⁵ Il est remarquable que les aspects du cautionnement qui en font un acte dangereux se retrouvent en matière de garanties autonomes : l'appel du garant est hypothétique et les garants s'engagent pour des périodes pouvant être longues.

l'instauration d'une règle de proportionnalité. Elle découle de l'octroi de ces garanties par des personnes physiques. D'autre part, l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques pourrait permettre de dissuader les créanciers d'avoir recours à ces sûretés. Ainsi, le champ d'application restreint de la règle de proportionnalité des sûretés permettra de justifier l'atteinte portée à l'efficacité de ces sûretés (II).

1. L'atteinte apparente à l'efficacité des garanties autonomes

303. Protection des garants source d'inefficacité. L'instauration d'une règle de protection des garants autonomes pourrait logiquement entraîner une atteinte à l'efficacité de ces sûretés⁶¹⁶. Si la question de l'extension du principe de proportionnalité du cautionnement aux garanties autonomes n'a jamais été au cœur des débats doctrinaux, il est déjà possible d'identifier des auteurs favorables à cette extension⁶¹⁷, des auteurs se montrant hésitants⁶¹⁸ et des auteurs réticents en raison de leur attachement à la rigueur de la garantie autonome⁶¹⁹. Ces derniers

⁶¹⁶ Les garanties autonomes pourraient toutefois se révéler moins efficaces en réalité qu'en apparence, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, LGDJ, 13^e éd., 2019, p. 215, n° 332. Les auteurs ont démontré que ces sûretés ne jouissaient pas d'une efficacité absolue. Selon eux, la faiblesse du contentieux relatif au crédit documentaire devant les juridictions étatiques était en partie due au recours à l'arbitrage en la matière. Le contentieux s'est ensuite accru dans les années 1980, les donneurs d'ordre mettant en cause la validité ou l'efficacité de la garantie autonome. Par la suite, les garants eux-mêmes ont tenté d'obtenir la requalification en cautionnement lorsque le donneur d'ordre était en faillite.

⁶¹⁷ Ph. Simler, « Garanties autonomes. – régime », *Juris-Classeur*, fasc. 2920, nov. 2015. L'auteur affirme que le principe jurisprudentiel de proportionnalité pourrait être appliqué en l'état aux garanties autonomes et il ajoute que la règle légale de proportionnalité pourrait également être étendue aux garanties autonomes dès lors que la règle ne résulte pas du caractère accessoire du cautionnement.

⁶¹⁸ S. Atsarias, *La protection des garants des dettes de l'entreprise*, préf. F. Macorig-Venier, LGDJ 2018, bibl. dr. des entreprises en difficulté, t. 12. L'auteur expose des arguments contre l'extension. Notamment l'atteinte à l'indépendance de la garantie autonome. Cet argument ne convainc pas dès lors qu'est envisagée la proportionnalité entre l'importance de l'engagement du garant et ses propres facultés de paiement laquelle ne porterait pas atteinte à l'autonomie de la garantie autonome par rapport à la dette garantie. L'auteur dénonce aussi la perte d'efficacité de la sûreté qu'elle estime être d'une particulière gravité en raison de la souscription des garanties autonomes par des personnes physiques principalement en garanti des prêts de nature professionnelle. L'auteur précise également que les règles de protection des cautions prévues dans le Code de la consommation sont parfois considérées comme constituant un droit spécial du cautionnement qui ferait office d'exception et devrait dès lors être strictement appliqué. Toutefois, l'auteur expose des arguments en faveur de l'extension en rappelant que les garants autonomes ne devraient pas être moins bien protégés que les cautions d'autant plus que désormais de telles garanties sont souscrites par des personnes physiques engagées à titre non professionnel ; F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd., 2008, n° 1833.

⁶¹⁹ D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s. qui constate sur le terrain du droit des procédures collectives une « extension d'une politique législative de protection qui s'était jusqu'alors exprimée sur le seul terrain du cautionnement » et craint que cette dernière inspire les juges qui procéderaient alors à une généralisation de la protection accordée à la caution. « Le risque est alors celui d'une perte d'efficacité de la garantie autonome, sans qu'aucune véritable justification ne la vienne soutenir ». Il poursuit sa critique de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes en dehors des procédures collectives en affirmant que celle-ci « transformerait la garantie autonome consentie par une personne physique en une sorte de "cautionnement à première demande" et la priverait de l'intérêt que le législateur lui a conservé au-delà des procédures collectives ». Cette position est cohérente avec la perception des garanties autonomes retenue par cet auteur. Rappelons en effet que D. Houtcieff s'attache à voir dans les garanties autonomes des sûretés de substitution à la consignation de fonds. Ainsi, pour que la sûreté de substitution soit

mettent en avant le fait que l'instauration de règles protectrices des garants autonomes porterait atteinte à l'efficacité caractéristique de ces sûretés. Un auteur, parle à propos de l'efficacité de la garantie et de la protection du garant d'« impératifs irréconciliables »⁶²⁰.

304. **Craintes justifiées.** Il est vrai que le souci de préserver l'efficacité de la garantie autonome invite *a priori* à se montrer méfiant quant à l'extension de règles de protection offertes aux cautions personnes physiques. Cette crainte est légitime quelle que soit la règle de protection dont l'extension est envisagée. Elle est d'autant plus justifiée concernant la règle de proportionnalité. L'importance du contentieux résultant de la disproportion des cautionnements n'a d'égale que la jurisprudence abondante portant sur le respect des mentions manuscrites imposées lors de la conclusion de cautionnements par des personnes physiques s'engageant envers des créanciers professionnels⁶²¹. L'exigence de proportionnalité est souvent invoquée par les cautions désirant à tout prix se soustraire à leurs engagements. Par anticipation, il est à craindre que les garants personnes physiques usent et abusent de la protection offerte par la règle de proportionnalité de la garantie autonome pour échapper à leurs engagements.

305. **Atteinte à l'efficacité dès l'invocation de la proportionnalité.** Il est nécessaire de rappeler à ce stade que l'inflation du contentieux qui pourrait résulter de l'instauration d'une règle de proportionnalité en matière de garantie autonome, serait en elle-même source d'inefficacité de cette garantie. En effet, la simple invocation de cette règle retarderait l'exécution de son obligation par le garant autonome. Or, l'efficacité d'une sûreté ne se mesure pas seulement au regard du paiement finalement obtenu par le créancier, mais dépend également de la date d'exécution de l'obligation. Seul un rapprochement avec la technique du cautionnement à première demande permettrait d'éviter que l'invocation des règles de protection des garants autonomes ne porte en lui-même atteinte à l'efficacité de ces sûretés. Il n'est toutefois pas

intéressante, il est nécessaire qu'elle présente la même efficacité que la sûreté remplacée, or l'efficacité de la consignation de fonds est inébranlable.

⁶²⁰ D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

⁶²¹ v. art. L. 331-1 c. consom : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X....., dans la limite de la somme de..... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de....., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X..... n'y satisfait pas lui-même." » ; v. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 185, n° 253. Les auteurs parlent de « précieux moyens de défense, qu'elles ne manquent pas d'invoquer le plus souvent possible, comme en témoigne le volumineux contentieux relatif au champ de ces mentions, à leur contenu ou encore aux sanctions applicables lorsqu'elles ne respectent pas fidèlement la lettre de la loi ». Les auteurs précisent en outre qu'« une lecture des bases de données fait apparaître que, sur le premier semestre de l'année 2015, un quart environ des décisions d'appel a porté sur le formalisme du Code de la consommation ».

certain que l'objectif de protection des garants contre l'insolvabilité qui serait poursuivi par une exigence de proportionnalité, soit compatible avec de telles modalités. Le garant ne serait pas protégé contre l'insolvabilité s'il était tenu d'exécuter son obligation envers le bénéficiaire pour avoir, seulement ensuite, le droit d'invoquer la disproportion de son engagement. Ainsi, il serait impossible de protéger l'efficacité des garanties autonomes durant les discussions relatives à la proportionnalité. Pour assurer la protection des garants, il est nécessaire que le recours du bénéficiaire contre le garant autonome soit rendu impossible pendant la durée des discussions relatives à la disproportion. C'est pourquoi, l'invocation même de la règle de proportionnalité, porterait atteinte à l'efficacité de la garantie autonome, quelle que soit son issue.

306. **Question de la réalité de l'atteinte à l'efficacité.** L'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes que pourrait causer l'extension de la règle de proportionnalité semble considérable. Cette atteinte peut toutefois être remise en question.

II. Le champ d'application de la règle justifiant l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes

307. **Acceptation de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes.** L'atteinte que portera la règle de proportionnalité des sûretés à l'efficacité des garanties autonomes est inévitable. Cette atteinte sera toutefois limitée aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques. Cette limite permet d'observer que ces garanties autonomes particulières ne présentent pas l'efficacité caractéristique des garanties autonomes souscrites par des personnes morales. Ainsi l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes apparaîtra limitée (A). En outre, l'atteinte à l'efficacité de ces sûretés pourrait présenter l'avantage de dissuader les créanciers d'avoir recours aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques. Ainsi, l'atteinte décriée pourrait se révéler opportune (B).

A. La limite de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes

308. **Protection des personnes physiques de bonne foi.** L'étude de l'évolution dans l'utilisation de la garantie autonome est intéressante puisqu'elle révèle la souscription de garanties autonomes par des personnes physiques⁶²². L'instauration d'une règle de proportionnalité permettrait de protéger ces personnes physiques. Rappelons que la recherche du champ d'application le plus approprié pour la règle de proportionnalité du cautionnement a conduit à proposer une

⁶²² v. n° 283 et s.

protection des cautions personnes physiques de bonne foi⁶²³. Ce champ d'application permet de protéger par la règle de proportionnalité les cautions qui auraient pu bénéficier des mesures de traitement de leur surendettement. Le souci de cohérence entre les différentes règles permettant de lutter contre l'insolvabilité conduit à proposer également une règle de proportionnalité des garanties autonomes qui soit réservée aux personnes physiques de bonne foi.

309. Délimitation de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes. L'atteinte qui sera portée par la règle de proportionnalité à l'efficacité des garanties autonomes est prévisible. Toutefois, dès lors que la règle de proportionnalité des sûretés ne protégerait que les garants personnes physiques de bonne foi, seule l'efficacité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques serait atteinte. Or, en pratique surtout ces sûretés sont surtout consenties par des personnes morales. Ainsi, l'étendue de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes apparaîtrait circonscrite. En outre, les garanties autonomes souscrites par des personnes physiques ne présentent pas la même efficacité remarquable que celle qui caractérise les garanties autonomes souscrites par des établissements de crédit⁶²⁴.

310. Constat d'une évolution des comportements des garants. Les garanties autonomes initialement souscrites par des établissements de crédit présentaient une efficacité presque infaillible. Les établissements de crédit se portant garants autonomes étaient soucieux du respect de leurs engagements duquel dépend leur crédibilité⁶²⁵. En outre, ces garants autonomes ne craignent pas l'appel du bénéficiaire puisque le donneur d'ordre est titulaire d'un compte dans leur établissement, de sorte qu'ils n'ont aucun mal à exercer leur recours contre ces débiteurs⁶²⁶. À l'inverse, les personnes physiques s'engageant aujourd'hui en tant que garants autonomes ne sont pas assurées de l'efficacité de leur recours à l'encontre du donneur d'ordre. Les circonstances dans lesquelles elles s'engagent en tant que garants autonomes diffèrent de celles qui entourent la souscription d'une telle garantie par un établissement de crédit. En particulier, le recours du garant autonome contre le donneur d'ordre est certain lorsque ce dernier est titulaire d'un compte au sein de l'établissement s'étant porté garant. Il est au contraire très aléatoire lorsque la garantie a été consentie par une personne sans aucun moyen

⁶²³ Sur l'étude du champ d'application de la règle de proportionnalité du cautionnement : v. n° 35 et s.

⁶²⁴ Initialement, les garanties autonomes étaient souscrites exclusivement par des établissements de crédit : v. n° 283.

⁶²⁵ v. n° 283.

⁶²⁶ Le recours prenant la forme d'un prélèvement sur le compte du donneur d'ordre v. notamment Ph. Simler, « Garanties autonomes. – régime », *Juris-Classeur*, fasc. 2920, nov. 2015, spéc. n° 92.

d'action directe contre le patrimoine du donneur d'ordre⁶²⁷. En outre, les garants autonomes personnes physiques ne sont pas préoccupés par l'atteinte à leur crédibilité résultant de leur tentative d'échapper à leurs obligations⁶²⁸. Il en résulte que les garants autonomes personnes physiques contestent aujourd'hui fréquemment leur engagement.

311. Explications de l'évolution des comportements. Non assurés de l'efficacité de leur recours contre leurs donneurs d'ordre, les garants autonomes personnes physiques sont tentés de se soustraire à leurs engagements. De ce point de vue, les situations des garants et des cautions personnes physiques sont identiques. Il n'est pas surprenant que ces garants adoptent les mêmes comportements. L'évolution du comportement des garants autonomes, qui aujourd'hui cherchent à échapper à leurs engagements alors qu'elles cherchaient hier à les honorer sans faille, ne découle donc pas de l'évolution des règles applicables à ces sûretés, mais de la qualité des garants. En somme, le phénomène de fuite des garants résulte du développement de la souscription de telles garanties par des personnes physiques⁶²⁹. Plusieurs auteurs ont déjà mis en évidence ce phénomène expliquant la perte d'efficacité des garanties autonomes⁶³⁰. En conséquence, la transposition de la règle de proportionnalité du cautionnement à la garantie autonome ne constituerait pas la principale cause de l'inflation du contentieux. Le recours aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques est bien plus dangereux du point de vue de la perte d'efficacité des garanties autonomes que les règles de protection des garants personnes physiques qui l'accompagnent. Ainsi, le contentieux qui résulterait de l'application de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes ne viendrait pas perturber une sûreté à l'efficacité parfaite.

⁶²⁷ L. Aynès et P. Crocq précisaient d'ailleurs que les établissements de crédit ayant consenti des garanties autonomes cherchaient également à contester la validité de leurs engagements lorsque leur recours contre les donneurs d'ordre était compromis par l'insolvabilité de ce dernier. v. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, LGDJ, 13^e éd., 2019, p. 215, n° 332.

⁶²⁸ Contrairement aux établissements de crédit, leur existence ne dépend pas du crédit que leur accordent leurs partenaires. Par ailleurs, l'évolution des mœurs est telle que le non-paiement de ses dettes est aujourd'hui banalisé. Les débiteurs n'honorant pas leur engagement sont plaints et non plus stigmatisés. En témoigne l'évolution des finalités du législateur en matière de droit des entreprises en difficultés depuis 1967.

⁶²⁹ cf. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, LGDJ, 2006, bibl. dr. privé, t. 456. L'auteur démontre que l'efficacité d'une sûreté personnelle dépend de la capacité et de la volonté du garant à honorer son engagement.

⁶³⁰ F. Jacob a senti cette évolution il a écrit en 1998 : « Si la garantie autonome devait être utilisée de façon systématique dans le domaine interne, et surtout si on la faisait souscrire par des personnes autres que des établissements financiers, il y a fort à parier que la tendance irait en s'accroissant, réduisant par la même à néant la (trop) redoutable efficacité de la sûreté ». v. F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998, bibl. dr. privé t. 294, p. 8, n° 7. Dans le même sens Ph. Théry estimait que l'efficacité des garanties autonomes pourrait être surestimée si elle est était souscrite par des particuliers. L'atteinte à l'efficacité résulterait précisément de la perte d'une vertu essentielle qu'est l'automatisme dans l'exécution, Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, coll. Droit fondamental.

312. **Règle de proportionnalité réduisant le contentieux.** En outre, l'ampleur de l'engagement souscrit par une personne physique se portant garant est un facteur amplifiant la volonté des garants de se soustraire à leur engagement⁶³¹. En effet, le garant autonome dont l'engagement est disproportionné se trouvera dans l'impossibilité d'honorer son engagement. L'exigibilité immédiate et l'absence de recours lui étant offerts seront insuffisants pour le contraindre à verser au créancier des sommes dont il ne peut se séparer sans se trouver en situation d'insolvabilité caractérisée. Ainsi, l'efficacité de cette garantie sera particulièrement atteinte si des garanties autonomes sont souscrites par des personnes physiques pour des montants trop importants par rapport à leurs facultés de paiement. Il apparaît dès lors que l'interdiction pour le créancier d'exiger une garantie autonome d'un montant sans rapport avec les facultés de paiement du garant pourrait éviter l'apparition d'un conflit au jour de l'appel du garant. En somme, non seulement l'extension de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes ne pourrait porter atteinte qu'aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques dont l'efficacité est incertaine, mais en outre, il est possible que cette règle participe finalement à renforcer l'efficacité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques⁶³². Bien que la règle de proportionnalité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques puisse à terme permettre de réduire le contentieux relatif à ces sûretés, la règle de proportionnalité sera inévitablement perçue comme portant atteinte à l'efficacité de ces sûretés.

B. L'opportunité de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes

313. **Effet dissuasif de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes.** Dès lors que la règle de proportionnalité portera en apparence atteinte à l'efficacité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques, les créanciers pourraient hésiter à recourir à ces sûretés. La perte d'efficacité des garanties autonomes consenties par des personnes physiques pourrait avoir un effet d'alerte et permettre aux créanciers de prendre conscience du caractère inadapté du recours aux garanties autonomes consenties par des personnes physiques. La réticence à se faire consentir des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques serait une conséquence positive de l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés. Le recours aux garanties autonomes en remplacement des cautionnements généralement souscrits par des personnes physiques n'est pas souhaitable. La rigueur et l'automaticité des garanties autonomes

⁶³¹ Facteur mis en évidence par M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 456, 2006, p. 39, n° 72.

⁶³² En ce sens, en matière de cautionnement, M. Bourassin, affirme que la règle de proportionnalité est une règle de protection des cautions qui a pour effet de renforcer l'efficacité du cautionnement. *Ibid.*, *loc. cit.*

apparaissent sévères lorsque de telles sûretés sont consenties par des personnes physiques⁶³³. Ainsi, la perte d'efficacité des garanties autonomes souscrites par des personnes physiques paraît intéressante dès lors qu'elle dissuadera les créanciers de recourir à ces garanties.

314.Impossibilité de contourner la règle de proportionnalité du cautionnement. Non seulement l'instauration d'une règle de proportionnalité des garanties autonomes consenties par des personnes physiques apparaîtrait comme un moyen de tempérer le recours à ces sûretés, mais en outre, elle éviterait le contournement de la règle de proportionnalité applicable au cautionnement. En effet, l'application de la règle de proportionnalité aux cautionnements et non aux garanties autonomes peut inciter les créanciers à délaisser le cautionnement au profit de la garantie autonome. Cette stratégie ne sera pas efficace en présence d'une règle de proportionnalité applicable aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques. En définitive, l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes, dès lors qu'elle est limitée aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques, n'apparaît pas contestable mais bénéfique. Il en résulte que l'opportunité de l'instauration d'une règle de proportionnalité applicable aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques est pleinement démontrée.

315.Apparition d'un principe de proportionnalité. La règle de proportionnalité existante en matière de cautionnement peut être étendue aux garanties autonomes. Une telle extension permettrait à la règle de proportionnalité de gagner du terrain en droit des sûretés. L'extension de la même règle aux lettres d'intention sera également envisagée. Se pose donc la question de savoir si un principe de proportionnalité des sûretés personnelles peut être découvert. Il convient

⁶³³ Des auteurs ont d'ailleurs proposé que les garanties autonomes soient exclusivement réservées aux personnes morales : J.-L. Rives-Lange, obs. sous Paris, 5 fév. 1992, *Banque* 1992, p. 844 ; D. Houtcieff admet notamment que « la garantie autonome se signale par son âpret à l'égard du garant et l'on conçoit mal qu'une personne physique – un consommateur peut-être – puisse contracter un pareil engagement, spécialement si l'on considère le mouvement parallèle de renforcement de la protection de la caution », mais en l'absence d'interdiction formulée par le législateur, l'auteur constate que les garanties autonomes peuvent être souscrites par des personnes physiques. v. D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s. ; comp. D. Legeais, *Sûretés et garantie du crédit*, LGDJ, 9^e éd. 2013. Critiquant le recours aux garanties autonomes utilisées comme substitut au cautionnement, D. Legeais propose de recourir au cautionnement à première demande. Comme le garant autonome, la caution à première demande doit s'exécuter de manière automatique lorsqu'elle est appelée. Toutefois, contrairement au garant autonome, elle retrouve le droit d'opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette une fois le paiement effectué. Toutefois, à l'heure actuelle ces sûretés ne sont pas admises en jurisprudence. Lorsqu'une clause de paiement à première demande figure dans une convention la Cour de cassation retient que la clause produit ses effets si la convention souscrite est une véritable garantie autonome, mais est dépourvue de toute portée si la garantie souscrite est un cautionnement. Selon D. Legeais si ces sûretés étaient admises, leur souscription devrait être réservée aux établissements de crédit. Ainsi, même pour une sûreté moins rigoureuse que la garantie autonome, l'auteur n'admet pas que les personnes physiques puissent s'engager dans les termes d'une sûreté plus dangereuse que le cautionnement classique.

de préciser que même si des adaptations étaient nécessaires pour adapter la règle de proportionnalité aux spécificités des lettres d'intention, il serait possible de parler d'un « principe » de proportionnalité. Le terme de principe serait alors utilisé pour mettre en évidence le caractère général de la règle⁶³⁴. Pour qu'un tel principe puisse être applicable à l'ensemble des sûretés personnelles, il faudrait que la règle puisse être étendue aux lettres d'intention.

Section 2 : L'extension de l'exigence de proportionnalité aux lettres d'intention

316. **Question de l'extension de la règle aux lettres d'intention.** La règle de proportionnalité existe en matière de cautionnement. Son extension aux garanties autonomes est souhaitée. Il convient à présent de se demander si cette règle doit également être étendue aux lettres d'intention. Les lettres d'intention constituent, comme les cautionnements et les garanties autonomes, des engagements unilatéraux souscrits par des garants. Il en résulte que la finalité de la règle de proportionnalité consistant à lutter contre l'insolvabilité des garants peut être poursuivie en matière de lettre d'intention. S'il apparaît juste de protéger les cautions contre le surendettement, c'est parce qu'elles souscrivent un engagement unilatéral et prennent le risque de voir leur patrimoine déséquilibré. L'émetteur d'une sûreté personnelle qu'elle que soit sa nature se trouve dans la même situation de sorte qu'il apparaîtrait juste d'étendre la règle de protection aujourd'hui réservée aux cautions. Il convient dès lors d'envisager l'application de cette règle à ces sûretés personnelles. L'étude de l'utilisation faite des lettres d'intention permettra de dire s'il apparaît opportun d'étendre la règle de proportionnalité aux lettres d'intention (§ 1). Si l'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention apparaît intéressante, il conviendra de vérifier que la règle de proportionnalité pourra être appliquée à ces sûretés (§ 2).

§ 1 : L'opportunité de l'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention

317. **Bilan de l'extension de la règle de proportionnalité.** Est-il opportun de consacrer une exigence de proportionnalité des lettres d'intention ? Pour répondre à cette question il faut

⁶³⁴ v. n° 26.

définir, pour pouvoir les mettre en balance, l'intérêt d'une telle règle (I) et les inconvénients en résultant (II).

I. La protection offerte par la règle de proportionnalité

318. **Question du besoin de protection.** L'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention aurait pour but de lutter contre l'insolvabilité des émetteurs de ces sûretés. En effet, l'exigence de proportionnalité a pour finalité la lutte contre l'insolvabilité des garants. Ainsi, l'application de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention devrait permettre d'éviter que l'engagement souscrit par l'émetteur le place en situation d'insolvabilité. Si la protection offerte par la règle de proportionnalité est indéniable, il convient néanmoins de se demander si elle est nécessaire. Se pose donc la question de savoir si les émetteurs de lettres d'intention ont besoin que leur patrimoine soit protégé contre l'insolvabilité.

319. **Besoin apparent de protection.** L'émetteur d'une lettre d'intention est souvent en pratique une société mère garantissant les engagements souscrits par ses filiales. Dans ce contexte, l'instauration d'une règle de proportionnalité permettrait d'éviter que la société mère ayant émis une lettre d'intention se trouve en état de cessation des paiements en raison de la disproportion de cet engagement. Or, la lutte contre la cessation des paiements des entreprises est un objectif constamment poursuivi par le législateur⁶³⁵. En outre, il est particulièrement intéressant économiquement de protéger le patrimoine des sociétés mères dont peut dépendre la bonne santé financière de l'ensemble du groupe de sociétés⁶³⁶. Ainsi, la protection patrimoniale des sociétés souscrivant des lettres d'intention présenterait un intérêt indéniable d'un point de vue économique. Néanmoins, il a été retenu que les personnes morales ne devaient pas pouvoir bénéficier des exigences de proportionnalité ni en matière de cautionnement, ni en matière de garantie autonome. Or, le choix d'exclure les personnes morales de la protection ne résulte pas de considérations propres aux cautionnements ou aux garanties autonomes, mais du statut spécifique des personnes morales dont la création constitue d'ores et déjà un outil de protection des patrimoines⁶³⁷. De sorte qu'il semblerait logique d'exclure les personnes morales émettant

⁶³⁵ Le système existant est régulièrement amélioré par des réformes successives. Ph. Pétel parle des « très nombreux textes qui ne cessent de se succéder depuis un demi-siècle » et recense « trois réformes d'importance majeure : la loi du 13 juillet 1967, la loi du 25 janvier 1985 (amendée par celle du 10 juin 1994) et la loi du 26 juillet 2005 (complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et, plus récemment encore, par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014) ». Ph. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, 9^e éd., 2017.

⁶³⁶ Sur les groupes de sociétés : P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 7^e éd. 2018, p. 991 et s., n° 1502 et s.

⁶³⁷ v. n° 108.

des lettres d'intention de la protection offerte par la règle de proportionnalité. En effet, il semble préférable que les personnes morales ne puissent invoquer la règle de proportionnalité permettant de lutter contre la faillite des garants et ce quelle que soit la nature de la sûreté pour autrui qu'elles ont consenti. Une telle unification du champ d'application de la règle de proportionnalité, au-delà des limites de chaque sûreté à laquelle elle sera applicable, est évidemment source de simplicité.

320. Protection différente offerte aux sociétés. Ainsi, l'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention ne concernerait pas les émetteurs personnes morales. En revanche, les personnes morales souscrivant des lettres d'intention pourraient voir leur patrimoine protégé par l'extension aux émetteurs de lettres d'intention de la jurisprudence consacrant une règle de protection des sociétés à risques illimités par le biais de la notion d'intérêt social⁶³⁸. En ce sens, un auteur propose que la jurisprudence protégeant les sociétés à risque illimité de la souscription de cautionnements disproportionnés en les déclarant contraires à l'intérêt social, soit étendue du cautionnement à toutes les sûretés personnelles⁶³⁹. Ainsi, les sociétés à risque illimité seraient protégées contre la cessation des paiements qui résulterait de l'exécution de leur engagement pour autrui disproportionné à leurs facultés de paiements. Il semble que cette protection ne doive pas être confondue avec celle offerte aux personnes physiques par la règle de proportionnalité. En ce sens, un auteur voit dans la règle jurisprudentielle propre aux sociétés à risque illimité, un nouveau devoir de proportionnalité distinct de celui qui protège aujourd'hui les cautions personnes physiques⁶⁴⁰. Il semble en effet que la protection des sociétés à risque illimité doit être assurée par une règle de proportionnalité spécifique. L'extension de la règle

⁶³⁸ Cass. 3^e civ., 1^e déc. 1993, n° 91-16327, *Dr. Sociétés* 1994, comm. 138, obs. H. Le Nabasque ; Cass. com. 8 nov. 2011, inédit ; *D. sociétés*, janv. 2012, comm. 6, note H. Hovasse ; *BJS* avril 2012, p. 297, note F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2003, n° 026, note B. Dondero ; *RTD com.* 2012, p. 358, note Monsérié-Bon ; *Rev. sociétés*, 2012, p. 238, note A. Viandier ; E. Schlumberger, « retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », in *Mélanges H. Hovasse*, LexisNexis 2016, p. 169 et s.

⁶³⁹ C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580, p. 71 et s., n° 68. L'auteur précise que bien que les juges de la Cour de cassation n'aient pas encore été amenés à se prononcer sur l'extension de cette règle aux autres sûretés personnelles, celle-ci a de fortes chances de voir le jour dès lors que la règle est fondée sur l'existence d'un engagement pour autrui lequel peut compromettre l'avenir de la société. En outre, l'auteur rappelle que les juges ont appliqué cette solution au constituant d'une sûreté réelle pour autrui.

⁶⁴⁰ C.-A. Michel, *op. cit.*, p. 72, n° 68. L'auteur affirme que « cette nouvelle mesure de protection témoigne d'une volonté de la jurisprudence de créer un devoir de proportionnalité, à l'image de celui dont bénéficient les cautions personnes physiques ».

de proportionnalité étudiée peut ainsi sans difficulté être réservée aux personnes physiques émettant des lettres d'intention⁶⁴¹.

321. Protection des seuls émetteurs personnes physiques. Il est probable que la règle de proportionnalité ne soit que rarement invoquée, puisque les lettres d'intention sont rarement émises par des personnes physiques⁶⁴². Le fonctionnement de ces sûretés explique qu'elles soient consenties dans des contextes dans lesquels l'émetteur exerce sur le débiteur une influence notoire. L'émetteur d'une lettre d'intention souscrit une obligation « de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier »⁶⁴³. L'objectif de la lettre d'intention est donc que le débiteur exécute lui-même son obligation. L'émetteur de la lettre d'intention peut donc avoir pour rôle d'aider matériellement le débiteur ou de l'aider en le guidant dans ses choix de gestion. Pour que cette sûreté soit efficace, il faut alors que l'émetteur de la lettre d'intention ait un pouvoir d'influence sur le débiteur. À ce sujet un auteur a écrit « le rapport de subordination [...] permet à l'émetteur d'influencer le débiteur et ainsi de lui apporter son soutien »⁶⁴⁴. Ainsi, sans pouvoir de diriger les actions du débiteur, l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté au débiteur dans l'exécution de son obligation semble illusoire. En outre, ces sûretés sont souvent souscrites par des sociétés importantes en raison de la confiance qu'elles inspirent aux créanciers, il est probable que cette confiance soit plus importante que les capacités financières réelles de l'émetteur au jour de la souscription de la lettre d'intention. Ainsi, les lettres d'intention émises par des particuliers ne sont pas fréquentes. Ces sûretés n'ont pas été créées dans l'optique d'une telle utilisation⁶⁴⁵.

322. Protection nécessaire des émetteurs personnes physiques. Si les personnes physiques s'engageant dans les termes de lettres d'intention sont peu nombreuses, elles ne méritent pas moins d'être protégées contre l'insolvabilité qui pourrait résulter de leur engagement⁶⁴⁶. Au

⁶⁴¹ Nous ne sommes donc pas hostiles à l'émission de lettres d'intention par des personnes physiques contrairement à C.-A. Michel qui dans sa thèse précise qu'elle s'oppose à l'émission par des personnes physiques de lettres d'intention pour garantir des dettes non professionnelles, v. C.-A. Michel, *op. cit.* p. 337 et s. n° 330 et s.

⁶⁴² Toutes les études consacrées à ces sûretés rappellent qu'elles sont majoritairement souscrites au sein de groupes de sociétés. v. notamment : V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 348, n° 472 : les auteurs prennent d'ailleurs soin de rappeler que si les lettres d'intention sont fréquemment souscrites au sein de groupes de sociétés « l'existence d'un lien juridique de filiation entre l'émetteur de la lettre et le débiteur conforté n'est aucunement nécessaire à la validité d'une lettre d'intention » ; D. Legeais, *Sûretés et garanties de crédit* : 12^e éd., LGDJ, 2017, p. 298, n° 371.

⁶⁴³ Selon les termes de l'article 2322 c. civ.

⁶⁴⁴ C.-A. Michel, *op. cit.*, p. 287, n° 273.

⁶⁴⁵ Sur le recours originel aux lettres d'intention : C.-A. Michel, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁴⁶ En ce sens : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 1109, n° 1076. L'auteur affirme que l'émission de lettres d'intention par des souscripteurs non avertis est

contraire, la rareté des lettres d'intention souscrites par des personnes physiques pourrait conduire à penser que ces personnes ont un besoin de protection accru. Ces sûretés peu connues des personnes physiques non initiées à la vie des affaires peuvent leur apparaître complexes. Ces particuliers s'engageant exceptionnellement dans les termes d'une lettre d'intention perçoivent-ils uniquement l'obligation de faire ou de ne pas faire à laquelle ils s'engagent ou ont-ils conscience d'être débiteurs d'une dette d'indemnisation en cas d'inexécution de leur obligation et de défaillance du débiteur principal ? L'incertitude qui pourrait être celle des particuliers consentant des lettres d'intention quant au contenu de leur engagement renforce notre conviction. Il est nécessaire de protéger ces personnes physiques de bonne foi contre un engagement qui pourrait être à l'origine de difficultés financières importantes. Il semble donc que l'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention souscrites par des personnes physiques de bonne foi soit nécessaire⁶⁴⁷. Il convient néanmoins de vérifier qu'une telle règle ne perturberait pas le fonctionnement de ces sûretés.

II. Les conséquences de l'instauration d'une règle de proportionnalité

323. Présentation des inconvénients de la règle de proportionnalité. L'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention apparaît intéressante en raison de la protection qu'elle offrirait aux personnes physiques émettant de telles lettres. Il convient néanmoins d'anticiper les conséquences possibles de l'instauration d'une telle règle afin de vérifier que ces conséquences ne constituent pas une contrepartie trop lourde à la protection offerte aux personnes physiques émettant des lettres d'intention. Au titre de ces conséquences, l'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention pourra entraîner une vigilance accrue des créanciers lorsqu'ils se feront consentir de telles lettres (A). L'instauration d'une règle de proportionnalité des lettres d'intention portera également atteinte à l'efficacité de ces sûretés (B).

une « hypothèse pour l'instant d'école, les rares lettres d'intention souscrites par des personnes physiques l'ayant été par des dirigeants de société ».

⁶⁴⁷ Le professeur Ph. Simler propose également que les « souscripteurs non avertis de lettres d'intention » bénéficient de la protection offerte par la règle de proportionnalité : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 1109, n° 1076. Selon lui, d'une part « l'application de la solution prétorienne en matière de lettres d'intention ne rencontrerait aucun obstacle » et d'autre part l'exigence légale de proportionnalité posée à l'article L. 332-1 c. consom. (anc. art. L. 341-4) devrait également bénéficier aux souscripteurs de lettres d'intention personnes physiques.

A. La vigilance accrue des créanciers

324. Invitation à la prudence des créanciers. Un inconvénient pratique résulterait de la règle de proportionnalité. Le créancier prudent s'assurera de la proportionnalité de l'engagement de l'émetteur avant d'accepter d'octroyer un crédit au débiteur en considération de la lettre d'intention. Pour s'assurer de l'efficacité de la lettre d'intention, le créancier devra se renseigner sur l'émetteur afin de vérifier que celui-ci ne consent pas un engagement disproportionné par rapport à son aptitude à le respecter⁶⁴⁸. Cette prudence pourrait changer l'esprit de la lettre d'intention qui se veut plus souple que le cautionnement⁶⁴⁹. Toutefois, les lettres d'intention souscrites par des personnes morales ne seront pas soumises à la règle de proportionnalité. Ainsi, seule la pratique des lettres d'intention par des personnes physiques évoluerait.

325. Relative efficacité de la prudence des créanciers. L'établissement d'une fiche de renseignement relative à la situation de l'émetteur et précisant les relations qu'il entretient avec le débiteur pourrait rassurer le créancier qui souhaiterait s'assurer de la proportionnalité de la lettre d'intention. Cette évolution de la pratique limitée aux lettres d'intention souscrites par des personnes physiques serait intéressante puisqu'elle pourrait incidemment permettre aux émetteurs de prendre conscience de l'engagement juridique souscrit. Les émetteurs tenus de renseigner les créanciers envers lesquels ils s'engagent quant à leur situation, devraient prendre conscience du fait qu'ils sont tenus par une obligation juridique. L'évolution prévisible du comportement des créanciers aurait pu être critiquée si elle avait porté atteinte à la souplesse des lettres d'intention souscrites par des personnes morales. À l'inverse, cette évolution semble bénéfique dès lors qu'elle sera circonscrite aux lettres d'intention émises par des personnes physiques. Le même constat peut être fait concernant l'atteinte à l'efficacité des lettres d'intention résultant de l'instauration d'une règle de proportionnalité.

B. L'atteinte à l'efficacité des lettres d'intention

326. Utilité de l'atteinte à l'efficacité des lettres d'intention. La règle de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants est une règle de protection qui porte

⁶⁴⁸ Les éléments à mettre en balance dans le cadre du contrôle de proportionnalité seront précisés ci-après : v. n° 343 à 355.

⁶⁴⁹ En effet les lettres d'intention ne sont pas encadrées par un régime strictement délimité. Elles ne font l'objet que d'une définition au sein du Code civil. Art. 2322 c. civ. « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». L'avant-projet de réforme du droit des obligations ne propose aucune modification relative aux lettres d'intention. Les rédacteurs de l'avant-projet souhaitent conserver la souplesse de ces sûretés.

exception au principe de la force obligatoire des contrats⁶⁵⁰. Il en résulte que la règle de proportionnalité, quelle que soit la sûreté à laquelle elle s'applique, porte nécessairement atteinte à l'efficacité des sûretés. Ainsi, inévitablement, l'instauration d'une règle de proportionnalité des lettres d'intention porterait atteinte à ces sûretés. Cette atteinte sera toutefois circonscrite aux lettres d'intention soumises à la règle de proportionnalité (1). Ainsi, seules les lettres d'intention souscrites par des personnes physiques verraient leur efficacité atteinte. Or l'atteinte à l'efficacité de ces sûretés pourrait être bénéfique. La règle de proportionnalité pourrait dissuader les créanciers d'avoir recours aux lettres d'intention souscrites par des personnes physiques (2).

1. L'atteinte circonscrite à l'efficacité des lettres d'intention

327. Doute quant à l'origine de l'atteinte à l'efficacité. L'exigence de proportionnalité pourrait être critiquée en raison de l'atteinte qu'elle porterait à l'efficacité des lettres d'intention. Pour se laisser convaincre par cette critique, il convient de vérifier que ces sûretés seront vraiment moins fiables si elles sont soumises à une exigence de proportionnalité. L'observation de l'objet de la règle permet de remettre en cause l'idée selon laquelle la règle de proportionnalité porterait atteinte à l'efficacité des lettres d'intention. En effet, la découverte d'une disproportion manifeste implique en matière de lettres d'intention comme en matière de cautionnement, que le garant ne soit pas en mesure d'honorer son engagement. De manière logique, même en l'absence de règle de proportionnalité, il aurait été difficile pour le créancier d'obtenir ce qui lui est dû. Ainsi il apparaît que la prise d'une lettre d'intention disproportionnée par rapport aux capacités de l'émetteur à respecter son engagement affaiblit en elle-même l'efficacité de cette sûreté. Il est néanmoins indéniable que l'instauration d'une règle de proportionnalité des lettres d'intention offrirait aux émetteurs un moyen de contester leur engagement.

328. Atteinte à la force obligatoire du contrat⁶⁵¹. Les lettres d'intention sont des sûretés conventionnelles. Le contrat qui instaure de telles sûretés ne sera pas respecté si le juge sanctionne la disproportion de l'engagement de l'émetteur. Le juge sera autorisé à réviser la convention des parties pour réduire l'engagement de l'émetteur afin que ce dernier demeure

⁶⁵⁰ Sur l'atteinte portée au principe de la force obligatoire des contrats : v. n° 107.

⁶⁵¹ Sur la force obligatoire des contrats : H. Juillet-Regis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015 ; B. Guiderdoni, *Le forçage du contrat par le juge*, thèse Caen, 2002 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg, 1997 ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil » *D.* 2002, p. 901 ; R. Cabrillac, « Force obligatoire », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 596 et s.

dans des proportions raisonnables. La force obligatoire du contrat sera alors atteinte. Ce principe s'applique au juge et lui interdit de s'immiscer dans la convention des parties. Ainsi, il convient de bien distinguer d'une part la force obligatoire du contrat à laquelle la règle portera indéniablement atteinte et d'autre part l'efficacité des lettres d'intention qui ne le sera pas nécessairement du fait de la règle de proportionnalité. En effet, la règle de proportionnalité offrira au juge la possibilité de remanier la convention des parties et en cela portera atteinte à la force obligatoire des contrats. En revanche, il est permis de penser que même en l'absence d'une règle de proportionnalité, les lettres d'intention par lesquelles les émetteurs souscrivent des engagements disproportionnés ne seront pas respectées.

329. **Atteinte à l'efficacité circonscrite.** Si l'atteinte à l'efficacité des lettres d'intention peut sembler inquiétante, il convient de rappeler que cette règle serait réservée aux personnes physiques. Or, il est rare en pratique que des lettres d'intention soient émises par des personnes physiques, de sorte que l'atteinte à l'efficacité de ces sûretés serait nécessairement mesurée⁶⁵². En outre, si l'atteinte à l'efficacité des lettres d'intention émises par des personnes physiques freine le recours aux lettres d'intention, les créanciers pourront toujours se tourner vers d'autres sûretés personnelles. Il n'existe aucune raison de favoriser le recours aux lettres d'intention émises par des particuliers⁶⁵³.

2. L'effet dissuasif du recours aux lettres d'intention

330. **Efficacité dépendante de la personne de l'émetteur.** L'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention pourrait paraître critiquable dès lors qu'elle porte atteinte à l'efficacité de ces sûretés. La perte d'efficacité des lettres d'intention souscrites par des personnes physiques pourrait entraîner une différence entre la perception des lettres d'intention souscrites par des personnes morales et par des personnes physiques. En effet, la perception des lettres d'intention souscrites par des personnes morales devrait demeurer intacte alors que les lettres d'intention souscrites par des personnes physiques pourraient apparaître

⁶⁵² Toutes les études consacrées à ces sûretés rappellent qu'elles sont majoritairement souscrites au sein de groupes de sociétés. v. notamment : V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 348, n° 472 : les auteurs prennent d'ailleurs soin de rappeler que si les lettres d'intention sont fréquemment souscrites au sein de groupes de sociétés « l'existence d'un lien juridique de filiation entre l'émetteur de la lettre et le débiteur conforté n'est aucunement nécessaire à la validité d'une lettre d'intention » ; D. Legeais, *Sûretés et garanties de crédit* : 12^e éd., LGDJ, 2017, p. 298, n° 371.

⁶⁵³ Allant plus loin un auteur propose de les interdire : C.-A. Michel, *op. cit.*, p. 105 et s., n° 101 et s., spéc. p. 111, n° 105. L'auteur souhaite une extension jurisprudentielle des interdictions légales de recourir aux garanties autonomes et généralise ensuite son propos : « la prohibition devrait être étendue à l'ensemble des sûretés personnelles, instaurant ainsi un monopole au profit du cautionnement ».

douteuses. Cette différence de perception entre les lettres d'intention souscrites par des personnes morales et par des personnes physiques est intéressante en ce qu'elle pourra conduire les créanciers à renoncer à l'obtention de lettres d'intention souscrites par des personnes physiques.

331. **Effet dissuasif de l'instauration d'une règle de proportionnalité.** Les créanciers pourraient être réticents à obtenir des lettres d'intention souscrites par des personnes physiques. Ce constat est positif dès lors que la lettre d'intention n'est pas une sûreté adaptée aux personnes physiques. Cette sûreté est apparue dans le cadre des groupes de sociétés et se justifie par les rapports particuliers liant les sociétés d'un même groupe. Si des lettres d'intention peuvent être souscrites par des personnes physiques, rien ne conduit à encourager cette pratique. De ce point de vue, les lettres d'intention peuvent être rapprochées des garanties autonomes. La souscription de garanties autonomes par des personnes physiques ne doit pas être encouragée⁶⁵⁴. Elle apparaît inadaptée en raison de l'automatisme et de la rigueur propre à ces sûretés. Ainsi, l'extension de la règle de proportionnalité à ces sûretés lorsqu'elles sont souscrites par des personnes physiques pourra avoir un effet dissuasif salutaire. Si la règle de proportionnalité porte atteinte à ces sûretés, les créanciers pourraient être tentés de se contenter de cautionnements lorsque le garant qui leur est proposé est une personne physique⁶⁵⁵.

332. **Opportunité de l'extension de la règle aux lettres d'intention.** Pour conclure, ni l'atteinte à l'efficacité des lettres d'intention, ni l'évolution prévisible des pratiques n'apparaissent suffisantes pour que le projet d'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention souscrites par des personnes physiques soit abandonné. Le besoin de protection de ces émetteurs prend le dessus sur les inconvénients qui résulteront de l'instauration de la règle envisagée. Ces inconvénients auraient eu une tout autre portée si l'extension de la règle de proportionnalité avait été proposée en faveur de l'ensemble des émetteurs de lettres d'intention, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales. En effet, l'atteinte à l'efficacité et à la souplesse de ces sûretés aurait pu être une contrepartie pesante à la protection des émetteurs si elle avait concerné l'ensemble des lettres d'intention. Ainsi, le champ d'application retenu n'est pas seulement adéquat, mais également salvateur en matière de lettres d'intention⁶⁵⁶. Il n'aurait

⁶⁵⁴ v. n° 287.

⁶⁵⁵ Dans le même sens concernant les garanties autonomes : v. n° 313 et 314.

⁶⁵⁶ L'efficacité caractéristique de ces sûretés lorsqu'elles sont souscrites par des personnes morales doit être préservée.

pas été possible de soutenir une règle de proportionnalité applicable à toutes les lettres d'intention.

§ 2 : L'applicabilité de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention

333. **Application difficile de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention.** Bien que l'instauration d'une règle de proportionnalité des lettres d'intention soit intéressante, il est à première vue très difficile de l'envisager concrètement. La technique de ces sûretés diffère de celle des cautionnements et des garanties autonomes, ce qui pose la question de l'applicabilité de la règle de proportionnalité. En doctrine, deux conceptions de ces sûretés coexistent, or chacune de ces conceptions invite à retenir une approche distincte de la proportionnalité. Ainsi la présentation technique et théorique des lettres d'intention permettra de prendre conscience de la difficulté de l'extension de la règle de proportionnalité (I). Il conviendra alors de choisir la forme recouverte par la règle de proportionnalité et de préciser l'application qui en sera faite (II).

I. La présentation des lettres d'intention

334. **Présentation pratique et doctrinale des lettres d'intention.** La technique des lettres d'intention diffère de celle des deux autres sûretés personnelles que sont le cautionnement et la garantie autonome. Cette technique doit être présentée dès lors qu'elle rend difficilement envisageable l'instauration d'un contrôle de proportionnalité (A). Il est également intéressant de présenter les différentes acceptions de ces sûretés par la doctrine dès lors que l'application de la règle de proportionnalité dépendra de la conception retenue (B).

A. La technique des lettres d'intention

335. **Définition légale.** Il est à première vue très difficile d'envisager la proportionnalité des lettres d'intention. La proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants a jusqu'ici été présentée comme l'exigence du respect d'un rapport de proportionnalité entre le montant de l'engagement souscrit par le garant et ses facultés financières. Or l'émetteur d'une lettre d'intention ne souscrit aucun engagement de payer une somme d'argent. En effet, selon la définition légalement retenue « la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son

créancier »⁶⁵⁷. Ainsi, l'émetteur d'une lettre d'intention s'engage envers le créancier dans les liens d'une obligation de faire ou de ne pas faire. L'application classique des règles du droit des contrats implique que la responsabilité contractuelle de cet émetteur puisse être engagée s'il n'exécute pas son obligation conformément aux termes contractuels⁶⁵⁸. Ainsi, en cas de défaillance de l'émetteur, le créancier pourra obtenir la réparation du préjudice qu'a engendré pour lui cette inexécution contractuelle⁶⁵⁹. Contrairement à la caution et au garant autonome, l'émetteur d'une lettre d'intention ne consent donc aucune obligation de payer une somme d'argent. Il pourra seulement être tenu de réparer le préjudice subi par le créancier en cas d'inexécution contractuelle. La différence notable de technique entre d'une part le cautionnement et la garantie autonome et d'autre part les lettres d'intention conduit à penser que l'application de la règle de proportionnalité à ces sûretés sera complexe. Pourtant, les lettres d'intention sont des sûretés personnelles, de sorte que leur soumission à la règle de proportionnalité doit être envisagée.

336. Sûreté personnelle. Pour le législateur, la lettre d'intention est un « engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». Cette définition met en évidence le fait que, quelle que soit l'obligation souscrite par l'émetteur, cette obligation a pour objet le soutien apporté au débiteur dans l'exécution de sa propre obligation. L'objectif de soutien au débiteur de l'obligation souscrite par l'émetteur met en évidence le fait que la lettre d'intention est une garantie personnelle. En effet, la lettre d'intention entre dans la définition des sûretés personnelles proposée par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés. Selon cette définition : « la sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal »⁶⁶⁰. L'émetteur d'une lettre d'intention s'engage effectivement envers le créancier, alors qu'il n'est pas tenu au paiement de la dette du débiteur. Enfin, le

⁶⁵⁷ Art. 2322 c. civ. Sur cette définition : D. Houtcieff, « Les sûretés personnelles », *RD banc. et fin.* 2006, p. 58, n° 22. Sur ces sûretés : X. Barré, *La lettre d'intention : technique contractuelle et pratique bancaire*, Economica, 1995 ; A. G. Ouane, *Quelle place aujourd'hui pour la lettre d'intention ?*, thèse Paris Nanterre, 2005 ; L. Du Jardin, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés : la lettre de patronage*, LGDJ, 2001.

⁶⁵⁸ La responsabilité contractuelle est prévue aux art. 1231 à 1231-7 c. civ. v. notamment : art. 1231-1 c. civ. : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ». Sur la responsabilité contractuelle engagée pour inexécution des obligations v. notamment : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018, p. 537 et s., n° 939 et s.

⁶⁵⁹ De manière classique, le créancier devra prouver l'inexécution contractuelle de l'émetteur, l'existence d'un préjudice et enfin celle d'un lien de causalité entre cette inexécution et ce préjudice. Sur les conditions de la responsabilité contractuelle : *ibid, loc. cit.*

⁶⁶⁰ Art. 2286-1 al. 1 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié en 2017 par l'association Henri Capitant.

paiement libératoire effectué par l'émetteur de la lettre d'intention lui offre un recours à l'encontre du débiteur⁶⁶¹. Ce recours peut être conventionnellement prévu ou être fondé sur la subrogation personnelle légale⁶⁶². En effet, bien que l'émetteur de la lettre d'intention n'exécute pas l'obligation du débiteur, la finalité de la lettre d'intention impose qu'il dispose d'un recours contre le débiteur⁶⁶³. En outre, la qualification de sûreté personnelle ne fait plus aucun doute depuis que les lettres d'intention ont été consacrées comme telles par l'ordonnance du 23 mars 2006⁶⁶⁴. Le principal apport de la réforme du droit des sûretés opérée en 2006 concernant les lettres d'intention a justement consisté dans leur consécration en tant que sûretés⁶⁶⁵. Toutefois, en l'absence de régime primaire applicable à l'ensemble des sûretés personnelles, la consécration des lettres d'intention comme sûretés n'apporte pas d'indication quant aux règles qui doivent leur être appliquées⁶⁶⁶. Il sera dès lors impossible de s'appuyer sur une démarche d'extension des règles du cautionnement aux lettres d'intention, une telle démarche n'étant pas amorcée par le législateur. Sera donc envisagée, de manière autonome, l'application aux lettres d'intention de la règle de proportionnalité du cautionnement.

337. Justification de la protection des émetteurs. La qualification de sûreté personnelle des lettres d'intention invite à penser que les émetteurs de ces lettres méritent d'être protégés par la règle

⁶⁶¹ Sur ce recours : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 1065 et s., n° 1037 et s. ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 368, n° 515 et s.

⁶⁶² Ce fondement était déjà envisagé avant la réforme du droit des obligations de 2016 par M.-N. Jobard-Bachelier, M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey Université, 2007, qui affirmaient que les juges entendaient largement les termes de l'ancien article 1251 3° selon lesquels « La subrogation a lieu de plein droit : 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Ainsi, selon eux, les juges pouvaient appliquer cet article même si l'émetteur n'est pas tenu avec ou pour d'autres. Dans le même sens et toujours avant la réforme : Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 309 ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 1375 et s. Depuis la réforme de 2016, la subrogation légale personnelle est prévue à l'article 1346 c. civ. qui dispose que « La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». Ce nouvel article rend possible la subrogation de l'émetteur dans les droits du donneur d'ordre, bien que l'émetteur n'ait jamais été tenu avec le débiteur ou pour lui.

⁶⁶³ Sur le lien entre la finalité de garantie et l'existence d'un recours du garant : M. Cabrillac et Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd. 2015, p. 196, n° 274 : « certes la caution est obligée à la dette et doit payer ce qui est dû par le débiteur principal, mais elle doit être munie des recours juridiques lui permettant de n'en supporter aucune contribution définitive. Elle est en effet tenue pour autrui, à la différence du codébiteur solidaire qui est tenu avec autrui ; elle doit donc être remboursée » ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 853, n° 1219 : « même revêtue d'un caractère autonome, la garantie autonome constitue une garantie qui, par définition, est un accessoire de la créance fondamentale ».

⁶⁶⁴ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

⁶⁶⁵ Avant cette réforme, la question se posait de savoir si les lettres d'intention étaient des garanties. La réponse à cette question conditionnait l'application des articles L. 225-35 et L. 225-68 soumettant l'octroi de garanties à l'autorisation du conseil d'administration ou de surveillance. Sur cet enjeu de la qualification de garantie des lettres d'intention : V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 355, n° 482.

⁶⁶⁶ Un tel régime est proposé par V. Brémond et M. Bourassin, *op. cit.*, p. 494 et s. n° 694 et s.

de proportionnalité. En effet, la règle de proportionnalité existante en matière de cautionnement est justifiée par le fait que la caution prend le risque de se trouver en situation d'insolvabilité alors qu'elle n'obtient aucun crédit en contrepartie. Ce risque pris par la caution dans le but de favoriser autrui, légitime la contrainte posée par la règle de la proportionnalité. Plus précisément, la règle de proportionnalité des sûretés peut reposer sur deux justifications. La caution est protégée soit parce qu'elle souscrit un engagement fondamentalement déséquilibré, soit parce qu'elle s'engage sur tout son patrimoine⁶⁶⁷. Or, l'émetteur d'une lettre d'intention souscrit un engagement fondamentalement déséquilibré en ce qu'il s'engage envers le créancier sans percevoir aucune contrepartie dès lors qu'il ne bénéficie pas du crédit octroyé lequel profite au débiteur. En outre, bien qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou de ne pas faire et non d'une obligation de payer une somme d'argent, l'émetteur de la lettre d'intention s'engage personnellement envers le créancier. Ainsi, quelle que soit la justification retenue de la règle de proportionnalité du cautionnement, elle se retrouve en matière de lettre d'intention et justifierait l'extension de la règle. Si la présentation de la technique des lettres d'intention fait apparaître que l'application de la règle de proportionnalité pourra être complexe en raison de l'absence d'obligation de payer une somme d'argent souscrite par l'émetteur, elle n'implique pas que l'instauration d'une telle règle soit impossible. La qualification de sûreté personnelle des lettres d'intention, conduit à aller au-devant des difficultés pour proposer une règle de proportionnalité adaptée à la technique des lettres d'intention. Pour ce faire, sera étudiée la perception théorique de ces sûretés. La perception des lettres d'intention par la doctrine fera apparaître que l'instauration d'une règle de proportionnalité est possible. Néanmoins, l'existence de deux conceptions distinctes des lettres d'intention, invitera à envisager deux applications de la règle de proportionnalité ne recouvrant pas les mêmes réalités.

B. Les conceptions théoriques des lettres d'intention

338. Intérêt de la conception théorique. L'application de la règle de proportionnalité en matière de lettres d'intention sera nécessairement différente de celle qui existe en matière de cautionnement dès lors que l'émetteur d'une telle lettre ne consent aucune obligation de payer une somme d'argent. Néanmoins, l'étude des différentes conceptions des lettres d'intention permettra d'envisager différentes applications de la règle de proportionnalité. La difficulté résidera alors dans le choix de la conception des lettres d'intention à retenir, dont dépendra l'appréciation de la proportionnalité. Si l'on envisage les lettres d'intention comme des

⁶⁶⁷ v. n° 262, 263 et 264.

garanties indemnitaires, il apparaît que les émetteurs de lettres d'intention s'engagent à indemniser le créancier en cas d'inexécution de leur obligation de faire ou de ne pas faire. La proportionnalité de l'engagement de l'émetteur doit alors s'entendre de la proportionnalité du montant des dommages-intérêts dus par l'émetteur au créancier en cas d'inexécution de la lettre d'intention, par rapport aux facultés de paiement de l'émetteur. En effet, si l'émetteur s'engage à indemniser le créancier, c'est la proportionnalité de cet engagement qui doit être évaluée. À l'inverse, si l'on envisage les lettres d'intention comme des obligations comportementales, l'engagement de l'émetteur réside dans une obligation de faire ou de ne pas faire. Il en résulte que la proportionnalité devra être appréciée entre l'obligation de faire ou de ne pas faire souscrite par l'émetteur et sa capacité à honorer cet engagement. Toutefois, le choix de la conception à retenir ne semble pas évident dès lors qu'aucune de ces deux conceptions n'apparaît pleinement satisfaisante.

339. Critique de la qualification de garantie indemnitaire. En raison de leur fonctionnement, les lettres d'intention sont majoritairement qualifiées de garanties indemnitaires⁶⁶⁸. Ce qualificatif est exact si l'on considère que l'émetteur de la lettre s'engage à indemniser le bénéficiaire en cas d'inexécution de son obligation. Toutefois, cette description des lettres d'intention ne reflète pas exactement la réalité. Elle simplifie le fonctionnement des lettres d'intention. En réalité, l'émetteur ne s'engage pas directement à indemniser le récepteur mais, comme l'indique la définition légale de cette sûreté, s'engage à exécuter une obligation de faire ou de ne pas faire, laquelle a pour objet le soutien apporté au débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier. En ce sens, Emmanuel Netter affirme que les lettres d'intention « consistent en effet, pour le garant, à promettre d'adopter un comportement, à promettre son fait personnel. C'est par sa bonne exécution qu'une telle obligation a vocation à améliorer la situation du bénéficiaire. Ce n'est qu'en certaines hypothèses que, violée, l'obligation aboutira à une indemnisation par le truchement des règles de la responsabilité civile contractuelle »⁶⁶⁹. La

⁶⁶⁸ v. E. Netter, *Les garanties indemnitaires*, PUAM, 2014 ; Ph. Simler, « Peut-on substituer une promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *RD bancaire et bourse* 1997, p. 223 et s., spéc. p. 224 : qui propose une classification tripartite selon laquelle les sûretés personnelles seraient accessoires, autonomes ou indemnitaires. L'auteur classe parmi les garanties personnelles indemnitaires le porte-fort d'exécution et les lettres d'intention. A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LDGJ, 2010, p. 1036, n° 1424 : « À travers la description du jeu de la lettre d'intention, on ne peut que convenir de son caractère indemnitaire » et p. 1030, n° 1421 et s. Toutefois en sens contraire, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, LGDJ, 12^e éd., 2018, p. 201, n° 325 : « La lettre d'intention, au contraire, n'est pas directement un engagement d'indemnisation du créancier. [...] L'indemnisation du créancier sera donc indirecte ».

⁶⁶⁹ E. Netter, *Les garanties indemnitaires*, PUAM, 2014, p. 163. Ainsi, l'auteur distingue le « garant indemnitaire satisfaisant » qui s'engage par une promesse de porte-fort d'exécution et le « garant comportemental » qui émet une lettre d'intention.

réparation par l'émetteur du préjudice subi par le créancier ne découle donc pas directement d'un engagement indemnitaire, mais de l'inexécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire souscrite par l'émetteur⁶⁷⁰. Cette description plus précise explique que l'indemnisation par l'émetteur dépende de l'existence d'un lien de causalité entre l'inexécution de son obligation par l'émetteur et le préjudice subi par le créancier. Plusieurs auteurs ont mis en avant cette précision et ont critiqué la qualification inexacte des lettres d'intention de « garantie indemnitaire »⁶⁷¹. Les auteurs qui réfutent la qualification de garantie indemnitaire mettent en évidence le fait que l'émetteur consent une obligation de faire ou de ne pas faire. Ils en déduisent que l'obligation de l'émetteur est avant tout comportementale⁶⁷².

340. Critique de la qualification d'obligation comportementale. Ainsi, la conception classique des lettres d'intention comme garanties indemnitaires est réfutée par une partie de la doctrine. Les auteurs s'opposant à la qualification traditionnellement retenue retiennent que l'émetteur d'une lettre d'intention souscrit une obligation de faire ou de ne pas faire et relèguent au second plan l'indemnisation par l'émetteur du préjudice subi par le créancier. Cette conception des lettres d'intention semble plus exacte dès lors que l'objet de la lettre d'intention consiste en une obligation de faire ou de ne pas faire. L'un des auteurs réfutant la qualification de garantie indemnitaire refuse de voir dans les lettres d'intention la moindre obligation de l'émetteur à garantir l'exécution de l'obligation du débiteur⁶⁷³. Elle affirme en ce sens que les engagements dits « mixtes » dans lesquels l'émetteur s'engage à la fois à adopter une certaine attitude et à

⁶⁷⁰ Engagement indemnitaire qui consisterait pour l'émetteur à s'engager à indemniser le bénéficiaire si le débiteur n'exécutait pas son obligation.

⁶⁷¹ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil – Sûretés personnelles, supplément aux obligations*, PUF, 2013, qui affirment que les lettres d'intention de sont pas des garanties indemnitaires mais sont créatrices d'obligation de faire préventives ; dans le même sens C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580 ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 327, n° 386 et 387 et s. l'auteur distingue les garanties indemnitaires « ab initio » ou de premier degré des garanties indemnitaires « in fine » ou de second degré. Pour ces dernières, « l'indemnisation ne constituerait que l'effet médiat de l'inexécution d'une obligation de faire souscrite en propre par le tiers garant et consistant à promettre que le débiteur exécutera ses obligations ». Pour l'auteur les lettres d'intention « comportementales » sont originales et se distinguent donc des garanties indemnitaires du second degré : v. *ibid.*, p. 338, n° 407.

⁶⁷² C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580, p. 284, n° 271 : l'auteur rappelle que l'émetteur s'oblige à adopter une certaine attitude. Elle affirme également que la lettre d'intention présente la particularité d'être une sûreté ayant pour objet de garantir l'exécution de son obligation par le débiteur lui-même et non une exécution par équivalent par l'émetteur. Elle en déduit que si la lettre d'intention est une garantie d'exécution, elle n'est qu'exceptionnellement une garantie contre l'inexécution ; Ph. Dupichot, *op. cit.*, l'auteur affirme que les lettres d'intention sont créatrices d'obligations comportementales, ce qui les rend originales puisqu'elles ne constituent pas des obligations satisfaisantes contrairement aux autres sûretés personnelles ; F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil – Sûretés personnelles, supplément aux obligations*, PUF, 2013, affirment que les lettres d'intention font naître des obligations de faire et en déduisent qu'elles ne peuvent être étudiées comme des alternatives au cautionnement.

⁶⁷³ C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, *op. cit.*

garantir l'exécution de son obligation par le débiteur, doivent être qualifiés de porte-fort d'exécution. Elle justifie cette proposition en précisant que la garantie de l'exécution par le débiteur prend le dessus sur l'obligation portant sur le comportement du garant. Selon elle, la garantie de l'exécution par le débiteur n'est pas l'objet de la lettre d'intention mais celui de la promesse de porte-fort d'exécution. S'il est vrai que l'émetteur d'une lettre d'intention ne s'engage pas directement à indemniser le créancier en cas de non-exécution de son obligation par le débiteur, il semble que l'indemnisation du préjudice subi par le créancier ne doive pas être totalement occultée⁶⁷⁴. Cette indemnisation est partie intégrante du fonctionnement des lettres d'intention. Ainsi, ne peut être pleinement approuvée la conception des lettres d'intention comme obligation comportementale propre à l'émetteur, dès lors que cette conception semble gommer les liens existants naturellement entre l'obligation du garant et l'obligation garantie. Le lien entre ces obligations est indéniable. En effet, en pratique, ce n'est que lorsque le débiteur se sera montré défaillant que le créancier s'intéressera à l'exécution de son obligation par l'émetteur de la lettre d'intention. Dans cette situation, le créancier ne cherchera d'ailleurs qu'à obtenir l'indemnisation de son préjudice par le créancier. Il aura donc intérêt à ce que l'émetteur n'ait pas exécuté son obligation⁶⁷⁵.

341. Double intérêt des lettres d'intention pour les créanciers. Ainsi, du point de vue du créancier, l'obligation de l'émetteur présente certes un aspect préventif favorisant l'exécution de son obligation par le débiteur lui-même, mais également un aspect curatif qui prendra la forme du versement de dommages-intérêt par l'émetteur n'ayant pas exécuté son obligation. Bien que l'aspect préventif des lettres d'intention soit primordial, l'aspect curatif n'apparaît pas négligeable pour les créanciers bénéficiant de ces sûretés. Il est à noter d'ailleurs que la pratique des gentleman agreements a largement cédé sa place aux véritables lettres d'intention depuis le déclin du « respect de la parole dans la pratique des affaires »⁶⁷⁶. Cette évolution de la pratique indique que les créanciers n'entendent plus se contenter d'engagements sur l'honneur ne leur conférant aucun droit sur le patrimoine du garant en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur⁶⁷⁷. Les lettres d'intention n'apparaissent ni comme des garanties purement

⁶⁷⁴ Ce qui rendrait difficile la distinction entre la lettre d'intention et le porte fort d'exécution.

⁶⁷⁵ En effet, si l'émetteur a exécuté son obligation, le créancier ne pourra pas engager sa responsabilité contractuelle et obtenir des dommages-intérêts. Cette situation peut se concrétiser lorsque l'obligation souscrite par l'émetteur est une obligation de moyen.

⁶⁷⁶ D. Legeais, *Sûretés et garanties de crédit* : 12^e éd., LGDJ, 2017, p. 300, n° 374.

⁶⁷⁷ Sur l'absence de caractère contraignant des gentleman agreements : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LDGJ, 2010, p. 1024 et s., n° 1414 et 1415 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties de crédit* : 12^e éd., LGDJ, 2017, p. 300, n° 374 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015 ; p. 415, n° 573.

indemnitaires, ni comme de simples obligations comportementales. Ces sûretés présentent un aspect préventif consistant dans une obligation comportementale et un aspect curatif caractérisé par l'indemnisation du créancier. L'inexécution de son obligation par le débiteur et l'inexécution de son obligation par l'émetteur apparaissent comme deux conditions nécessaires à l'indemnisation du créancier. La conception mettant en avant la seule obligation comportementale de l'émetteur doit être rejetée dès lors qu'elle conduit à gommer la condition de l'inexécution de son obligation par le débiteur. De la même manière la conception purement indemnitaire des lettres d'intention est rejetée dès lors que les auteurs qui la soutiennent semblent admettre que l'émetteur puisse être tenu d'indemniser le créancier uniquement en se fondant sur l'inexécution de son obligation par le débiteur. En somme, la conception classique des lettres d'intention comme garanties indemnitaires et la conception des lettres d'intention comme simples obligations comportementales doivent être combinées pour refléter la réalité complexe des lettres d'intention. Dès lors qu'aucune des conceptions doctrinales des lettres d'intention n'apparaît pleinement satisfaisante, le choix de l'application de la règle de proportionnalité ne pourra pas dépendre du choix de la conception retenue. En effet, à chacune des conceptions des lettres d'intention, pouvait être rattachée une idée de la proportionnalité. Le choix de la combinaison des deux conceptions de ces sûretés laisse donc entière la question de la conception à retenir de la proportionnalité.

II. L'adaptation de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention

342. **Détermination nécessaire des éléments à comparer.** Si l'application de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention mérite d'être encouragée, elle implique que soient déterminés les éléments à mettre en balance dans le cadre d'un rapport de proportionnalité. L'étude des différentes conceptions doctrinales des lettres d'intention n'a pas permis de déterminer fermement l'application devant être faite de la règle de proportionnalité. Il convient dès lors d'envisager différentes applications possibles de la règle de proportionnalité afin de déterminer les éléments devant être mis en comparaison dans le cadre de l'exigence de proportionnalité (A). Le rapport de proportionnalité retenu devra ensuite être défendu contre les critiques qui pourraient lui être adressées (B).

A. La détermination des éléments à comparer

343. **Recherche complexe.** La recherche des éléments à comparer dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité apparaît bien plus complexe en matière de lettres d'intention qu'en matière de

garanties autonomes. Cette étape n'avait pas posé de difficultés en matière de garantie autonome, le modèle de la règle de proportionnalité en matière de cautionnement pouvait être simplement transposé à ces garanties qui sont construites selon une même structure⁶⁷⁸. La détermination complexe des éléments à comparer en matière de lettres d'intention résulte du double aspect préventif et curatif de ces sûretés. L'émetteur s'engage à adopter un certain comportement et accepte incidemment d'indemniser le créancier en cas de double défaillance du débiteur et de l'émetteur lui-même. Seront donc rejetées les applications de la règle de proportionnalité qui ne mettent pas en évidence l'obligation de l'émetteur consistant en une obligation de faire ou de ne pas faire (1), pour que soit retenue une conception de la proportionnalité mettant en avant l'obligation comportementale de l'émetteur (2).

1. Les différentes conceptions rejetées de la proportionnalité

344. Proportionnalité du crédit octroyé au débiteur par rapport aux facultés de paiement de l'émetteur. L'évaluation de la proportionnalité en matière de cautionnement apparaît aisée dès lors qu'elle implique de comparer deux éléments chiffrables. Se pose la question de savoir si une comparaison similaire pourrait être opérée pour apprécier la proportionnalité des lettres d'intention. En ce sens, pourrait être envisagée l'instauration d'une règle de proportionnalité qui mettrait en balance le crédit octroyé au débiteur et les facultés financières de l'émetteur. L'avantage présenté par une telle règle de proportionnalité mettant en balance deux éléments chiffrés ne doit pas conduire à ignorer son manque de pertinence. Il serait illogique de procéder à une évaluation de la proportionnalité des facultés de paiement de l'émetteur avec le crédit octroyé au débiteur, alors que l'émetteur ne s'engage pas à payer cette dette. L'émetteur n'est jamais tenu au paiement de la dette du débiteur en cas de défaillance de ce dernier. Si tel était le cas l'engagement devrait être requalifié en cautionnement⁶⁷⁹. Il serait donc absurde d'exiger le respect d'un tel rapport de proportionnalité.

345. Proportionnalité de la créance de réparation de l'émetteur par rapport à ses facultés de paiement. La proportionnalité entre le montant du crédit octroyé au débiteur et les facultés de paiement de l'émetteur doit être rejetée en raison de son manque de pertinence résultant du fait que dans aucun cas l'émetteur n'est tenu d'honorer lui-même la dette du débiteur. Néanmoins, l'émetteur est parfois tenu d'une obligation en argent envers le créancier. En effet, lorsque ni le

⁶⁷⁸ v. n° 298.

⁶⁷⁹ Cass. com. 21 déc. 1987 ; *JCP* 1988. II. 21113, note J.-C. Montanier ; *Banque* 1988. 361, obs. J.-L. Rives-Lange ; *GAJC* n° 278.

débiteur, ni l'émetteur n'ont respecté leurs obligations envers le créancier, l'émetteur est tenu d'indemniser le préjudice subi par lui⁶⁸⁰. Il semble donc possible d'envisager le cas pathologique, soit l'hypothèse dans laquelle l'obligation résultant de la lettre d'intention n'a pas été exécutée par son émetteur. La proportionnalité pourrait alors être exigée entre les dommages-intérêts dus par l'émetteur et ses capacités de paiement. Cette conception de la proportionnalité serait également comparable à celle existante en matière de cautionnement. La somme potentiellement due par le garant serait comparée à ses facultés de paiement.

346. Proposition conforme à la finalité de la règle de proportionnalité. La règle de proportionnalité des lettres d'intention, conçue comme la proportionnalité entre les dommages-intérêts potentiellement dus par l'émetteur et ses capacités de paiement, permettrait d'assurer la protection des garants contre l'insolvabilité⁶⁸¹. En empêchant que les dommages-intérêts soient disproportionnés aux facultés de paiement de l'émetteur, l'on empêche qu'il se trouve en situation d'insolvabilité au jour où il sera tenu de cette dette indemnitaire. Cette conception de la proportionnalité des lettres d'intention semble cohérente. Toutefois, cette conception de la proportionnalité peut être critiquée.

347. Obstacle matériel à l'évaluation de la proportionnalité des dommages-intérêts. L'anticipation par les parties de l'application de la règle de proportionnalité des dommages-intérêts potentiellement dus par l'émetteur de la lettre d'intention sera complexe. Le créancier n'aura aucun moyen de savoir lors de la conclusion de la lettre d'intention, si le montant des dommages-intérêts qui devront potentiellement lui être octroyés apparaîtra disproportionné aux facultés de paiement de l'émetteur. Ainsi, cette conception de la proportionnalité peut être critiquée en raison de l'insécurité qui en résulterait pour le créancier⁶⁸². Il est vrai que les créanciers pourraient s'assurer de la proportionnalité des lettres d'intention dont ils bénéficient en limitant conventionnellement les dommages-intérêts qui pourraient être dus par les émetteurs de ces lettres. En effet, si les parties fixent conventionnellement le montant des dommages-intérêts qui pourraient être dus par l'émetteur⁶⁸³

⁶⁸⁰ Sur la notion de préjudice : X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préf. P. Jourdain, LGDJ, 2004 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd. 2018, p. 145 et s., n° 239 et s.

⁶⁸¹ Sur la notion d'insolvabilité : v. n° 30.

⁶⁸² Or la sûreté a justement pour finalité de renforcer la sécurité du créancier.

⁶⁸³ Cette possibilité étant offerte aux parties par l'art. 1231-5 al. 1 c. civ. : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». Il conviendrait alors de compléter les exceptions à cette règle prévues par les alinéas suivants du même article.

ou s'accordent sur un plafond prévoyant le montant maximum de ces dommages-intérêts⁶⁸⁴, le créancier sera en mesure de s'assurer de l'absence de disproportion de la créance éventuelle de dommages-intérêt. L'insertion d'une clause limitative de réparation ou d'une clause pénale n'exclurait pas en elle-même le contrôle de proportionnalité. Ces clauses permettraient seulement au créancier de tenter d'éviter la caractérisation d'une disproportion. Néanmoins, il sera impossible de contraindre les parties à insérer dans leurs lettres d'intention des clauses pénales ou des clauses limitant l'indemnisation du créancier. Ainsi, l'évaluation de la proportionnalité des dommages-intérêts potentiellement dus par l'émetteur pourrait porter atteinte aux attentes légitimes du créancier.

348. Date d'appréciation de la proportionnalité. La proportionnalité des dommages-intérêts potentiellement dus par l'émetteur peut encore être critiquée en ce qu'elle impose d'évaluer la proportionnalité à une date à laquelle la lettre d'intention aura déjà échoué dans sa finalité de sûreté. Dès lors qu'est envisagé le versement de dommages-intérêts par l'émetteur, il apparaît non seulement que l'émetteur de la lettre d'intention n'a pas respecté son obligation, mais également que le créancier n'a pas été payé par le débiteur. Ainsi, le contrôle de la proportionnalité ne serait envisagé qu'en cas d'échec de la sûreté. Or il serait plus cohérent d'évaluer la proportionnalité de la sûreté en amont, comme pour les autres sûretés personnelles.

349. Principe de la réparation intégrale du préjudice. Peut en outre être posée la question de savoir si le principe de la réparation intégrale du préjudice dominant le droit de la responsabilité⁶⁸⁵, ne s'oppose pas à ce que le juge prive le créancier d'une partie de la réparation du préjudice lui étant due. Il est vrai que ce principe accepte des exceptions. En effet, les dommages-intérêts peuvent être aménagés. La limitation des dommages-intérêts est d'abord le fait du législateur qui, en matière de responsabilité contractuelle, prévoit la réparation des seuls dommages prévisibles⁶⁸⁶. L'encadrement des dommages-intérêts peut également être le fait des parties puisque celles-ci sont en principe autorisées à insérer au sein de leurs conventions des

⁶⁸⁴ Sur la validité de principe des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité : G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2010, p. 444 et s., n° 184 et s.

⁶⁸⁵ Le principe de la réparation intégrale a notamment été rappelé par les juges de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui affirment que « les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit » : Cass. 2^e civ., 23 janv. 2003, Bull. civ. II, n° 20 ; *JCP* 2003. II. 10110, note J.-F. Barbière ; *D.* 2003. IR p. 605. Pour une explication de ce principe, également appelé « réparation appropriée », v. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018, n° 2321.101 et s. ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017, p. 697 et 698, n° 773.

⁶⁸⁶ Limitation prévue à l'art. 1231-3 c. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». Sur cette limite : Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op cit.*, p. 719 et s., n° 773.

clauses pénales⁶⁸⁷ ou encore des clauses limitant ou excluant leur responsabilité contractuelle⁶⁸⁸. Ainsi, la règle de la réparation intégrale du préjudice ne constituerait pas nécessairement un obstacle à la reconnaissance d'une règle de proportionnalité en matière de lettre d'intention. Le constat de l'existence d'une règle légale limitant la réparation au préjudice prévisible pourrait inviter à affirmer qu'il sera possible d'admettre que les juges aménagent la créance indemnitaire en considération des facultés de paiement de l'émetteur de la lettre d'intention⁶⁸⁹. Toutefois, une telle limitation de la réparation d'un préjudice ne fait l'objet d'aucune règle de droit positif, de sorte qu'il n'est pas certain qu'une telle exception au principe de la réparation intégrale du préjudice puisse être admise. La possibilité d'écarter cet obstacle demeure donc incertaine. En toute hypothèse, un dernier obstacle théorique interdit de retenir la proportionnalité des dommages-intérêts potentiellement dus par l'émetteur.

350. Règle s'imposant au juge. La proportionnalité des dommages-intérêts potentiellement dus par l'émetteur par rapport à ses facultés financières pourrait encore être critiquée dès lors qu'une telle règle s'imposerait non pas au créancier mais au juge. Cet élément a été mis en évidence par le professeur Gaël Piette qui s'oppose à cette conception de la proportionnalité des lettres d'intention⁶⁹⁰. Selon cet auteur : « le montant des dommages-intérêts est déterminé par le juge. Si une disproportion existe entre le montant des dommages-intérêts et les biens et revenus du confortant, la faute incombe donc davantage au juge qu'au créancier ». Il est vrai que la proportionnalité n'est pas envisagée dans notre étude comme un outil permettant de détecter une faute commise par le créancier, mais permettant de protéger l'émetteur. Néanmoins, la règle de proportionnalité en matière de cautionnement comme en matière de garantie autonome a pour but de diriger les comportements des créanciers pour les inciter à se faire consentir des sûretés proportionnées afin que celles-ci ne placent pas leur cocontractant en situation d'insolvabilité. La proportionnalité des lettres d'intention conçues comme la proportionnalité

⁶⁸⁷ Cette possibilité étant expressément prévue à l'art. 1231-5 al. 1 c. civ. : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». Sur ces clauses : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd. 2016, p. 576 et s., n° 990 et s. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2010, p. 556 et s., n° 232 et s.

⁶⁸⁸ En affirmant que : « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus [...] », l'art. 1231-3 c. civ. autorise nécessairement les parties à stipuler des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. L'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile consacre cette possibilité à l'art. 1281 al. 1 : « Les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle ». Sur ces clauses : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd. 2016, p. 566 et s., n° 978 et s. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2010, p. 444 et s., n° 184 et s.

⁶⁸⁹ Art. 1231-3 c. civ. précit.

⁶⁹⁰ G. Piette, « Lettres, d'intention », *Rép. com.*, janv. 2016, n° 58.

des dommages-intérêts potentiellement dus par l'émetteur ne correspondrait pas à cette idée initiale de la proportionnalité. Il est néanmoins possible d'envisager d'autres conceptions de la proportionnalité des lettres d'intention.

2. La défense de la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur

351. Proportionnalité de l'obligation comportementale. Bien qu'aucune des deux conceptions théoriques des lettres d'intention ne paraisse pleinement convaincante, la conception selon laquelle la lettre d'intention serait une obligation comportementale semble plus proche de la réalité. En effet, l'objet de l'obligation de l'émetteur consiste en une obligation de faire ou ne pas faire. L'indemnisation du créancier en cas de défaillance du débiteur et d'inexécution de son obligation par l'émetteur présente un caractère secondaire bien qu'elle ne soit pas négligeable. Ainsi, il apparaîtrait plus cohérent d'évaluer la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur, dès lors que cette obligation constitue le cœur de l'obligation de l'émetteur. Néanmoins, dès lors qu'est évaluée la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur, l'un des éléments à mettre en balance ne pourra être chiffré ce qui rend complexe l'évaluation de la proportionnalité qu'il présente par rapport à un autre élément.

352. Proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur par rapport à sa capacité à l'honorer. Est-il possible de transposer aux lettres d'intention les éléments mis en comparaison dans le cadre de la règle de proportionnalité du cautionnement ? En matière de cautionnement, le montant de l'engagement de la caution est comparé aux facultés de paiement de cette caution. Sur ce modèle, il est possible d'envisager la proportionnalité de l'importance de l'engagement de l'émetteur par rapport à sa capacité à honorer son engagement. Une difficulté résulte toutefois du fait qu'en matière de lettre d'intention, l'engagement de l'émetteur n'est pas toujours chiffré. L'émetteur consent une obligation de faire ou de ne pas faire qui ne fait souvent apparaître aucun montant. Tel est le cas lorsque l'émetteur s'engage par exemple à faire en sorte que le débiteur soit à tout moment en mesure d'honorer son engagement⁶⁹¹ ou à contrôler la gestion de la filiale pour qu'elle dispose de réserves de trésorerie permettant le paiement des dettes de remboursement⁶⁹². L'obligation de l'émetteur peut, à l'inverse, être chiffrée lorsqu'il s'engage à adopter un comportement plus précis. L'émetteur

⁶⁹¹ Cass. com. 17 mai 2011, n° 09-16186, Bull. civ. IV, n° 78 ; *BJS* 2011, p. 551, note. J.-F. Barbière ; *Dr. et patr.*, p. 106, n° 205, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot.

⁶⁹² Cass. com. 15 oct. 1996 ; *D.* 1997, 330, note S. Piedelièvre. La Cour de cassation a vu dans cette obligation une obligation de "surveillance" laquelle ne peut évidemment pas être chiffrée.

s'engage, par exemple, à remettre à la société débitrice les fonds nécessaires au remboursement de sa créance et à veiller à la bonne utilisation des fonds ainsi remis⁶⁹³. Il ne sera pas évident d'évaluer la proportionnalité existante entre l'importance de l'engagement de l'émetteur et ses facultés à honorer cet engagement, lorsque l'obligation de l'émetteur ne pourra être chiffrée⁶⁹⁴. En l'absence d'éléments chiffrés, les juges ne disposeront pas de dénominateur commun entre les éléments à mettre en balance dans le cadre du rapport de proportionnalité. Ainsi, il ne sera pas évident pour eux de répondre à la question de savoir si un émetteur est en mesure d'honorer son engagement sans que l'exécution de cette obligation ne le place en situation d'insolvabilité⁶⁹⁵. Dans la majorité des cas, il sera difficile de procéder à l'évaluation de cette proportionnalité. Comment évaluer le rapport entre l'obligation de faire ou de ne pas faire souscrite par l'émetteur et sa capacité à honorer cet engagement lorsque la disproportion ne ressort pas de manière flagrante des circonstances économiques entourant la souscription de la lettre d'intention ? Si la réponse à cette question n'est pas évidente pour le juge, elle ne le sera pas davantage pour le créancier qui sera tenu de s'assurer de la proportionnalité de l'engagement de l'émetteur de la lettre d'intention. L'évaluation de la proportionnalité entre l'engagement souscrit par l'émetteur et sa capacité à honorer cet engagement apparaît complexe.

353.Évaluation de la proportionnalité d'éléments non chiffrés. Si l'impossibilité de chiffrer l'obligation comportementale de l'émetteur rend complexe l'évaluation de la proportionnalité, elle ne la rend pas impossible. La proportionnalité n'est pas nécessairement un outil permettant de mettre en balance un engagement de payer avec une autre donnée chiffrée. Sera d'ailleurs proposée l'extension de la proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui. Pourtant le constituant d'une telle sûreté n'est tenu d'aucun engagement de payer le créancier. La proportionnalité est en effet un outil permettant de mettre en balance deux éléments⁶⁹⁶. La Cour

⁶⁹³ V. notamment : Cass. com., 17 mai 2011, Bull. civ. IV n° 78 ; *supra*. Arrêt dans lequel une société mère peut souscrire « un engagement à faire en sorte que sa filiale respecte ses propres engagements envers un tiers, en s'engageant notamment à lui donner les sommes pour qu'elles soient affectées au remboursement de l'emprunt et également à veiller à la bonne utilisation des sommes confiées ».

⁶⁹⁴ Cette difficulté a été mise en évidence par G. Piette, « Lettres d'intention », *Rép. com.*, janv. 2016, n° 57. L'auteur en conclue que la proportionnalité ne peut jouer en matière de lettres d'intention : « L'obligation du confortant est une obligation de faire, et non de payer une somme déterminée. Il paraît extrêmement délicat de comparer quantitativement (ce qu'impose nécessairement la proportionnalité) une obligation de faire aux biens et revenus du confortant. Comment comparer le patrimoine d'une personne à l'obligation, par lui consentie, de maintenir une participation, de surveiller une gestion ou encore de ne pas céder ses parts ? ».

⁶⁹⁵ La règle de proportionnalité des lettres d'intention répondant évidemment à la même finalité de lutte contre l'insolvabilité que la règle de proportionnalité du cautionnement.

⁶⁹⁶ F. Rouvière, « Les différentes formes du contrôle de proportionnalité » in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, J.-P. Agresti (sous dir.), PUAM, 2018, p. 76 : « Le contrôle de proportionnalité s'impose donc

européenne des droits de l'Homme comme la Cour de cassation apprécie la proportionnalité d'éléments non chiffrés⁶⁹⁷. L'outil de la proportionnalité leur sert notamment à mettre en balance des droits subjectifs opposés⁶⁹⁸. Ainsi, en jurisprudence, l'outil de la proportionnalité permet d'apprécier des éléments non chiffrés. Il en résulte que l'absence d'élément chiffré n'apparaît pas comme un obstacle à l'instauration d'un contrôle de proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur d'une lettre d'intention. Cette donnée peut rendre le contrôle de la proportionnalité moins aisé pour les juges.

354. Sanction de la disproportion flagrante. En raison de la difficulté à évaluer la proportionnalité, seuls les cas de disproportion flagrants seront détectés. Ce constat ne s'impose pas comme un obstacle à la conception retenue de la proportionnalité dès lors que seule la disproportion manifeste devrait être sanctionnée. En effet, dans certaines hypothèses, il semble évident que l'engagement de l'émetteur est disproportionné alors même qu'il est impossible de le chiffrer. Tel serait le cas par exemple de la lettre d'intention émise par l'associé d'une société rencontrant des difficultés financières telles que les associés ne seraient pas en mesure de l'aider et envisageraient de cesser de la soutenir. Tel serait également le cas d'une lettre d'intention émise par une personne physique elle-même en situation d'insolvabilité. De telles hypothèses révèlent une disproportion manifeste entre l'obligation souscrite par l'émetteur et sa capacité à honorer son engagement. Or, la disproportion doit justement être manifeste. Il pourrait sembler surprenant que de telles lettres d'intention soient acceptées dès lors que dans ces hypothèses, l'impossibilité pour le souscripteur de respecter son obligation de faire ou de ne pas faire est évidente. Néanmoins, le créancier n'ayant pas confiance dans l'exécution de ses obligations par l'émetteur d'une lettre d'intention pourrait accepter une telle sûreté dans le but de voir son préjudice réparé par l'émetteur qui n'aura pas exécuté son obligation contractuelle. Ainsi, l'appréciation de la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur aurait une utilité pratique. L'instauration d'une telle règle pourrait néanmoins faire l'objet d'une critique théorique.

355. Anticipation d'une critique théorique. Des critiques seront portées à l'encontre de la conception de la proportionnalité des lettres d'intention comme proportionnalité entre

comme la façon adéquate de problématiser les droits en conflit en recherchant le juste équilibre ». Sur les différentes utilisations de l'outil de la proportionnalité en droit positif : v. n° 3 et s.

^{697/697} Sur les contrôles de proportionnalité opérés par la CEDH et par la Cour de cassation : v. n° 3 et s.

⁶⁹⁸ Pour exemple, la Cour de cassation met en balance les atteintes à la vie privée et la liberté d'expression : Cass. 1^{er} civ., 24 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 437, cass. 1^{er} civ., 27 oct. 2007, Bull. civ. I, n° 85 ou le droit de la preuve : Cass. 1^{er} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22612.

l'obligation comportementale de l'émetteur de la lettre et sa faculté à honorer cet engagement. D'un point de vue théorique, ce rapport de proportionnalité pourrait être difficilement admissible pour les auteurs qui défendent une conception des lettres d'intention comme obligations indemnitaires⁶⁹⁹. En effet, ces auteurs semblent définir ces sûretés en se fondant uniquement sur l'obligation d'indemniser le créancier en cas d'inexécution contractuelle. Selon cette conception, l'obligation de faire ou de ne pas faire souscrite par l'émetteur apparaît secondaire. Il en résulte qu'il pourrait être difficilement admissible de retenir une conception de la proportionnalité mettant en balance cette obligation avec la capacité de l'émetteur à l'exécuter. Toutefois, nous ne sommes pas favorables à cette conception des lettres d'intention comme garanties indemnitaires justement parce qu'elle ignore l'objet principal des lettres d'intention⁷⁰⁰. Nous retenons une conception des lettres d'intention comme comprenant principalement une obligation comportementale préventive, complétée d'une indemnisation curative potentielle. Cette conception impose de retenir une application de la proportionnalité mettant en balance cette obligation avec les facultés pour l'émetteur de l'exécuter. Ainsi, la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur est à la fois cohérente théoriquement et praticable matériellement. Cette conception doit être précisée.

B. La précision de la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur

356. Précisions nécessaires de la règle de proportionnalité. La conception retenue de la proportionnalité en matière de lettres d'intention diffère de celle existante en matière de cautionnement. Il convient dès lors de préciser les modalités d'application de cette règle. En particulier, doivent être précisés les différents facteurs à prendre en considération pour apprécier la proportionnalité des lettres d'intention (1). Doit également être étudiée la sanction de la disproportion qui devra nécessairement être adaptée en matière de lettre d'intention (2).

1. La précision du mode d'appréciation de la proportionnalité

357. Diversité des facteurs pris en compte. Plusieurs facteurs seront pris en compte dans l'appréciation de la proportionnalité de l'obligation de l'émetteur d'une lettre d'intention. Dès lors que l'obligation comportementale de l'émetteur a pour finalité d'apporter un soutien au débiteur dans l'exécution de son obligation, devra être pris en compte le montant du crédit octroyé à ce dernier. Devront également être prises en compte, les capacités financières de

⁶⁹⁹ Sur la conception des lettres d'intention comme garanties indemnitaires : v. n° 339.

⁷⁰⁰ v. n° 339.

l'émetteur. La conception de la proportionnalité retenue n'impose pas directement une comparaison de l'obligation comportementale par rapport aux facultés financières de l'émetteur, mais plus globalement une comparaison de cette obligation avec la capacité de l'émetteur à exécuter cette obligation. Néanmoins, les facultés financières de l'émetteur seront prises en compte pour apprécier sa capacité à exécuter son obligation. Enfin, devra être prise en compte l'intensité de l'obligation souscrite par l'émetteur⁷⁰¹. L'obligation de l'émetteur pourra être une obligation de moyen ou une obligation de résultat⁷⁰².

358. Enjeu de la distinction entre obligation de moyen et de résultat. La responsabilité contractuelle du souscripteur d'une obligation de résultat pourra être engagée dès lors que le résultat ne sera pas atteint. À l'inverse, il est nécessaire pour engager la responsabilité contractuelle du souscripteur d'une obligation de moyen, de prouver que celui-ci a commis une faute dans l'exécution de son obligation. Précisément, dès lors que le résultat promis ne sera pas atteint, seule la démonstration de la force majeure permettra au souscripteur engagé par une

⁷⁰¹ Depuis 2006, les simples engagements sur l'honneur ne faisant naître aucune obligation civile ne peuvent plus être qualifiés de lettres d'intention. La consécration des lettres d'intention comme sûretés personnelles en 2006 interdit désormais de voir dans ces engagements moraux des lettres d'intention. En effet, ne peuvent être qualifiés de sûretés ces engagements ne faisant naître aucune obligation juridique de l'émetteur envers le créancier : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LDGJ, 2010, p. 1024 et s., n° 1414 et 1415 : les auteurs développent l'idée selon laquelle « la lettre d'intention de l'article 2322 du Code civil n'est pas un engagement moral ». M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd., 2020, p. 351 et s., n° 478. Ne sont pas des lettres d'intention *stricto sensu* les lettres qui ne font naître aucun engagement juridique ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd. 2015, p. 416 et 417, n° 573 et 574 : les auteurs traitent distinctement des « lettres de patronage sans engagement juridique » et des « lettres de patronage faisant naître une sûreté personnelle précise ». La 10^e édition parue en 2015 distingue les « lettres de patronage sans engagement juridique », les « lettres de patronage faisant naître une sûreté personnelle précise » et les « lettres d'intention faisant naître une obligation de faire ou de ne pas faire » v. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015 ; p. 415 à 418, n° 573 à 575. Cette nouvelle formulation met moins en évidence le fait que les premières ne peuvent être qualifiées de sûretés. Avant 2006, ces lettres pouvaient être qualifiées de lettres d'intention lesquelles n'étaient pas juridiquement qualifiées de sûretés. En ce sens : Y. Pouillet, « La lettre de patronage comme forme originale de sûreté personnelle », in *Les lettres de patronages*, FEDUCI, 1984, n° 61-74.

⁷⁰² Les lettres d'intention peuvent créer des obligations de moyen ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd., 2020, p. 352, n° 480. Les auteurs définissent les obligations de moyen comme « celles par lesquelles l'émetteur de la lettre d'intention s'engage à déployer des efforts dont la nature ou l'ampleur sont indéterminées dans le but de parvenir au résultat escompté, mais sans le garantir ». Les lettres d'intention peuvent créer des obligations de résultat : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, *loc. cit.* Les auteurs définissent les obligations de résultat comme « celles par lesquelles l'émetteur de la lettre d'intention s'engage à atteindre un résultat, selon les cas par des moyens déterminés ou indéterminés ». La Cour de cassation confirme cette réalité pratique en précisant que les lettres d'intention peuvent être la source d'obligation de résultat à la charge de leur émetteur, sans pour autant constituer des cautionnements : Cass. 1^e civ., 23 février 2012, inédit ; Juris-Classeur civil code, synthèse 1350, obs. Ph. Simler. Les juges précisent que : « la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ; qu'elle peut, malgré son caractère unilatéral et selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation de résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ».

obligation de résultat de s'exonérer de sa responsabilité⁷⁰³. La démonstration d'une faute commise par le créancier partiellement responsable du fait que le résultat escompté n'ait pas été atteint, permettra quant à elle au souscripteur d'obtenir une exonération partielle de responsabilité⁷⁰⁴. Seuls ces deux moyens de défense peuvent être soulevés par les créanciers ayant souscrit une obligation de résultat⁷⁰⁵, alors que les souscripteurs d'une obligation de moyen, échappent également à toute responsabilité lorsque le créancier ne peut démontrer qu'ils ont commis une faute. Ainsi, la souscription d'une obligation de moyen est moins contraignante pour l'émetteur que la souscription d'une obligation de résultat. Il en résulte que la souscription d'une obligation de moyen rendra moins probable l'existence d'une disproportion.

359. Recherche de l'intensité de l'obligation. Pour apprécier la proportionnalité des obligations souscrites par les émetteurs de lettres d'intention, les juges devront donc préalablement déterminer l'intensité de l'obligation souscrite. Cette tâche peut apparaître délicate dès lors que la qualification de l'obligation de moyen ou de résultat dépend des termes dans lesquels l'émetteur s'engage. En effet, il est fréquent que les parties rédigent des lettres d'intention volontairement imprécises⁷⁰⁶. Un contentieux important porte sur l'intensité de l'obligation souscrite⁷⁰⁷. La recherche de l'intensité de l'obligation de l'émetteur est toutefois nécessaire dès lors qu'elle sera un critère d'appréciation de la proportionnalité. Ainsi, les juges ne pourront procéder à l'évaluation de la proportionnalité des lettres d'intention qu'après avoir pris en considération le montant du crédit octroyé au débiteur, les capacités financières de l'émetteur et l'intensité de l'obligation souscrite par ce dernier. Si l'ensemble de ces éléments révèle la disproportion de la lettre d'intention, les juges devront prononcer sa réduction.

⁷⁰³ Il est à noter que certains auteurs considèrent que devrait être prise en compte comme cas de force majeure le fait que le souscripteur ne pouvait remplir ses engagements sans risquer de se placer en situation d'insolvabilité. v. notamment L. Aynès, note sous Paris 13 janv. et 10 mars 1989, *D.* 1989. Somm. p. 1294 ; S. Piedelièvre, « l'efficacité des lettres de confort », *Droit et patrimoine* 1996, n° 34, p. 59.

⁷⁰⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 366, n° 508.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 350, n° 475. Les auteurs précisent que « les termes [des lettres d'intention] sont, fréquemment et délibérément, imprécis » et explicitent la stratégie à l'œuvre pour les parties qui entendent chacune bénéficier de l'ambiguïté des termes choisis. Également sur cette pratique ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 409, n° 567 : « C'est à dessein que cette imprécision est employée par les rédacteurs de ces lettres de patronage. Leur but est en effet de conférer au bénéficiaire quelques assurances de solvabilité du débiteur principal sans pour autant prendre l'engagement d'une caution ou d'un garant à première demande » ; D. Legeais, *Sûretés et garanties de crédit* : 12^e éd., LGDJ, 2017, p. 299, n° 372.

⁷⁰⁷ Sur l'influence de ces qualifications : L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 221 et 222, n° 361 ; D. Legeais, *op. cit.*, p. 302, n° 378 et n° 380.

360. Impossible transposition de la sanction de la disproportion. Le cautionnement et la garantie autonome disproportionnés seront sanctionnés par la réduction des sûretés. Cette sanction ne pose pas de difficulté particulière dès lors qu'il est facile d'envisager la réduction d'une obligation de payer une somme d'argent. En revanche, l'application de cette sanction apparaîtra plus compliquée en matière de lettres d'intention. La réduction de la sûreté imposera non pas la réduction d'un montant qui serait dû par le garant, mais la réduction de l'obligation comportementale à laquelle l'émetteur s'est engagé. En effet, la disproportion de l'obligation comportementale de l'émetteur ne peut entraîner qu'une réduction de cette même obligation. La sanction de la réduction n'est adaptée que parce qu'elle porte sur l'objet apparaissant disproportionné. La réduction ne peut donc pas porter sur le montant des dommages-intérêts dus par l'émetteur. Dès lors que la réduction porte sur l'obligation comportementale de l'émetteur, deux précisions doivent être apportées. D'une part, doit être précisée la forme concrète que pourra prendre la réduction de l'obligation de l'émetteur. D'autre part, il conviendra de vérifier que la règle de proportionnalité des lettres d'intention ainsi conçue permettra de protéger les émetteurs contre l'insolvabilité.

361. Formes concrètes de la réduction de l'obligation comportementale. Une grande liberté devra être laissée aux juges chargés de réduire l'obligation comportementale disproportionnée souscrite par l'émetteur d'une lettre d'intention. La forme de la réduction des obligations comportementales ne pourra être prévue par le législateur dès lors que cette réduction devra être adaptée à l'obligation en cause. Il est néanmoins possible d'imaginer qu'en présence d'une obligation de résultat, la réduction de l'obligation pourra prendre la forme d'un déclasserement de l'obligation en obligation de moyen. En effet, si une obligation de faire ou de ne pas faire de résultat peut apparaître disproportionnée, la même obligation peut être proportionnée aux facultés de l'émetteur s'il s'agit d'une obligation de moyen. L'émetteur peut se trouver dans l'incapacité d'affirmer que l'obligation souscrite permettra que le débiteur exécute lui-même son obligation. Alors même que ladite obligation est de nature à permettre au débiteur d'exécuter son obligation. La souscription d'une telle obligation ne serait pas disproportionnée s'il s'agissait d'une obligation de moyen, elle le serait en revanche s'il s'agissait d'une obligation de résultat. Il est indéniable qu'une telle sanction portera atteinte au principe de la force obligatoire des contrats. Néanmoins, la règle de proportionnalité implique de supporter

cette atteinte quelle que soit la sûreté à laquelle elle est appliquée⁷⁰⁸. Ne pourrait en revanche être atteintes les attentes légitimes du créancier. Le créancier ayant accepté que l'émetteur d'une lettre d'intention s'engage à exécuter une obligation de faire ou de ne pas faire qui apparaissait manifestement disproportionnée à ses facultés à respecter cette obligation ne pourra prétendre être surpris par l'inexécution de cette obligation par son cocontractant.

362. Finalité de lutte contre l'insolvabilité respectée. La réduction portant sur l'obligation comportementale de l'émetteur et non sur les dommages-intérêts, pose également la question de savoir si la sanction retenue permettra d'éviter l'insolvabilité de l'émetteur de la lettre d'intention. Il est possible d'en douter dès lors que la réduction de l'obligation comportementale ne réduira pas le montant de la créance de dommages-intérêts qui pourrait être due par l'émetteur. Ainsi, le paiement de cette dette pourrait placer l'émetteur en situation d'insolvabilité si cette dette était d'un montant disproportionné par rapport aux facultés de paiement de l'émetteur. Néanmoins, même sans permettre la réduction de la créance de dommages-intérêts due au créancier, la réduction de l'obligation comportementale participera à la lutte contre l'insolvabilité des garants. L'obligation disproportionnée sera réduite dans son étendue ou pourra être rétrogradée en obligation de moyen s'il s'agit d'une obligation de résultat. L'émetteur ne sera alors tenu d'indemniser le créancier que s'il n'a pas respecté cette obligation réduite. Ainsi, la règle empêchera que l'émetteur se trouve en situation d'insolvabilité en conséquence de la disproportion de l'engagement souscrit. L'émetteur ne sera redevable de dommages-intérêts qu'en cas de non-respect d'une obligation proportionnée. En effet, l'émetteur ne sera condamné que s'il n'exécute pas une obligation qu'il était en mesure de respecter. Dans une telle hypothèse, la dette de dommages-intérêts pourrait placer l'émetteur en situation d'insolvabilité. Néanmoins, l'insolvabilité résulterait alors de l'inexécution d'une obligation que l'émetteur aurait pu exécuter. Si en revanche, l'obligation réduite a été exécutée par l'émetteur, il ne pourra être condamné au paiement de dommages-intérêts.

⁷⁰⁸ Sur l'atteinte à la force obligatoire des contrats engendrée par la règle de proportionnalité du cautionnement v. n° 107.

La règle de proportionnalité des garanties autonomes et des lettres d'intention pourrait faire l'objet d'articles du Code civil rédigés comme suit⁷⁰⁹ :

Article relatif à la proportionnalité des garanties autonomes :

Le garant autonome personne physique de bonne foi peut obtenir la réduction judiciaire de son engagement si la garantie autonome souscrite est manifestement disproportionnée à ses facultés de paiement au jour de sa souscription.

Si une disproportion manifeste apparaît au cours de l'existence de la garantie autonome, la procédure de maintien de la proportionnalité prévue en matière de cautionnement sera suivie et conduira à la substitution d'une sûreté nouvelle à la garantie autonome initiale.

Article relatif à la proportionnalité des lettres d'intention :

L'émetteur d'une lettre d'intention personne physique de bonne foi peut obtenir la réduction judiciaire de son obligation de faire ou de ne pas faire, si cette obligation était manifestement disproportionnée par rapport à sa faculté à l'exécuter lors de son engagement.

Si la disproportion est apparue au cours de l'existence de la lettre d'intention, la procédure de maintien de la proportionnalité prévue en matière de cautionnement sera suivie et conduira à la substitution d'une sûreté nouvelle à la lettre d'intention initiale.

⁷⁰⁹ L'intervention du législateur sera nécessaire pour que la règle de proportionnalité telle qu'elle existe en matière de cautionnement soit améliorée. Il semblerait cohérent de profiter de cette modification des textes pour intégrer au sein du Code civil les articles relatifs à la proportionnalité des garanties autonomes et des lettres d'intention. Leur place au sein du Code civil se justifie par le fait que ces textes ont vocation à protéger l'ensemble des garants personnes physiques de bonne foi.

Conclusion du chapitre

La règle de proportionnalité pourra être étendue tant aux garanties autonomes, qu'aux lettres d'intention. La démonstration de l'applicabilité de la règle aux garanties autonomes n'a pas posé de difficulté. La règle de proportionnalité est identique lorsqu'elle s'applique aux garanties autonomes et aux cautionnements. Elle consiste à comparer les facultés de paiement du garant et l'importance de son engagement. Il est apparu indispensable en revanche de s'assurer que les garants autonomes ont besoin d'être protégés par la règle de proportionnalité⁷¹⁰. Un doute a pu être émis quant à la nécessité pratique de protéger les garants autonomes dès lors qu'à l'origine ces garanties étaient exclusivement consenties par des établissements de crédit dans le cadre du commerce international. Néanmoins, à l'heure actuelle des garanties autonomes sont souscrites en droit interne. Dans ce cadre, les garanties autonomes peuvent servir de substitut au dépôt de garantie ou au cautionnement. Dans cette dernière hypothèse, la garantie autonome est particulièrement dangereuse en ce qu'elle permet aux créanciers de contourner les règles de protections offertes aux cautions. Par suite, et en l'absence d'extension jurisprudentielle de la règle de proportionnalité du cautionnement aux garanties autonomes, l'instauration légale d'une telle règle apparaît nécessaire.

La démonstration de l'applicabilité de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention a été moins aisée. La présentation de la technique et de la conception théorique des lettres d'intention a mis en évidence le fait qu'il n'était pas aisé de transposer la règle de proportionnalité à ces sûretés. Dès lors que deux conceptions théoriques distinctes des lettres d'intention coexistent en doctrine, deux acceptions de la règle de proportionnalité pourraient être envisagées. Une partie de la doctrine considère que l'émetteur d'une lettre d'intention s'engage exclusivement à exécuter une obligation comportementale alors que pour d'autres auteurs, l'intérêt de la lettre d'intention réside essentiellement dans l'obligation de réparer le dommage causé au créancier en cas d'inexécution de l'obligation comportementale souscrite par le biais de la lettre d'intention⁷¹¹. Il en résulte que la règle de proportionnalité pourrait consister à comparer l'obligation comportementale souscrite par l'émetteur et sa capacité à honorer cet engagement

⁷¹⁰ Sur la vérification de la nécessité d'une règle de protection : v. n° 282 et s.

⁷¹¹ Sur les deux conceptions doctrinales de la lettre d'intention : v. n° 338 et s.

ou entre le montant des dommages-intérêts qui pourraient être dus par l'émetteur et ses facultés financières. C'est la première de ces deux acceptions qui a été retenue après une comparaison de leurs avantages et inconvénients⁷¹².

La conception retenue de la proportionnalité des lettres d'intention implique que le régime de la règle soit précisé. En effet, le régime de la règle de proportionnalité du cautionnement devra nécessairement être adapté. Les éléments à prendre en considération pour apprécier la proportionnalité de l'obligation comportementale par rapport à la faculté de l'émetteur à honorer cet engagement ont été précisés. Sera notamment prise en compte l'intensité de l'obligation de sorte que devront être distinguées les obligations de moyens et les obligations de résultat. Enfin, la sanction de la réduction retenue en matière de cautionnement disproportionné doit être adaptée. L'obligation qui devra être réduite est une obligation comportementale et non l'obligation de payer une somme d'argent. Cette réduction pourra prendre diverses formes et les obligations de résultat pourraient notamment être déclassées en obligations de moyen.

L'extension de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés personnelles est non seulement possible, mais également opportune. Il est possible de penser que cette extension portera atteinte à l'efficacité des garanties autonomes et à la souplesse des lettres d'intention. Le risque doit en réalité être relativisé⁷¹³. Seules les garanties autonomes souscrites par des établissements de crédit ont une efficacité remarquable. Lorsque ces garanties sont consenties par des personnes physiques, le risque de non-paiement par le garant est important. Ainsi il apparaît que l'instauration d'une règle de proportionnalité ne serait pas à l'origine de l'inefficacité de ces sûretés. Cette règle pourrait même avoir un effet utile sur le recours aux garanties autonomes. En effet, une telle règle pourrait conduire les créanciers à se contenter de cautionnements plutôt que d'exiger des garanties autonomes lorsque leur garant est une personne physique⁷¹⁴. L'atteinte à la souplesse des lettres d'intention sera, quant à elle, très limitée puisqu'elle ne concernera que les lettres d'intention souscrites par des personnes physiques, or de telles sûretés sont rares en pratique. Ainsi, l'anticipation de l'atteinte aux atouts des garanties autonomes et des lettres d'intention n'est pas inquiétante. En outre, la différenciation des régimes des lettres d'intention émises par des personnes morales et par des

⁷¹² Sur les éléments à comparer pour apprécier la proportionnalité des lettres d'intention : v. n° 351 et s.

⁷¹³ Sur la démonstration de l'absence d'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes : v. n°310, 311 et 312.

⁷¹⁴ Sur l'effet dissuasif du recours aux garanties autonomes souscrites par des personnes physiques : v. n° 313 et 314.

personnes physiques pourrait conduire les créanciers à ne réclamer des lettres d'intention qu'à des personnes morales⁷¹⁵. Une telle évolution de la pratique serait la bienvenue. Les lettres d'intention sont apparues à l'origine au sein des groupes de sociétés en raison des relations particulières qui lient les différents membres. Ces sûretés sont adaptées à ce contexte spécifique. Leur extension aux personnes physiques n'est dès lors pas à encourager.

Il est par ailleurs à noter que peu d'émetteurs de lettres d'intention seront en pratique autorisés à se prévaloir de la règle de proportionnalité. La règle n'assurera que la protection des personnes physiques alors que la majorité des lettres d'intention sont en pratique émises par des personnes morales. Néanmoins, la rareté des garants à protéger ne justifie pas qu'aucune règle de protection ne soit édictée.

La nécessité de protéger les garants contre l'insolvabilité prend le dessus sur les inconvénients qui pourraient apparaître à l'occasion de l'extension de la règle de proportionnalité. En effet, doit impérativement être protégé l'ensemble des garants personnes physiques de bonne foi. Ces garants encourent tous des risques similaires. Le caractère dangereux du cautionnement ayant conduit à l'adoption de la règle de proportionnalité se retrouve pour l'ensemble des sûretés personnelles. La dangerosité du cautionnement résulte d'une part de son caractère fondamentalement déséquilibré et d'autre part de la souscription par la caution d'un engagement personnel. Ces deux caractères se retrouvent à l'identique en matière de garanties autonomes et de lettres d'intention.

La démonstration de la possibilité et de l'opportunité de l'extension de la règle de proportionnalité relative au cautionnement aux deux autres sûretés personnelles conduit à inviter le législateur à y procéder.

L'extension de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés personnelles laisserait à l'écart une catégorie de sûretés pourtant consenties par un autre que le débiteur. Il s'agit des sûretés réelles pour autrui. Il sera donc démontré que ces sûretés doivent également être soumises à la règle de proportionnalité.

⁷¹⁵ Sur l'effet dissuasif du recours aux lettres d'intention souscrites par des personnes physiques : v. n° 330, 331 et 332.

Chapitre 2

L'extension de l'exigence de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui

363. **Absence d'endettement résultant des sûretés réelles.** La constitution d'une sûreté personnelle, quelle que soit sa nature, crée un risque d'endettement pour le garant en ce qu'il s'engage alors qu'il n'était pas tenu par la dette garantie⁷¹⁶. À l'inverse, les sûretés réelles consenties par le débiteur lui-même ne sont pas créatrices d'un risque d'endettement. Le droit de gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur l'autorise à saisir n'importe lequel de ses biens pour se faire payer sur les sommes obtenues suite à la vente des biens saisis⁷¹⁷. Ainsi, lorsque le débiteur octroie à son créancier une sûreté sur un ou plusieurs de ses biens il n'élargit pas l'assiette de ses droits. L'endettement du débiteur ne résulte donc jamais de la constitution d'une sûreté réelle, mais de la dette elle-même⁷¹⁸. L'existence d'une dette fait peser sur lui un risque de saisie de ses biens. Ainsi, l'octroi d'une sûreté sur un ou plusieurs de ses biens d'ores et déjà soumis à un risque de saisie, ne fait qu'améliorer le sort du créancier à qui les sûretés auront été octroyées. L'octroi d'une telle sûreté n'aggrave pas la situation d'endettement du débiteur. Ce constat ne doit pas inviter à penser que l'octroi de sûretés réelles par le débiteur n'entraîne aucune conséquence pour le débiteur constituant. En effet, dès lors qu'il octroie des sûretés réelles à l'un de ses créanciers, le constituant entame sa capacité à obtenir d'autres crédits⁷¹⁹. Les sûretés consenties à l'un de ses créanciers ne pourront plus être

⁷¹⁶ Sur les risques des sûretés personnelles : v. n° 262 et 263.

⁷¹⁷ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, Dalloz, 26^e éd., 2018, v° Droit de gage général : « Pouvoir que tout créancier tient de la loi sur l'ensemble des biens de son débiteur (immobiliers et mobiliers, présents et à venir), grâce auquel le paiement peut être poursuivi par la saisie de l'un quelconque des éléments du patrimoine de l'obligé. A ne pas confondre avec la sûreté réelle du même nom ». Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

⁷¹⁸ La confusion entre le droit de saisie du créancier résultant de son droit de gage général et le droit réservé au créancier muni de sûretés s'explique par l'origine commune de ces deux droits. v. C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 40, n° 28 s. L'auteur retrace l'origine commune du droit des sûretés et du droit des voies d'exécution découlant de *l'obligatio*. v. spéc. p. 42, n° 29 « quoique l'évolution vers deux institutions distinctes se soit faite assez rapidement, les indices de cette confusion originelle permettent d'éclairer la force des lignes existant entre sûretés et droit de l'exécution ».

⁷¹⁹ Cette conséquence de la constitution de sûreté sera envisagée dans la seconde partie de cette étude.

consenties à un nouveau créancier dans le but d'obtenir de nouveaux crédits⁷²⁰. Cependant, les conséquences de l'octroi de sûretés réelles par le débiteur lui-même ne constituent pas une aggravation de son endettement.

364. Particularité des sûretés réelles pour autrui. Les sûretés réelles pour autrui doivent être distinguées des sûretés réelles consenties par le débiteur lui-même⁷²¹. Bien qu'il ne s'agisse pas de sûretés personnelles, les sûretés réelles pour autrui sont consenties par des personnes distinctes des débiteurs. Contrairement au débiteur qui consent des sûretés réelles en garantie de ses propres dettes, le tiers constituant des sûretés réelles en garantie des dettes du débiteur offre au créancier le droit de saisir un ou plusieurs de ses biens sur lesquels le créancier n'avait aucun droit. Ainsi, que l'on considère ou non que le constituant est tenu d'une obligation envers le créancier à qui il a accordé une sûreté réelle, l'on est forcé de constater que le constituant prend le risque de perdre l'un de ses biens au profit du créancier⁷²². Ce risque créé par l'octroi de la sûreté réelle pour autrui justifie que l'on se pose la question de l'opportunité de l'instauration de règles de protection du patrimoine du constituant. Plus précisément, sera posée la question de savoir si les constituants de sûretés réelles pour autrui ont besoin d'être protégés par la règle de proportionnalité des sûretés.

365. Extension de la proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui. L'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui ne semble pas naturelle. Une telle règle n'aurait de sens que si les sûretés réelles pour autrui pouvaient apparaître disproportionnées aux facultés de paiement des constituants. Or, peut être constaté un refus général de voir dans la sûreté réelle pour autrui une sûreté potentiellement disproportionnée aux facultés contributives du constituant. Ainsi la doctrine ne se montre pas favorable à l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui⁷²³. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés ne comprend pas davantage de disposition en ce sens. Si l'avant-projet propose un

⁷²⁰ Les biens peuvent être grevés de plusieurs sûretés mais les sûretés postérieures seront de rang inférieur de sorte que ces sûretés seront moins intéressantes pour les créanciers.

⁷²¹ Sur les sûretés réelles pour autrui : J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Défrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2009 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 903 et s., n° 1272 et s. ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 23 et s., n° 19 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 293 et s., n° 410 et s. ; M. Mignot, « La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire », *Dr. et patr.* 2002, n° 110, p. 30 ; V. Brémond, « Le cautionnement réel est aussi... un cautionnement », *JCP éd. N* 2002, I, 1640 ; A. Aynès, « Régime de l'obligation et sûretés », *RDC* 2018, hors-série, p. 46 ; A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285.

⁷²² Sur la question de l'obligation du constituant d'une sûreté réelle pour autrui envers le créancier v. n° 380 et s.

⁷²³ v. n° 412.

rapprochement des sûretés réelles pour autrui et du cautionnement, il ne précise pas les règles du cautionnement qui devraient être étendues aux sûretés réelles pour autrui⁷²⁴. Les solutions existantes en matière de sûretés réelles pour autrui seront étudiées (section 1) pour que la nécessité d'instaurer une règle de proportionnalité puisse être démontrée (section 2).

Section 1 : Les solutions existantes en matière de sûretés réelles pour autrui

366. Identification et appréciation des règles applicables aux sûretés réelles pour autrui. Dans un premier temps, les sûretés réelles pour autrui seront présentées et leur régime sera identifié (§ 1). La nature hybride de ces sûretés, à la fois proches des sûretés personnelles et des sûretés réelles, complexifie la détermination des règles qui leur sont applicables. Dès lors qu'aucun corps de règles ne leur est applicable spécifiquement, il semble logique de puiser parmi les règles des sûretés réelles et des sûretés personnelles pour découvrir leur régime. Toutefois, les règles applicables aux sûretés réelles et celles applicables aux sûretés personnelles ne peuvent être toutes cumulées dès lors que certaines sont incompatibles. La jurisprudence a donc entrepris de distinguer les règles extensibles aux sûretés réelles pour autrui de celles qui doivent rester applicables uniquement aux sûretés pour lesquelles elles ont été conçues⁷²⁵. Dans un second temps, l'appréciation doctrinale du régime des sûretés réelles pour autrui sera étudiée (§ 2). Il sera remarqué que le refus d'étendre l'exigence de proportionnalité du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui rassemble la majorité de la doctrine.

⁷²⁴ De manière symbolique, la version de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publiée en 2017 retenait l'expression « cautionnement réel » plutôt que celle de « sûreté réelle pour autrui ». v. art. 2291 de l'avant-projet. Les auteurs précisent « cet article constitue une innovation remarquable, mettant à néant une jurisprudence de la Cour de cassation inaugurée par un arrêt rendu en Chambre mixte le 2 décembre 2005. [...] la Cour de cassation a cru devoir bannir le concept même de cautionnement réel. [...] Ce rétablissement est pleinement justifié, car le tiers constituant est réellement, à bien des égards, dans la même situation qu'une caution, spécialement si la sûreté réelle constituée est exécutée, et encore plus si ce tiers constituant paye volontairement la dette pour éviter la perte du bien affecté en garantie ».

⁷²⁵ Distinguant les règles du cautionnement inapplicables aux sûretés réelles pour autrui et les règles du cautionnement étendues à ces sûretés : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 920, n° 1298. Antérieurement : Ch. Albigès, « Application ponctuelle du droit du cautionnement à une sûreté réelle souscrite pour garantir la dette d'autrui », *Gaz. Pal.*, n° 167, p. 9. Toutefois, la jurisprudence a évolué concernant le bénéfice de subrogation qui n'est plus applicable aux sûretés réelles pour autrui depuis un arrêt de 2018 : Cass., 3^e civ., 12 avril 2018, n° 17-17542, publié, *Gaz. Pal.* 12 juin 2018, note M. Bourassin ; *D.* 2018, p. 385, note H. Heugas-Darraspen ; *RDC* 2018, n° 3, p. 371, note D. Houtcieff ; *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, n° 23, p. 35, note Ch. Albigès ; *AJ Contrat* 2018. 241, obs. D. Houtcieff, *Dalloz actualité*, 2 mai 2018, obs. N. Le Rudulier.

§ 1 : La présentation des sûretés réelles pour autrui

367. Technique et régime des sûretés réelles pour autrui. Les sûretés réelles pour autrui sont des sûretés hybrides, en ce qu'elles font intervenir les techniques de sûretés réelles, mais sont consenties par une personne non tenue au paiement de la dette garantie, ce qui les rapproche sensiblement des sûretés personnelles. La description de ces sûretés apparaît nécessaire pour comprendre la justification du refus de la jurisprudence d'étendre à ces sûretés la règle de proportionnalité du cautionnement. Ainsi, il est nécessaire de définir les sûretés réelles pour autrui (I) avant de s'interroger quant au régime qui leur est applicable (II).

I. La définition positive et négative des sûretés réelles pour autrui

368. Refus d'assimilation des sûretés réelles pour autrui au cautionnement. Les sûretés réelles pour autrui sont proches des sûretés personnelles et il est tentant de les assimiler en particulier à des cautionnements⁷²⁶. L'application des règles du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui qui résulterait d'une telle assimilation permettrait de justifier l'application de l'exigence de proportionnalité à ces sûretés. À la suite d'une jurisprudence mouvementée, la Cour de cassation refuse aujourd'hui de voir dans les sûretés réelles pour autrui des cautionnements (A). Affirmer que les sûretés réelles pour autrui ne sont pas des cautionnements est évidemment insuffisant. La présentation de ces sûretés sera poursuivie en procédant à une description de leur nature et de leur étendue (B).

A. Le refus d'assimilation au cautionnement

369. Extension d'une règle ou d'un régime. Deux voies peuvent être empruntées pour envisager la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. D'une part, la règle de la proportionnalité du cautionnement pourrait être appliquée aux sûretés réelles pour autrui dans le cadre d'une application générale des règles du cautionnement à ces sûretés en raison de l'absence d'identité du constituant et du débiteur⁷²⁷. D'autre part, pourrait être envisagée la transposition de la seule exigence de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui. Si cette seconde voie n'a jamais été sérieusement explorée, la première a fait l'objet de débats. Les aspects communs des sûretés

⁷²⁶ En ce sens l'avant-projet de réforme propose d'adopter à nouveau la qualification de « cautionnement réel ». Art 2291 de l'avant-projet : « le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet ».

⁷²⁷ Nous sommes inspirés de l'expression retenue par M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 6^e éd., 2018, p. 11, n° 15 et p. 838 : « l'absence d'identité des personnes du constituant et du débiteur de la dette garantie » et s., n° 1277 et s. : « l'absence d'identité du débiteur et du constituant ».

réelles pour autrui et des sûretés personnelles, notamment l'intervention d'une personne s'engageant à garantir la dette d'un tiers débiteur ont, un temps, permis l'application de certaines règles du cautionnement à ces sûretés réelles particulières.

370. Application cumulée de règles du cautionnement et des sûretés réelles. Le cautionnement réel est l'expression qui était utilisée pour nommer ce que l'on appelle aujourd'hui la sûreté réelle pour autrui. L'évolution des termes a fait suite à l'évolution de la conception de cette sûreté. À l'époque du cautionnement réel, la nature hybride de cette sûreté semblait justifier qu'on lui applique à la fois des règles appartenant au régime du cautionnement⁷²⁸ et des règles empruntées au régime de la sûreté réelle dont il prenait la forme⁷²⁹. Cette application de règles empruntées à différents régimes était cohérente avec la nature particulière du cautionnement réel, mais se révélait parfois source de difficultés. C'est en particulier l'application de l'article 1415 du Code civil qui a fait naître la controverses et a finalement conduit à la modification de la nature de ces sûretés.

371. Évolutions de la conception des sûretés réelles pour autrui. À l'époque où le cautionnement réel était partagé entre les règles du cautionnement et celles des sûretés réelles, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que l'article 1415 du Code civil devait être appliqué à ces sûretés⁷³⁰. Cette solution avait le mérite de protéger le conjoint du constituant de l'engagement consenti sans son accord. En effet, l'article 1415 du Code civil dispose que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres »⁷³¹. La solution de la Cour de cassation fait évoluer la nature de la règle posée à l'article 1415 du Code civil passant d'une règle régissant le passif engagé par une caution mariée⁷³² à une règle de cogestion en matière

⁷²⁸ La Cour de cassation a admis que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui puisse se prévaloir d'un recours à l'encontre de ses cofidélus : Cass. 1^{er} civ., 25 oct. 1977, Bull. civ. I, n^o 388. La Cour de cassation a encore admis que le constituant puisse se prévaloir du bénéfice de subrogation : Cass. 1^{er} civ., 23 nov. 1954, Bull. civ. I, n^o 331 ; Cass. com., 17 mars 1992, Bull. civ. IV, n^o 115. En effet, le bénéfice de subrogation prévu pour les cautions à l'art. 2314 c. civ. est un mécanisme qui repose sur l'existence d'un recours subrogatoire à l'encontre du débiteur.

⁷²⁹ En particulier les règles relatives à la constitution de la sûreté et aux prérogatives accordées au créancier sont empruntées au régime des sûretés réelles. cf. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 920, n^o 1298.

⁷³⁰ Cass. 1^{er} civ., 11 avril 1995, Bull. civ. I, n^o 165.

⁷³¹ Sur cet article : M. Mignot, « Le cautionnement et le champ d'application de l'article 1415 du Code civil », *LEDB* avril 2013, n^o 4, p. 4 ; V. De Laval, N. Philippe et Ch. Bouffelière, « L'article 1415 du code civil : tentative de synthèse », *Gaz. Pal.* 7 juin 2003, n^o 158, p. 3 ; C. Grare-Didier, « Retour sur l'article 1415 du Code civil : cautionnement et notions voisines », *RDC* 2008, n^o 2 p. 445 ; F. Vauvillé, « Article 1415 du Code civil : les armes du débat judiciaire », *Dr. et patr.* 1999, p. 64, n^o 67.

⁷³² Le texte concerne les époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts mais la Cour de cassation a étendu cet article aux époux mariés sous le régime de la communauté universelle : Cass. 1^{er} civ. 3 mai

de constitution d'une sûreté réelle pour autrui⁷³³. Lorsque le conjoint du constituant n'aura pas donné son accord à la constitution de cette sûreté, cette règle empêchera le créancier de saisir le bien commun objet de la sûreté réelle pour autrui⁷³⁴. Les critiques portées à l'encontre de cette solution apparaissent justifiées du point de vue du créancier qui se trouve dépourvu de toute sûreté⁷³⁵. Prenant en considération ces critiques, la première chambre civile de la Cour de cassation a fait évoluer sa position à l'occasion de trois arrêts du 15 mai 2002⁷³⁶. Dans ces arrêts, la Cour de cassation a modifié la conception du cautionnement réel en affirmant que s'y trouvent conjugués un engagement personnel de la caution réelle, lequel prend la forme d'un cautionnement, et un engagement réel de cette caution, lequel prend la forme de la sûreté réelle consentie au créancier. Cette lecture du cautionnement réel permet de protéger le conjoint de la caution réelle par l'application de l'article 1415 du Code civil, tout en préservant les droits du créancier⁷³⁷. Le créancier qui n'aura pas pris la précaution d'obtenir l'accord de l'époux de la caution réelle, sera privé du droit de saisir le bien commun objet de la sûreté. Il conservera en revanche un droit sur tous les biens propres et les revenus de la caution réelle.

372. Solution opportune mais critiquable. Cette solution permettait d'atteindre un équilibre entre les intérêts des parties. La protection du conjoint de la caution réelle était assurée, les biens communs étant exclus du droit de poursuite du créancier. Les intérêts du créancier étant également protégés par la reconnaissance d'un engagement personnel de la caution à son égard. Certes, le bien commun des époux, objet de la sûreté réelle, ne pouvait plus être saisi par le créancier n'ayant pas obtenu l'accord du conjoint de la caution mais la caution demeurait tenue

2000, Bull. civ. I, n° 125 ; *Défrenois* 2000, p. 1185, obs. G. Champenois ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2000, p. 546, note J. Thierry ; *RTD civ.* 2000, p. 889, obs. B. Vareille.

⁷³³ Phénomène décrit par M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 911, n° 1283.

⁷³⁴ Au contraire, en matière de cautionnement, cette règle protège le patrimoine commun des époux lequel ne se trouve pas engagé si l'époux de la caution n'a pas donné son consentement à cette sûreté. Ainsi, l'application de cette règle aux sûretés réelles pour autrui a inévitablement pour effet d'en modifier la portée.

⁷³⁵ Critiques par : Cass 1^e civ., 11 avr. 1995, Bull. civ. I, n° 165, *JCP* 1995. I. 3889, obs. Ph. Simler ; *Cah. gest. Patrimoine* 1995. 9, obs. F. Lucet ; *D.* 1996, somm. 204, obs. S. Piedelièvre ; *Défrenois* 1995, 1484, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1997, p. 726, obs. B. Vareille. Solution confirmée et à nouveau critiquée : Cass. 1^e civ., 26 mai 1999 ; *JCP* 1999. I. 156, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 1999, p. 366, obs. P. Crocq ; *Défrenois* 2000. 439, obs. G. Champenois ; *RJPF* 1999, n°6/35, p. 18, obs. F. Vauvillé ; *Banque et droit* sept.-oct. 2000, p. 43, obs. F. Jacob. La solution est en revanche approuvée par M. Grimaldi « son extension au cautionnement réel est toute naturelle : s'il porte sur un bien commun, ce cautionnement risque d'en appauvrir la communauté », note sous Cass 1^e civ., 11 avr. 1995, Bull. civ. I, n° 165, *D.* 1995, p. 327, obs. M. Grimaldi.

⁷³⁶ Cass. 1^e civ., 15 mai 2002, Bull. civ. I, n° 127, 128 et 129 ; *JCP éd. G* 2002, II, n° 10109, note C. Petit et S. Piedelièvre, *D.* 2002, p. 337, note L. Aynès ; *D.* 2002, p. 1781, note Ch. Barberot ; *Défrenois* 2002, art. 37604, obs. J. François ; *RD banc. et fin.* juill. 2002, n° 129, note D. Legeais et A. Cerles ; *RTD civ.* 2002, p. 546, note P. Crocq ; *RTD civ.* 2003, p. 338, note B. Vareille. Retenant déjà la même solution : Cass. 1^e civ., 26 mai 1999 : *D.* 2000, 703, note V. Brémond ; *JCP éd. G* 1999, I, 156, n° 5, obs. Ph. Simler.

⁷³⁷ Reconnaissant « l'habileté de cette solution » en raison de l'équilibre qui en résulte : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 911, n° 1284.

personnellement envers le créancier sur ses biens propres et ses revenus. Ainsi, le créancier ne se trouvait pas dépourvu de toute sûreté. Cette solution opportune du point de vue de l'équilibre des intérêts du créancier et du constituant, n'était toutefois pas satisfaisante⁷³⁸. Bien que la Cour de cassation ait précisé que l'engagement personnel de la caution réelle était limité dans son montant, non seulement au montant dû par le débiteur principal, mais également à la valeur du bien remis en sûreté, cette solution faisait fi de la volonté de la caution réelle qui n'avait pas accepté expressément de s'engager sur l'ensemble de ses biens⁷³⁹. La « conception double du "cautionnement réel" »⁷⁴⁰ faisant de cette sûreté une sûreté à la fois personnelle et réelle était donc critiquable, bien qu'elle ait permis d'apporter une solution opportune au problème lié à l'application de l'article 1415 du Code civil.

373. Affirmation de l'absence d'engagement personnel du garant. Cette évolution douteuse de la nature des sûretés réelles pour autrui n'a pas été suivie par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁷⁴¹. Les incertitudes résultant de la diversité des solutions rendues, ont donné lieu à la réunion d'une chambre mixte le 2 décembre 2005⁷⁴². Il est admis depuis cette date que

⁷³⁸ Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 28, n° 21 : l'auteur affirme que « faute de tout engagement personnel clairement exprimé, [la solution] était divinatoire et méconnaissait la volonté la plus probable du tiers garant » et met en évidence la violation de l'article 2292 c. civ. ; M. Grimaldi, « La nature juridique du cautionnement réel : de la mixité en droit des sûretés », *RDC* 2003, n° 1, p. 170 ; J. François, « l'obligation de la caution réelle », *Defrénois* 15 oct. 2002, n° 19, p. 1208 ; Ch. Atias, note sous Cass. 1^e civ. 15 mai 2002, *Defrénois*, 30 oct. 2002, n° 20, p. 1322.

⁷³⁹ N'était dès lors pas respecté l'article 2292 c. civ. selon lequel : « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ».

⁷⁴⁰ Expression de V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 911, n° 1284.

⁷⁴¹ La chambre commerciale s'est montrée un temps favorable à la conception mixte de l'engagement du constituant retenue par la chambre civile : Cass. com., 13 nov. 2002, Bull. civ., IV n° 161 ; *RTD civ.* 2003, p. 128, note P. Crocq ; *RD banc. et fin.* janv. 2003, n° 10 ; *RLDC* janv. 2006, n° 23, obs. M. Mignot ; *RLDC* avr. 2006, n° 26, note G. Pillet. Malgré l'application de l'article 1415 rendant inopposable à l'épouse la sûreté réelle pour autrui consentie sur un bien commun, le constituant reste tenu envers le créancier « sur ses biens propres et ses revenus » dans la double limite de la somme due par le débiteur principal et de la valeur des biens remis en sûreté. La chambre commerciale a finalement affirmé son attachement à la conception classique du cautionnement réel. Elle a, en effet, énoncé dans un arrêt rendu en septembre 2003, que le créancier bénéficiaire d'un cautionnement réel ne bénéficiait pas d'un engagement personnel de la part du constituant : Cass. com. 24 sept 2003, inédit ; *RLDC* juill. 2005, n° 18, obs. F. Buy ; *RLDC* janv. 2006, n° 23, obs. M. Mignot. Selon les termes de l'arrêt, « le nantissement d'un fonds de commerce consenti en garantie de la dette d'un tiers est une sûreté réelle qui n'a pas pour effet de faire peser sur le propriétaire du fonds une obligation personnelle au paiement de cette dette ». Étrangement, un arrêt postérieur de la chambre commerciale invitait à penser qu'en l'absence de clause limitant l'assiette des droits du créancier au bien remis en sûreté, le créancier était autorisé à saisir d'autres biens au sein du patrimoine du garant. Dans cet arrêt la chambre commerciale a précisé qu'une clause pouvait valablement prévoir que seul le bien remis en sûreté par la caution réelle pourrait être saisi par le créancier bénéficiaire de cette sûreté : Cass. com. 14. janv. 2004, « l'acte notarié de prêt conclu entre la banque et la société comportait une clause aux termes de laquelle le bailleur se portait caution simplement hypothécaire de sorte que les droits et actions de la banque contre lui consisteront uniquement dans l'hypothèque conférée, sans qu'elle puisse exercer aucune poursuite ni aucun recours, soit contre la caution personnellement soit sur tous autres biens lui appartenant ».

⁷⁴² Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. ch. mixte, n° 7 ; *RLDC* 2006/26, n° 2012, note G. Pillet, *D.* 2006, p. 61, obs. V. Avena-Robardet, *D.* 2006, p. 729, concl. J. Sainte-Rose, *D.* 2006, p. 733, note L. Aynès, *D.* 2006, p. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *Dr. famille* 2006, étude 13, par B. Beignier ; *RTD civ.* 2006, p. 594, note P. Crocq ; *RTD civ.* 2006, p. 357, note B. Vareille ; *CCC* avr. 2006, comm. 62, note L. Leveneur ; *JCP éd. E* janv. 2006, note

la sûreté réelle pour autrui n'offre au créancier qu'un droit dont l'assiette est limitée au bien remis en sûreté. Cette solution n'est pas irréprochable, dès lors qu'elle semble assimiler le cautionnement réel à une sûreté réelle classique et gomme ainsi toute conséquence qui pourrait résulter de l'absence d'identité du constituant et du débiteur⁷⁴³. Ce positionnement de la Cour de cassation ne favorise pas l'instauration de règles de protection du constituant. Pourtant, parce que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui s'engage à garantir une dette qui n'est pas la sienne, il mérite de bénéficier de certaines règles de protection applicables à tous les constituants de sûretés pour autrui.

374. Consécration de la solution. Malgré les critiques formulées à son encontre⁷⁴⁴, cette solution a été consacrée à l'occasion de la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006⁷⁴⁵. En effet, le texte relatif au gage a été modifié et prévoit désormais que le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers. Ce texte précise que le gage consenti par un tiers n'offre au créancier qu'une action contre le bien remis en gage⁷⁴⁶. La solution est désormais incontestable, la sûreté réelle pour autrui n'engage pas le constituant sur tous ses biens, mais porte seulement sur le bien objet de la sûreté. La sûreté réelle pour autrui est ainsi clairement distinguée du cautionnement. Cette différence aurait dû conduire la Cour de cassation à rejeter l'application de toute règle issue du régime du cautionnement.

375. Nature hybride des sûretés réelles pour autrui. Il est possible de voir dans cette solution la volonté d'occulter les inconvénients résultant de la nature hybride de la sûreté réelle pour autrui⁷⁴⁷. Cette solution ne peut être pleinement approuvée dès lors qu'elle masque les particularités découlant inévitablement d'une sûreté à la fois réelle par sa technique et

S. Piedelièvre ; *JCP éd. N* janv. 2006, 1009, note Ph. Simler. Selon cet arrêt, « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas ».

⁷⁴³ Critiques des auteurs qui regrettent que soit niée la nature particulière des sûretés réelles qui ne sont pas directement consenties par le débiteur à son créancier. v. notamment Ch. Gisjbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, p. 69, n°71 ; l'auteur affirme à propos des sûretés réelles pour autrui : « Cette figure juridique recèle en effet une dimension tout à fait étrangère aux "pures" sûretés réelles qui est d'être un acte d'endettement pour autrui » ; V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 913, n° 1286, évoque « la spécificité difficilement niable que semble imprimer la personne du constituant à cette figure juridique » ; Ph. Simler, « Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP* 2006. I. 172.

⁷⁴⁴ Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 30, n° 22 ; M. Grimaldi, « Le cautionnement réel n'est plus un cautionnement... et ne relève donc plus de l'article 1415 du Code civil », *RDC* 2006, n° 2, p. 454.

⁷⁴⁵ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

⁷⁴⁶ Art. 2334 c. civ. : « Le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie ».

⁷⁴⁷ Sur cette négation de l'absence d'identité du débiteur et du constituant de la sûreté : V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 912, n° 1285.

constituée par une personne ayant engagé un bien sur lequel le créancier n'avait aucun droit⁷⁴⁸. Rappelons que le débiteur qui consent une sûreté réelle à son propre créancier ne lui offre qu'un droit exclusif ou un droit préférentiel sur ce bien. En l'absence de toute sûreté sur ce bien, le créancier aurait eu le droit de saisir ce bien pour le faire vendre et obtenir un paiement. Le droit de saisie du créancier découle de son droit de gage général⁷⁴⁹. La sûreté réelle pour autrui est différente puisqu'elle n'offre pas seulement au créancier un droit préférentiel ou exclusif sur le bien remis en sûreté mais permet, en premier lieu, au créancier de saisir ce bien sur lequel il n'aurait eu aucun droit en l'absence de sûreté. Il en résulte que le droit du créancier titulaire d'une sûreté réelle sur un bien de son débiteur ne s'exerce pas contre le débiteur, mais contre les autres créanciers de ce débiteur. Alors que le droit du créancier résultant d'une sûreté réelle pour autrui recouvre d'une part un droit de saisie du bien exercé contre le constituant en tant que propriétaire du bien⁷⁵⁰ et, d'autre part, un droit de préférence sur le bien dont les effets sont subis par les créanciers du constituant⁷⁵¹. En conséquence, une volonté de se porter garant doit être reconnue au constituant d'une sûreté réelle pour autrui, cette volonté résulte de son affectation volontaire de l'un de ses biens à la garantie de la dette d'un tiers. Le cantonnement de l'action du créancier au bien remis en sûreté n'affecte pas cette volonté qui est commune au constituant d'une sûreté réelle pour autrui et aux garants offrant des sûretés personnelles⁷⁵². Dès lors, les spécificités résultant de la nature hybride des sûretés réelles pour autrui sont indéniables.

376. Défaut de protection des constituants de sûretés réelles pour autrui. Il est vrai que la perception de la sûreté réelle pour autrui comme une sûreté réelle simple a pour avantage de renforcer l'efficacité de cette sûreté. Seulement, cette efficacité renforcée n'est que la conséquence de l'inexistence de règles prenant en compte la qualité de tiers du constituant par rapport à l'opération garantie. En particulier, le constituant ne bénéficie pas des règles de

⁷⁴⁸ Ce risque est commun à toutes les sûretés constituées pour autrui.

⁷⁴⁹ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, Dalloz, 26^e éd., 2018, v° Droit de gage général : « Pouvoir que tout créancier tient de la loi sur l'ensemble des biens de son débiteur (immobiliers et mobiliers, présents et à venir), grâce auquel le paiement peut être poursuivi par la saisie de l'un quelconque des éléments du patrimoine de l'obligé. A ne pas confondre avec la sûreté réelle du même nom ».

⁷⁵⁰ S'agissant d'un droit réel, il est logiquement exercé contre le propriétaire du bien sur lequel il porte.

⁷⁵¹ Le droit de préférence modifiant la règle de distribution du produit de la réalisation du bien, laquelle est prévue à l'article 2285 c. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Sur le droit de préférence : V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 611, n° 852 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 755 et s., n° 1025 et s.

⁷⁵² v. en ce sens V. Brémond, M. Bourassin, *op. cit.*, p. 905, n° 1274 : « il est volontairement un garant et ne peut, sans doute pas, être réduit à un propriétaire tenu d'une charge réelle sur l'un de ses biens ».

protection offertes aux garants s'engageant personnellement. Les auteurs les plus optimistes remarquent que le législateur apporte des solutions ponctuelles à ce défaut de protection des constituants de sûretés réelles pour autrui⁷⁵³. Néanmoins, si certaines règles de protection des garants sont étendues aux constituants de sûretés réelles pour autrui, cette extension ne concerne pas l'ensemble des règles de protection des garants.

377. Proposition de rapprochement des sûretés réelles pour autrui et du cautionnement. La solution retenue en droit positif n'est donc pas satisfaisante en ce qu'elle n'est pas conforme à la réalité. Les membres de la commission présidée par le professeur Grimaldi ayant rédigé l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté en 2017 s'opposent à cette solution. Ils proposent que les sûretés réelles pour autrui soient à nouveau qualifiées de « cautionnements réels »⁷⁵⁴. Ces auteurs souhaitent que soit insérée au sein du chapitre relatif au cautionnement, une définition du cautionnement réel. Bien que le régime de ces cautionnements particuliers ne soit pas envisagé par les auteurs de l'avant-projet, le choix de cet emplacement est révélateur⁷⁵⁵. En effet, le projet se contente de prévoir que « le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet »⁷⁵⁶. Se pose donc la question de savoir quelles règles devraient être appliquées aux cautionnements réels selon les auteurs⁷⁵⁷. L'un des auteurs de l'avant-projet a précisé que « les dispositions relatives au cautionnement personnel [...] ne s'appliqueront [au cautionnement réel] que dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles, à la fois, avec le caractère réel de la sûreté pour autrui et avec le caractère nécessairement limité de l'objet de la garantie »⁷⁵⁸. Il

⁷⁵³ cf. notamment V. Brémond et M. Bourassin, *op. cit.*, p. 920, n° 1298 : les auteurs évoquent l'avertissement du notaire lorsque la sûreté consentie est une hypothèque, les protections offertes aux constituants dans le domaine des procédures collectives ou encore dans le domaine des voies d'exécution. Selon J.-D. Pellier, toutes les exceptions opposables par le débiteur principal devraient pouvoir être opposées par le constituant qu'elles soient inhérentes à la dette ou attachées à la personne du débiteur, J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2012.

⁷⁵⁴ Art. 2291 proposé par l'avant-projet de réforme de la commission Grimaldi présenté en 2017.

⁷⁵⁵ En ce sens : A. Gouëzel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678 : qui identifie « la volonté des rédacteurs de l'avant-projet de combattre l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle la sûreté réelle pour autrui n'est pas un cautionnement » et précisent que « la sûreté réelle pour autrui devrait se voir appliquer en principe le régime du cautionnement ».

⁷⁵⁶ Art. 2291 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté en 2017 par la commission présidée par le professeur Grimaldi.

⁷⁵⁷ L'adoption de cet article ne réglerait pas en effet toutes les questions posées à propos de l'applicabilité des règles du cautionnement aux cautionnements réels. En ce sens : M. Bourassin, « Exclusion critiquable du bénéfice de subrogation du régime des sûretés réelles pour autrui », *Gaz. Pal.* 12 juin 2018, n° 21, p. 71 qui affirme que : « cela ne tarirait certainement pas le contentieux, car la question se poserait toujours de savoir quelles règles du cautionnement ou quelles règles de l'hypothèque, du gage ou encore du nantissement il conviendrait d'appliquer ».

⁷⁵⁸ P. Crocq, « Droit des sûretés », *D.* 2018, p. 1884.

faut en déduire que la règle de proportionnalité, jugée incompatible avec « le caractère nécessairement limité de l'objet de la garantie », ne devrait pas, selon ces auteurs, être appliquée aux cautionnements réels⁷⁵⁹.

378. Sort de l'exigence de proportionnalité distinct des autres règles de protection. Il est fort probable qu'une évolution législative rapprochant le régime des sûretés réelles pour autrui de celui du cautionnement ne suffise pas à faire admettre que l'exigence de proportionnalité du cautionnement doive être appliquée aux sûretés réelles pour autrui. Il est possible de prévoir que l'exigence de proportionnalité sera déclarée inapplicable aux sûretés réelles pour autrui. En effet, l'inapplicabilité du régime du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui n'est pas l'explication avancée par la Cour de cassation, ni par les auteurs lorsqu'ils s'opposent à l'extension de l'exigence de proportionnalité à ces sûretés. Il est à noter que la Cour de cassation n'a pas respecté la stricte frontière entre le régime du cautionnement et celui de la sûreté réelle pour autrui qui aurait dû résulter de l'arrêt rendu par la chambre mixte le 2 décembre 2005. Il a été admis en jurisprudence que certaines règles issues du régime du cautionnement soient appliquées à ces sûretés hybrides⁷⁶⁰. Toutefois, l'exigence de proportionnalité n'a jamais été transposée aux sûretés réelles pour autrui. Deux obstacles auraient pu se dresser sur le chemin de la reconnaissance de la possibilité pour la sûreté réelle pour autrui d'être disproportionnée aux biens et revenus du constituant. Le premier obstacle aurait pu résulter de la nature de cette sûreté, mais c'est le second obstacle lié à l'étendue de la sûreté qui s'est dressé comme une barrière visiblement infranchissable. Il convient d'explorer ces deux pistes au travers d'une présentation de ce que sont les sûretés réelles pour autrui.

⁷⁵⁹ D'ailleurs, la plupart des membres de la commission présidée par Michel Grimaldi, bien qu'ils proposent de rapprocher les sûretés réelles pour autrui du cautionnement notamment en reprenant le vocable de « cautionnement réel », ne sont pas en faveur d'une application de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui.

⁷⁶⁰ La Cour de cassation a admis que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui puisse se prévaloir d'un recours à l'encontre de ses cofidés : Cass. 1^e civ., 25 oct. 1977, Bull. civ. I, n° 388. Cette solution est approuvée par Ph. Simler, *J.-Cl. civ.*, art. 2288 à 2320, fasc. 55, n° 10. Par ailleurs, des auteurs admettent que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui doit bénéficier tant d'un recours personnel que d'un recours subrogatoire à l'encontre du débiteur, sur le fondement des articles 2305 et 2306 c. civ. prévus en matière de cautionnement. En ce sens : Ph. Simler, *J.-Cl. civ.*, art. 2288 à 2320, fasc. 50, n° 13 et 43 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 923 et s., n° 1300 : les auteurs se fondent sur « l'équivalence des situations de la caution personnelle et du constituant d'une sûreté pour autrui ». La Cour de cassation a également admis que le constituant puisse se prévaloir du bénéfice de subrogation : Cass. 1^e civ., 23 nov. 1954, Bull. civ. I, n° 331 ; Cass. com., 17 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 115. Toutefois la jurisprudence est depuis revenue sur cette solution. Elle a refusé à la caution réelle la possibilité de se prévaloir du bénéfice de subrogation : Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, publié, *D.* 2018, p. 1540. note A. Gouëzel ; *RTD civ.* 2018. 461, obs. P. Crocq ; *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, p. 35, obs. Ch. Albigès, et 12 juin 2018, p. 71, obs. M. Bourassin.

379. **Caractéristiques des sûretés réelles pour autrui.** Seront présentés les deux aspects des sûretés réelles pour autrui qui auraient pu être à l'origine du refus d'extension de l'exigence de proportionnalité. Il s'agit d'une part de la nature de ces sûretés et d'autre part de leur étendue. La nature des sûretés réelles pour autrui, controversée en doctrine, aurait pu être envisagée comme argument permettant de justifier le refus de leur appliquer l'exigence de proportionnalité (1). Pourtant, les débats sur cette question n'ont pas été invoqués pour entraver l'extension de l'exigence de proportionnalité. C'est l'étendue limitée des sûretés réelles pour autrui qui sert de justification au refus de la Cour de cassation de protéger les constituants de sûretés réelles pour autrui par l'application de la règle de proportionnalité du cautionnement (2).

1. La nature controversée de l'obligation du constituant

380. **Absence d'obligation de payer le créancier.** Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui offre à un créancier, dont il n'est pas le débiteur, une sûreté réelle sur l'un de ses biens. Se pose la question de la nature exacte de l'engagement souscrit par le constituant. *A priori* le constituant n'est pas tenu de payer la dette due au créancier, il ne s'est pas engagé personnellement et n'a consenti aucune sûreté personnelle⁷⁶¹. Selon de nombreux auteurs, le constituant est seulement tenu de laisser le créancier saisir son bien⁷⁶². Le constituant est alors seulement tenu d'une obligation réelle laquelle est exercée à son encontre en tant que propriétaire du bien objet de l'obligation alors qu'à l'inverse, les garants offrant des sûretés personnelles s'engagent personnellement⁷⁶³. Ainsi présentée, l'obligation du constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne semble pas pouvoir être qualifiée d'obligation de payer. Il est vrai que lorsqu'il est appelé à exécuter son obligation, le constituant peut faire le choix de payer la

⁷⁶¹ Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. ch. mixte, n° 7, *supra* : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas ».

⁷⁶² V. Bonnet, « Le cautionnement réel n'était réellement pas un cautionnement », *D.* 2006, p. 1543 : « Le constituant n'a donc, à sa charge, qu'une seule obligation, réelle, en tant que propriétaire du bien donné en sûreté, celle de laisser le créancier saisir son bien en cas de défaillance du débiteur » ; J. Vallansan, « La sûreté conférée par un tiers : entre obstacles et efficacité », *LPA* 2011, n° 30, p. 41 parle d'une « action sur le bien mais contre la personne » ; J.-D. Pellier, « L'affinement du régime de la sûreté réelle pour autrui », *JCP éd. G* n° 8, 22 fév. 2016, 218 : qui considère que seul le bien est « engagé ».

⁷⁶³ Adoptant une position plus nuancée le professeur Simler affirme que l'« on ne peut qu'approuver la proposition selon laquelle l'affectation d'un bien en garantie de la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel » mais également que « l'obligation purement réelle souscrite par le constituant est aussi une obligation ayant pour objet le paiement de la dette du débiteur » : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 30, n° 22.

dette du débiteur plutôt que de laisser le créancier saisir son bien. Néanmoins, cette possibilité pour le constituant de payer le créancier n'est qu'une option lui permettant de conserver son bien, elle ne modifie pas la nature de l'obligation du constituant pour en faire une obligation de payer le créancier⁷⁶⁴. Certains auteurs analysent la sûreté réelle pour autrui sans même évoquer cette option laissée au constituant appelé à exécuter son obligation⁷⁶⁵. Cette description des sûretés réelles pour autrui devrait inviter à refuser que la règle de proportionnalité leur soit appliquée. En effet, traditionnellement la proportionnalité est appréciée entre une dette et les facultés de paiement du débiteur⁷⁶⁶. En l'absence de dette du constituant d'une sûreté réelle pour autrui, l'instauration d'une règle permettant de protéger son patrimoine pourrait apparaître curieuse.

381. Question de l'existence d'un endettement. D'autres auteurs affirment au contraire que le constituant est endetté auprès du créancier⁷⁶⁷. Ces auteurs considèrent que le constituant est engagé envers le créancier dans les limites de la valeur du bien objet de la sûreté. Le constituant n'est pas tenu au paiement de la dette garantie avant de consentir une sûreté réelle pour autrui. C'est donc en constituant cette sûreté qu'il permet au créancier de saisir un bien dans son patrimoine afin de le faire vendre de se payer sur le prix. Il en résulte que par son engagement, le constituant s'endette envers le créancier. Cette seconde perception de l'obligation du constituant pourrait permettre de justifier l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui. Néanmoins, cette conception s'accorde mal avec la solution retenue par les juges de la Cour de cassation le 2 décembre 2005⁷⁶⁸. Pourtant, des décisions antérieures allaient dans le sens d'une appréhension de l'obligation du constituant comme constitutive d'un

⁷⁶⁴ A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285, qui précise que le paiement du créancier par le constituant « est une simple faculté pour le constituant et non un droit pour le créancier ».

⁷⁶⁵ V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 903 et s., n° 1272 et s.

⁷⁶⁶ Tel est le cas en matière de cautionnement et de garantie autonome. Néanmoins, la proportionnalité recouvre une réalité différente en matière de lettres d'intention : v. n° 351 et s.

⁷⁶⁷ Ch. Gisjbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, *Economica*, 2016, p. 69, n° 71 qui critique la solution de la chambre mixte du 2 déc. 2005 : selon lui les sûretés réelles pour autrui présentent un aspect différent des sûretés réelles consenties par le débiteur lui-même en ce qu'elles constituent un « endettement » pour autrui. *Ibid.*, p. 70, n° 73 : l'auteur affirme : « Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui s'endette bel et bien. Il s'expose à assumer une obligation qui n'est pas la sienne, fût-ce sur un seul de ses biens. Qu'on le veuille ou non, son patrimoine est donc grevé d'une dette même si, contrairement au cautionnement classique, celle-ci n'est assortie que d'un droit de poursuite conventionnellement limité au bien affecté » ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd., 2015, n° 399, p. 281 : « Pour notre part, nous sommes attachés à la conception d'un engagement personnel car il nous paraît dérogatoire aux mécanismes généraux du droit des obligations qu'une personne soit amenée à payer et à s'exposer à la saisie d'un de ses biens sans qu'elle ait pris un tel engagement à l'égard de celui qui peut la contraindre au paiement ». Selon ces auteurs la sûreté réelle pour autrui est une dette avec droit de poursuite conventionnellement limité.

⁷⁶⁸ Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. ch. mixte, n° 7, *supra*.

endettement envers le créancier. Cette vision semble notamment avoir été admise en 1998 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Cette chambre a affirmé que le créancier titulaire d'un cautionnement réel était tenu de déclarer son droit à la procédure collective ouverte contre le constituant⁷⁶⁹. Cette solution était la seule qui soit matériellement réaliste du point de vue du droit des entreprises en difficultés. En effet, il aurait été compliqué d'admettre que le créancier puisse agir sur le bien lui ayant été remis en sûreté par le constituant alors même que ce bien est englobé dans une procédure collective à laquelle le créancier ne peut participer en raison du défaut de déclaration de sa créance⁷⁷⁰. Bien qu'elle ait été dictée par les impératifs du droit des entreprises en difficulté, la solution de la Cour de cassation est analysée comme confirmant le point de vue des auteurs qui voient dans la sûreté réelle pour autrui un engagement du constituant à payer le créancier⁷⁷¹. Il est également affirmé que l'endettement du constituant envers le créancier est révélé par l'accès du créancier aux mesures d'exécution contre la caution réelle⁷⁷². Cet argument semble toutefois moins convaincant, dès lors que ces obligations réelles sont toujours exécutées à l'encontre du propriétaire du bien objet du droit sans pour autant que ce propriétaire ne soit toujours débiteur du créancier de l'obligation réelle.

382. « **Droit de payer** ». Depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 décembre 2005, la Cour de cassation s'abstient de rendre des décisions impliquant de considérer que l'obligation du constituant fait naître à son encontre une dette envers le créancier. Pourtant, les auteurs voyant dans l'obligation du constituant un engagement conventionnellement limité de ce dernier envers le créancier soulèvent des arguments convaincants. Le professeur Charles Gijssbers dénonce notamment l'hypocrisie de l'affirmation selon laquelle le constituant peut décider de payer le créancier mais n'y est pas contraint⁷⁷³. Selon lui, si le constituant a le droit de payer pour éviter

⁷⁶⁹ Cass. 3^e civ., 24 juin 1998, Bull. civ. III, n° 137 et Cass. com., 27 oct. 1998, Bull. Civ. IV, n° 260 ; *Défrenois* 1999, art. 36944, p. 280 obs. Piedelièvre ; *D.* 1999, p. 187, note A. Honorat ; *RTD civ.* 1999, p. 152, note P. Crocq ; *RTD com.* 1999, p. 499 ; *RDI* 1999, p. 295, note ph. Théry ; *RLDC* avr. 2006, n° 26, obs. G. Pillet. Selon cet arrêt, « le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement réel ou personnel, dispose à l'égard de la caution d'un droit de créance, en cas de défaillance du débiteur principal, ce droit étant limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement, s'agissant d'un cautionnement réel ».

⁷⁷⁰ Le défaut de déclaration de sa créance par le créancier entraînait à l'époque l'extinction de la dette et non seulement son inopposabilité à la procédure collective. Il semble néanmoins que cette solution doive être encore admise depuis l'évolution des conséquences du défaut de déclaration de créancier opérée lors de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁷⁷¹ Ph. Théry, *RDI* 1999, p. 295, note sous Cass. com., 27 oct. 1998, Bull. Civ. IV, n° 260.

⁷⁷² Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, n° 795 s., p. 607 s. L'auteur vise en particulier la possibilité pour le créancier d'invoquer à l'encontre du constituant l'article L. 111-2 c. pr. d'exéc. et l'article 15 décret 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière codifié aujourd'hui à l'article R. 321-3 c. pr. d'exéc.

⁷⁷³ Ch. Gijssbers, « Persiste et signe : la sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui n'est pas un cautionnement ! », *Defrénois* 2016, n° 18, p. 933 : « Dire, en effet, qu'une personne est contrainte de payer à peine de subir la saisie ou qu'elle peut éviter la saisie si elle utilise sa faculté de payer, n'est-ce pas fondamentalement la même chose ? ».

que l'un de ses biens soit saisi, il est en réalité contraint de payer. Le constituant subit une pression résultant du pouvoir de contrainte octroyé au créancier. En témoigne, la mise en œuvre d'une sûreté réelle pour autrui lorsque la sûreté réelle octroyée au débiteur est assortie d'un droit de suite⁷⁷⁴. Dans cette hypothèse, le constituant conserve le droit d'aliéner le bien objet de ladite sûreté. Le créancier dispose du droit de saisir le bien en quelques mains qu'il se trouve. Dans une telle hypothèse, le constituant ne pourra pas vendre son bien grevé d'une sûreté dans les mêmes conditions que s'il avait été libre de toute charge. Le recours à la purge des dettes consiste pour l'acquéreur à désintéresser le créancier bénéficiaire de la sûreté grevant le bien acquis⁷⁷⁵. Bien évidemment, l'acquéreur acceptant de payer le créancier profitera d'une diminution du prix de vente. Cette vente à un prix minoré peut être assimilée à une forme de « paiement » par le constituant. Il ressort de cette analyse que le paiement du créancier par le constituant ne résulte pas toujours d'un choix du constituant dans le mode d'exécution de son engagement. En effet, le « paiement » par la revente du bien grevé à un prix inférieur à sa valeur réelle est subi et non choisi par le constituant désirant aliéner son bien. Les auteurs qui refusent d'analyser l'obligation du constituant d'une sûreté réelle pour autrui en une obligation de payer le créancier seront forcés de constater que le constituant est parfois tenu de désintéresser indirectement le créancier contre sa volonté.

383. Pouvoir de contrainte du créancier sur le constituant. Dans un arrêt de 2010⁷⁷⁶, la Cour de cassation a affirmé que le bénéficiaire d'une sûreté réelle pour autrui immobilière pouvait pratiquer une saisie sur l'immeuble hypothéqué sur le fondement du seul acte d'affectation hypothécaire revêtu de la formule exécutoire⁷⁷⁷. Le professeur Philippe Théry rappelle que ce titre n'est pas constitutif d'un engagement du constituant envers le créancier mais constate nécessairement un tel engagement car, si tel n'était pas le cas, il ne pourrait être revêtu de la formule exécutoire⁷⁷⁸. L'auteur en déduit nécessairement que le constituant est tenu d'une obligation envers le créancier bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui. Selon ce raisonnement : le créancier peut obtenir un titre exécutoire contre le constituant de sorte que,

⁷⁷⁴ Sur le droit de suite : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd. 2020, p. 664, n° 931 concernant le droit de suite du créancier gagiste et p. 833 et s., n° 1187 et s. concernant le droit de suite du créancier hypothécaire.

⁷⁷⁵ Sur la purge des dettes en matière mobilière : M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 798 et s., n° 1084 et s. et en matière immobilière : *ibid.*, p. 790 et s., n° 1070 et s.

⁷⁷⁶ Cass. 2^e civ., 25 mars 2010, Bull. civ., II, n° 74, n° 09-12127 ; *Defrénois* 15 sept. 2011, n° 15, p. 1289, note Ph. Théry.

⁷⁷⁷ L'art. 3 de la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution dispose que : « Seuls constituent des titres exécutoires : [...] 4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire [...] ».

⁷⁷⁸ Ph. Théry, « L'hypothèque constituée pour garantir la dette d'autrui et la délivrance d'une copie exécutoire », *Defrénois* 2011, n° 15, p. 1289.

quelle que soit son étendue et ses modalités de recouvrement, le créancier est titulaire d'une créance à l'encontre du constituant⁷⁷⁹. La reconnaissance d'une obligation du constituant envers le créancier favoriserait l'instauration d'une règle de proportionnalité permettant de protéger le constituant contre l'insolvabilité. Une autre analyse de l'objet de l'engagement du constituant d'une sûreté réelle pour autrui mérite également d'être présentée.

384. Dissection de l'obligation du constituant. Le professeur François Grua propose une construction théorique intéressante pour préciser l'objet et le contenu de la sûreté réelle pour autrui⁷⁸⁰. Dans un premier temps, il rapproche le cautionnement réel et le cautionnement classique. Il constate que dans les deux hypothèses la caution se trouve menacée par son engagement. Le recours à la théorie dualiste de l'obligation lui permet ensuite d'assimiler le cautionnement classique au cautionnement réel. Cette théorie distingue le devoir juridique d'exécuter une prestation et le pouvoir de contrainte qui permet au créancier d'en obtenir l'exécution forcée⁷⁸¹. Or, les deux types de cautionnement offrent un pouvoir de contrainte au créancier sans faire peser de dette sur la caution⁷⁸². Dans un second temps, l'auteur constate que le cautionnement réel a vocation à jouer au stade de l'exécution, il en conclut que cette sûreté constitue une convention de paiement. Là encore, cette analyse permet de rapprocher le cautionnement réel du cautionnement classique. En effet, selon lui, le cautionnement classique constitue également une convention de paiement laquelle est seulement exécutée selon des modalités différentes puisqu'elle offre au créancier un droit de saisir n'importe lequel des biens de la caution⁷⁸³. Il ressort de cette démonstration que le constituant est contraint au paiement de la dette, bien qu'il ne soit pas tenu de cette dette.

385. Enjeu de la qualification d'obligation de payer. Suivre cette théorie permet d'envisager sans difficulté l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Dès lors

⁷⁷⁹ Dans le même sens : v. Ph. Dupichot qui estime que la sûreté réelle pour autrui ne présente pas uniquement une nature réelle : l'existence d'une dette du constituant envers le créancier est indispensable pour que le créancier puisse procéder aux mesures d'exécution.

⁷⁸⁰ F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP éd. N*, janv. 1986, n° 4, 24, 100093 : « la personne qui consent [un cautionnement réel] subit une contrainte qui la force à désintéresser le bénéficiaire ».

⁷⁸¹ La théorie dualiste de l'obligation d'origine germanique distingue la *Schuld* et la *Haftung*. Sur cette théorie : manuel droit des obligations. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2019, p. 2, n° 2.v. pour l'exploitation de cette théorie en matière de cautionnement : Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1979, n° 253 s.

⁷⁸² F. Grua, *op. cit.*, *loc. cit.* : « le cautionnement réel est un contrat par lequel une personne se trouve contrainte à payer la dette d'autrui dans les conditions du droit des sûretés réelles ».

⁷⁸³ *Ibid.*, *loc. cit.* : « Toutes deux sont contraintes sans être vraiment obligées. Et elles sont contraintes à la même chose : le paiement de la dette. Ce qui diffère seulement sont les moyens de la contrainte : dans un cas, le créancier peut poursuivre le paiement sur n'importe quel bien de la caution, alors que, dans le second, la menace ne pèse que sur un bien déterminé ».

que le constituant est tenu d'une obligation envers le créancier, la protection de son patrimoine par la règle de proportionnalité semble pertinente. Toutefois, une importante partie de la doctrine considère que le constituant n'est tenu d'aucune obligation de payer⁷⁸⁴. Une question mérite alors d'être posée : ce refus de qualification de la sûreté réelle pour autrui d'obligation de payer fait-il obstacle à l'établissement d'une règle de proportionnalité ? Il pourrait être tentant d'affirmer que dès lors que l'on considère que le constituant ne s'engage pas envers le créancier, il est impossible de mesurer l'importance de son engagement par rapport à ses facultés de paiement. Toutefois, la règle de proportionnalité a pour finalité d'éviter l'insolvabilité du garant. Son extension aux sûretés réelles pour autrui sera donc justifiée si l'obligation souscrite par le constituant est susceptible de le conduire à l'insolvabilité. Ainsi, l'incertitude relative à la nature de l'obligation du constituant ne sera pas un obstacle à l'instauration d'une règle de proportionnalité. Il sera seulement nécessaire de démontrer que l'obligation du constituant peut le mener à l'insolvabilité, bien que la doctrine ne reconnaisse pas unanimement l'existence d'une obligation de payer à la charge du constituant.

386. Possibilité d'insolvabilité. Il semble que les modes d'exécution de la sûreté réelle pour autrui obligent à constater que le constituant n'est pas à l'abri de l'apparition d'une situation d'insolvabilité occasionnée par l'exécution de son engagement⁷⁸⁵. Si le constituant décide de payer le créancier, il se dessaisit d'une somme d'argent. S'il abandonne son bien au profit du créancier, il soustrait ce bien de ses actifs. Dans les deux hypothèses, il modifie l'équilibre de son patrimoine, de sorte qu'il pourrait se trouver en situation d'insolvabilité. Il est vrai que le constituant ayant exécuté son obligation bénéficie d'un recours contre le débiteur principal⁷⁸⁶. Toutefois, l'efficacité de ce recours n'est jamais assurée : elle dépend de divers éléments et en particulier des capacités du débiteur à faire face à cette obligation. L'existence d'un recours de la caution contre le débiteur principal n'empêche d'ailleurs pas de considérer que la caution encourt un risque d'insolvabilité résultant de son engagement envers le créancier⁷⁸⁷. Les conséquences de l'exécution d'une sûreté réelle pour autrui peuvent être constatées par tous, partisans ou non de la reconnaissance d'une obligation de payer à la charge du constituant. Le

⁷⁸⁴ Se prononcent en ce sens : J.-D. Pellier, « Une certaine idée du cautionnement », *D.* 2018, p. 686 : qui affirme que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui « n'est pas endetté » et « n'est donc pas un débiteur » ; L. Aynès, « Une Chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel », *D.* 2006, p. 733 qui affirme que « le constituant d'une sûreté ne s'oblige pas à la dette envers le créancier ; il réserve à celui-ci tout ou partie de la valeur d'un bien déterminé ».

⁷⁸⁵ Sur la notion d'insolvabilité : v. n° 30.

⁷⁸⁶ La Cour de cassation a admis que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui puisse se prévaloir d'un recours à l'encontre de ses cofidésjuseurs : Cass. 1^{er} civ., 25 oct. 1977, Bull. civ. I, n° 388.

⁷⁸⁷ Très clairement en ce sens, le contentieux relatif au devoir de mise en garde de la caution. Seules les cautions encourant un risque d'endettement étant créancières de ce devoir.

constituant peut se trouver en situation d'insolvabilité en raison de l'exécution de son engagement, quelle que soit l'issue de la discussion portant sur la nature de son obligation. La nature controversée des sûretés réelles pour autrui ne permet donc pas de nier le risque d'insolvabilité qui en résulte. Il en résulte qu'elle ne constitue pas une raison valable d'exclure l'application de la règle de la proportionnalité ayant pour finalité de lutter contre ce risque d'insolvabilité.

387. Question de la disproportion impossible des sûretés réelles pour autrui. L'insolvabilité peut résulter de l'obligation du constituant quelle que soit sa nature. Cependant, un autre obstacle se dresse sur le chemin de l'extension de la règle de proportionnalité. Cet obstacle est l'apparente proportionnalité évidente entre l'importance de la garantie offerte par le constituant et ses facultés de paiement. Cette apparence résulte de l'étendue limitée des sûretés réelles pour autrui.

2. L'étendue des droits du créancier

388. Absence de droit de gage général sur le patrimoine du constituant. Le caractère hybride de la sûreté réelle pour autrui invite à s'interroger sur l'étendue des droits du créancier sur le patrimoine du constituant. Quels sont les droits du créancier bénéficiant d'une sûreté réelle pour autrui sur le patrimoine du constituant ? Le créancier disposant d'une sûreté réelle consentie par une personne distincte de son débiteur a, en plus de son droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur, le droit de saisir le bien objet de la sûreté réelle dans le patrimoine du constituant⁷⁸⁸. Selon la conception retenue par la Cour de cassation le 2 décembre 2005⁷⁸⁹, le constituant ne s'engage pas personnellement envers le créancier, de sorte que ce dernier ne dispose d'aucun droit de gage général sur le patrimoine du constituant. L'assiette du droit offert au créancier est donc limitée dans son étendue au bien remis en sûreté. Il est également intéressant de noter que lorsque le constituant décide de payer le créancier afin de conserver son bien, il n'est tenu que dans la limite de la valeur du bien objet de la sûreté. Cette description des droits du créancier est fidèle à la réalité de la sûreté réelle pour autrui classique. Cette sûreté peut toutefois être aménagée. En effet, la liberté contractuelle permet au constituant de s'engager davantage envers le créancier.

⁷⁸⁸ Cass. 2^e civ., 25 mars 2010, Bull. civ., II, n° 74 ; *Defrénois* avr. 2010, p. 2, n° 51, note Ph. Théry ; *RD banc. et fin.* sept. 2010, comm. 189, note S. Piedelièvre.

⁷⁸⁹ Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. ch. mixte, n° 7, *supra*.

389. **Cumul de sûretés personnelle et réelle.** Deux possibilités s'offrent aux parties qui souhaitent renforcer les droits du créancier. Le constituant peut consentir non seulement une sûreté réelle sur l'un de ses biens, mais également une sûreté personnelle offrant un droit de gage général au créancier sur son patrimoine⁷⁹⁰. Dans ce cas, le constituant offre deux sûretés distinctes, bien qu'elles puissent être octroyées au créancier dans un acte unique. Ces sûretés permettront au créancier d'agir cumulativement et même simultanément contre le bien affecté en sûreté et contre le constituant sur l'ensemble de son patrimoine.

390. **Sûreté réelle garantissant l'efficacité de la sûreté personnelle.** Le constituant peut préférer hiérarchiser les sûretés consenties au créancier, en s'engageant en tant que caution envers le créancier, tout en garantissant l'exécution de son cautionnement par une sûreté réelle⁷⁹¹. Dans ce cas, la sûreté réelle n'a pas pour objet de garantir le paiement de la dette par le débiteur principal, mais l'exécution du cautionnement. La sûreté réelle permet au créancier d'être payé en priorité ou de manière exclusive sur le bien que la caution lui a remis en sûreté en cas de défaillance de celle-ci dans l'exécution de son cautionnement.

391. **Sûreté réelle pour autrui classique limitée au bien remis en sûreté.** La sûreté réelle pour autrui classique, différenciée des formes voisines, apparaît clairement comme un droit du créancier portant uniquement sur le bien du constituant. En effet, le constituant d'une sûreté réelle pour autrui classique ne s'engage pas envers le créancier à payer la dette du débiteur sur tous ses biens, il ne consent donc aucun engagement personnel. Cette particularité différencie la sûreté réelle pour autrui des sûretés personnelles. Ce constat invite à se poser la question du fondement de la règle de proportionnalité du cautionnement. Jusqu'ici, il a été retenu que la règle de proportionnalité du cautionnement avait été instaurée en raison de la dangerosité du cautionnement. Cette affirmation manque néanmoins de précision dès lors que la dangerosité du cautionnement peut résulter soit de son caractère fondamentalement déséquilibré, soit de la souscription par la caution d'un engagement personnel. Cette incertitude n'a pas empêché de concevoir l'extension de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes et aux lettres d'intention dès lors que ces deux sûretés personnelles sont à la fois fondamentalement déséquilibrées et créatrices d'obligations personnelles à la charge des garants. À l'inverse, les

⁷⁹⁰ Sur cette pratique : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 908 et 910, n° 1279 ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 24 et 25, n° 21.

⁷⁹¹ Sur cette pratique : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 908, n° 1279 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 294, n° 410 et 411 ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 26, n° 21.

sûretés réelles pour autrui ne présentent qu'une des deux caractéristiques permettant de justifier l'existence d'une règle de proportionnalité du cautionnement. Elles sont fondamentalement déséquilibrées dès lors que le constituant qui engage l'un de ses biens ne perçoit aucune contrepartie pour son engagement. En revanche, elles ne font naître aucune obligation personnelle mise à la charge du constituant. Il en résulte qu'il pourrait être nécessaire et suffisant de déterminer la justification exacte de l'existence d'une règle de proportionnalité du cautionnement pour savoir si cette obligation mérite d'être étendue aux sûretés réelles pour autrui.

392. Critère de l'absence de contrepartie. La détermination de la justification exacte de l'instauration d'une règle de proportionnalité du cautionnement n'est toutefois pas évidente. Le premier réflexe d'équité invite à penser que la règle de proportionnalité a été instaurée en matière de cautionnement en raison de son caractère fondamentalement déséquilibré. De la sorte, le constituant qui consent une sûreté réelle pour garantir la dette d'autrui mérite, tout comme la caution, d'être protégé contre l'insolvabilité qui pourrait résulter de son engagement⁷⁹². En effet, le constituant d'une sûreté réelle pour autrui prend un risque sans attendre de contrepartie pour son engagement. Nous considérons que la justification de la règle de proportionnalité du cautionnement réside dans l'absence de contrepartie perçue par la caution. Ainsi, l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui doit être défendue dès lors que ces sûretés sont consenties par des tiers ne bénéficiant pas du crédit octroyé au débiteur. Pourtant, la Cour de cassation se fonde sur l'assiette limitée des droits du créancier sur le patrimoine du constituant pour justifier son refus d'étendre aux sûretés réelles pour autrui les règles du cautionnement ayant pour finalité la lutte contre l'insolvabilité des cautions.

II. Le régime applicable aux sûretés réelles pour autrui

393. Application ponctuelle des règles du cautionnement. La clarté de la solution rendue par une chambre mixte de la Cour de cassation en 2005 est sans appel. Cette solution aurait dû conduire à exclure l'application aux sûretés réelles pour autrui des règles du cautionnement⁷⁹³. Les sûretés réelles pour autrui n'impliquant aucun engagement personnel des constituants, il ne s'agit pas de cautionnements. Ainsi, seules les règles des sûretés réelles devraient leur être

⁷⁹² Sur la volonté de protéger les constituants de sûretés pour autrui : D. Legeais, « Sûreté réelle pour autrui ou cautionnement réel ? » *JCP éd. E*, n° 23, 7 juin 2018, 1302 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 15, n° 21 ; J.-D. Pellier, « Une certaine idée du cautionnement », *D.* 2018, p. 686 : bien qu'il refuse toute idée d'engagement des constituants de sûretés réelles pour autrui envers le créancier, l'auteur reconnaît que la volonté de protéger les constituants est louable.

⁷⁹³ Tel n'a pas été le cas v. n° 378.

applicables. Pourtant, la Cour de cassation s'est affranchie de cette conséquence qui aurait normalement dû résulter de la jurisprudence du 2 décembre 2005 et a admis que certaines règles du cautionnement soient appliquées aux sûretés réelles pour autrui⁷⁹⁴. Malgré cette entorse à l'exclusion de l'application des règles du cautionnement, ni l'obligation de mise en garde (A), ni l'exigence de proportionnalité (B) prévues en matière de cautionnement n'ont été étendues aux sûretés réelles consenties pour autrui. Il semble important de s'intéresser au refus de la Cour de cassation d'appliquer aux sûretés réelles pour autrui l'obligation de mise en garde de la caution par le créancier. En effet, l'argument fondant ce refus est proche de celui qui justifie le refus d'application de l'exigence de proportionnalité à ces sûretés.

A. Le refus d'étendre l'obligation de mise en garde

394. Dénier du risque d'endettement résultant de la sûreté réelle pour autrui. L'étude de la jurisprudence refusant l'application, en matière de sûretés réelles pour autrui, de l'obligation de mise en garde du créancier est intéressante en raison de la justification retenue par la Cour de cassation⁷⁹⁵. La Cour de cassation affirme que l'obligation de mise en garde n'est due à la caution qu'en raison du risque d'endettement que fait naître le cautionnement⁷⁹⁶. Or, elle estime que la constitution d'une sûreté réelle pour autrui ne peut créer aucun risque d'endettement pour le constituant⁷⁹⁷. Dès lors, elle refuse de soumettre le créancier bénéficiaire d'une telle sûreté à

⁷⁹⁴ La Cour de cassation a admis que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui puisse se prévaloir d'un recours à l'encontre de ses cofidés : Cass. 1^e civ., 25 oct. 1977, Bull. civ. I, n° 388. Cette solution est approuvée par Ph. Simler, *J.-Cl. civ.*, art. 2288 à 2320, fasc. 55, n° 10 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 924, n° 1301. Les mêmes auteurs admettent également que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui doit bénéficier tant d'un recours personnel que d'un recours subrogatoire à l'encontre du débiteur, sur le fondement des articles 2305 et 2306 c. civ. prévus en matière de cautionnement. En ce sens : Ph. Simler, *J.-Cl. civ.*, art. 2288 à 2320, fasc. 50, n° 13 et 43 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 923, n° 1300 : les auteurs se fondent sur « l'équivalence des situations de la caution personnelle et du constituant d'une sûreté pour autrui ». La Cour de cassation a encore admis que le constituant puisse se prévaloir du bénéfice de subrogation : Cass. 1^e civ., 23 nov. 1954, Bull. civ. I, n° 331 ; Cass. com., 17 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 115. En effet, le bénéfice de subrogation prévu pour les cautions à l'art. 2314 c. civ. est un mécanisme qui repose sur l'existence d'un recours subrogatoire à l'encontre du débiteur.

⁷⁹⁵ Cass. com., 24 mars 2009, Bull. civ. IV n° 43 ; *D.* 2009, p. 1661, note N. Borga ; *D.* p. 943, note V. Avena-Robardet ; *RTD com.*, p. 245, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 21 mai 2009, n° 141, p. 9, note S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 12 sept. 2009, n° 255, p. 12, note B. Bury ; *Rev. proc. coll.* juill. 2009, comm. 100, note A. Martin-Serf ; *JCP éd. G* n° 21, mai 2009, II, 10091, note. A. Gourio ; *JCP éd. E* n° 16-17, 16 avr. 2009, 1399, note D. Legeais ; *RLDC* n° 63, sept. 2009, note J.-J. Ansault.

⁷⁹⁶ Le risque, nécessaire à l'obligation de mise en garde des cautions pouvant résulter soit de l'inadaptation du crédit aux ressources du débiteur principal (Cass. com. 24 mai 2018, n° 17-16280, inédit ; Cass. 1^e civ. 16 mai 2018, n° 17-16782, inédit ; Cass. com., 7 février 2018, n° 16-18701, Inédit), soit du caractère excessif de l'engagement de la caution par rapport à ses capacités financières (Cass. 1^e civ., 26 sept. 2018, n° 17-16772, Inédit).

⁷⁹⁷ La formule de la Cour de cassation très clairement en ce sens : « la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et que, s'agissant d'une hypothèque sur un bien, elle est limitée à ce bien et nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant et aux risques de l'endettement né de l'octroi du crédit ; que la banque qui fait souscrire une telle sûreté n'est dès lors pas tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard du constituant, que celui-ci soit ou non averti ».

une obligation de mise en garde du constituant. Cette solution apparaît à l'analyse, doublement critiquable. D'une part, l'octroi d'une sûreté réelle pour autrui expose son constituant à un risque d'endettement et même d'insolvabilité⁷⁹⁸. D'autre part, l'obligation de mise en garde de la personne qui consent une sûreté pour autrui serait justifiée, même si elle ne faisait pas naître de risque d'endettement, dès lors qu'elle entraîne, *a minima*, le risque pour le constituant de perdre le bien objet de la sûreté⁷⁹⁹.

395. Contenu de l'obligation de mise en garde dépendant de son endettement potentiel.

L'obligation de mise en garde peut être divisée. Un premier aspect de cette obligation impose au créancier d'avertir la caution si elle s'engage de manière excessive⁸⁰⁰. Une distinction doit alors être faite entre l'engagement excessif de la caution par rapport à ses facultés de paiement et l'engagement disproportionné de la caution. L'engagement excessif oblige le créancier à mettre en garde la caution, alors que l'engagement disproportionné est interdit dès lors que la caution est une personne physique engagée envers un créancier professionnel. La distinction entre l'excès et la disproportion manifeste semble être une question de degré. La disproportion manifeste du cautionnement par rapport aux facultés paiement de la caution relève de l'évidence⁸⁰¹. Elle est plus importante que l'engagement excessif de la caution⁸⁰². Bien que logiques, ces solutions sont incertaines. L'obligation de mise en garde et l'exigence de proportionnalité ont d'ailleurs été confondues un temps en jurisprudence⁸⁰³.

396. Contenu de l'obligation de mise en garde indépendant de son endettement potentiel. Un

second aspect de l'obligation de mise en garde impose au créancier d'avertir la caution de l'existence du risque de la défaillance du débiteur principal résultant de l'inadaptation du crédit

⁷⁹⁸ v. n° 386.

⁷⁹⁹ Ce risque ne peut être nié, v. notamment : M. Grimaldi, note sous Cass 1^e civ., 11 avr. 1995, Bull. civ. I, n° 165, D. 1995, p. 327 : « S'il est vrai que l'affectation d'un bien en garantie est moins grave que son aliénation, c'est à la condition que ce soit en garantie de sa propre dette ; si c'est en garantie de la dette d'autrui, l'acte crée un risque d'appauvrissement sans contrepartie, qui, finalement, le rend aussi grave qu'un acte d'aliénation à titre gratuit ».

⁸⁰⁰ v. notamment : Cass. 1^e civ., 26 sept. 2018, n° 17-16772, Inédit. Sur les conditions du devoir de mise en garde : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 107 et s., n° 165.

⁸⁰¹ En ce sens sur l'importance du caractère manifeste de la disproportion : D. Houtcieff, « La disproportion du cautionnement : le manifeste de la Cour de cassation », *RDC* 2018, n° 2, p. 222 : « il est nécessaire que l'engagement soit sans rapport avec le patrimoine et que la disproportion crève les yeux » ; S. Piedelièvre, « cautionnement et disproportion », *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, n° 13, p. 26 : « la simple disproportion est insuffisante en elle-même ; il est nécessaire qu'elle soit également manifeste » ; F. Jacomino, « Cautionnement disproportionné du dirigeant : à l'impossible nul n'est tenu » *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299 : « l'adverbe « manifestement » semble induire une évidence dans la disproportion ».

⁸⁰² Sur la notion d'excès : D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ bibl. dr. privé, t. 432, 2004. Toutefois l'auteur ne conçoit d'excès que manifeste : « Sans doute l'excès peut-il, d'un point de vue fonctionnel, être distributif ou commutatif, ou, d'un point de vue matériel, quantitatif ou qualitatif. Mais il n'en demeure pas moins que, fondamentalement, l'excès n'est qu'un : il ne se conçoit que manifeste », p. 105, n° 107.

⁸⁰³ À une époque la Cour de cassation a confondu ces deux obligations mises à la charge du créancier : v. n° 118.

par rapport à ses facultés de paiement⁸⁰⁴. Ce second aspect de l'avertissement de la caution est justifié à chaque fois que l'engagement du débiteur principal est excessif par rapport à ses propres facultés de paiement. Ainsi, cet avertissement est utile, que l'engagement de la caution puisse être qualifié d'excessif ou non. Même si l'on admettait avec la Cour de cassation que les sûretés réelles pour autrui ne peuvent être source d'endettement du constituant, rien ne justifierait que cette seconde forme d'avertissement composant l'obligation de mise en garde ne soit pas due au constituant. En ce sens, certains auteurs ne contredisent pas l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle la constitution d'une sûreté réelle pour autrui ne fait naître aucun risque d'endettement, mais désapprouvent pourtant la solution retenue par la Cour de cassation⁸⁰⁵. La Cour de cassation ne nie par le fait que la sûreté réelle pour autrui fait au moins encourir au constituant le risque de perdre le bien remis en sûreté. Or, pour ces auteurs, l'existence d'un risque quelconque pesant sur le patrimoine du constituant, suffit à ce qu'ils méritent d'être mis en garde. Ainsi, ils ne conçoivent pas le risque d'insolvabilité comme la condition indispensable de la reconnaissance de l'obligation de mise en garde. À défaut de reconnaissance de l'endettement pouvant résulter de la constitution d'une telle sûreté, nous estimons avec ces auteurs que le seul risque de la perte d'un bien justifie la mise en garde du constituant.

397. Endettement résultant des sûretés réelles pour autrui. Peut également être contesté le postulat selon lequel la sûreté réelle pour autrui ne peut faire naître aucun endettement. Cette sûreté crée un risque de perte du bien grevé. Bien que ce risque soit circonscrit, la perte du bien peut entraîner le constituant dans la spirale de l'insolvabilité. Tel est le cas non seulement lorsque le bien offert en sûreté constitue la principale source de revenus du constituant mais également lorsque, en raison de la faible valeur des autres éléments d'actifs composant son patrimoine ou de l'importance de son passif, la perte d'un bien d'une valeur significative déséquilibre le patrimoine du constituant⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ v. notamment : Cass. com. 24 mai 2018, n° 17-16280, inédit ; Cass. 1^o civ. 16 mai 2018, n° 17-16782, inédit ; Cass. com., 7 février 2018, n° 16-18701, Inédit.

⁸⁰⁵ V. notamment : D. Legeais, « Cautionnement réel », *RD banc. et fin.* mai 2009, comm. 83 : « On peut dès lors admettre que la garantie soit nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant » et « Le garant, qu'il soit constituant d'une sûreté réelle ou caution, parce qu'il est extérieur n'a pas à sa disposition tous les éléments lui permettant de mesurer le risque pris en s'engageant ». v. également N. Borga, « Le "cautionnement réel" exclut le devoir de mise en garde », *D.* 2009, p. 1661 : « Une sûreté réelle est en effet nécessairement adaptée aux ressources de son constituant. Si l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 mars 2009 témoigne de cette idée simple, il lui fait sans doute jouer un rôle démesuré une fois accolée au devoir de mise en garde du créancier dispensateur de crédit ».

⁸⁰⁶ v. n° 427 et s.

398. **Avertissement personnalisé des cautions mises en garde.** Un auteur affirme toutefois que dès lors que le risque encouru par le constituant est précisément « identifié et circonscrit », il ne nécessite pas qu'une mise en garde soit exigée du créancier⁸⁰⁷. Cet auteur avance un argument qui semble pertinent lorsqu'il précise que l'avertissement du constituant ne pourrait être, en matière de sûreté réelle pour autrui, qu'un « avertissement standard »⁸⁰⁸. Pourtant, l'obligation de mise en garde à laquelle est tenu le créancier bénéficiant d'un cautionnement correspond à une information personnalisée⁸⁰⁹. L'information donnée à la caution dépend, en effet, de sa situation propre et du risque réellement encouru par elle, en considération de la créance garantie et de ses capacités financières. Si cet argument est intéressant, il ne constitue pas un obstacle dirimant à la reconnaissance d'une obligation de mise en garde à la charge du créancier bénéficiant d'une sûreté réelle pour autrui. Au contraire, il est possible de s'appuyer sur les éléments relevés par cet auteur pour préciser l'objet de la mise en garde du constituant d'une sûreté réelle pour autrui. Le constituant comme la caution devrait être averti des risques engendrés par son engagement. Il s'agirait de lui faire prendre conscience de l'importance du bien au sein de son patrimoine soit de la participation de son bien à son équilibre financier. Il s'agirait également de lui faire prendre conscience des conséquences qui pourraient résulter de la perte de son bien.

399. **Mise en garde réservée aux garants non avertis.** Rappelons que seules les cautions non averties bénéficient de la mise en garde⁸¹⁰, de sorte que si cette règle était étendue aux sûretés réelles pour autrui, seuls les constituants non avertis en bénéficieraient⁸¹¹. Or, les constituants non avertis pourraient sous-estimer les conséquences de la perte d'un de leur bien. À l'image de la caution non avertie qui ne réalise pas qu'elle offre au créancier la possibilité de saisir ses biens pour apurer la dette du débiteur principal. Un auteur rappelle judicieusement qu'en offrant une sûreté réelle pour autrui, le constituant limite sa propre capacité à accéder au crédit⁸¹². En effet, le bien grevé d'une sûreté garantissant la dette d'un tiers, ne pourra plus être offert à ses

⁸⁰⁷ A. Gourio, « Le risque, fondement du devoir de mise en garde du banquier prêteur » *JCP éd. G* n° 21, 20 mai 2009, II, 10091.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁰⁹ Sur l'objet du devoir de mise en garde de la caution : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 104, n° 163.

⁸¹⁰ Depuis Cass. ch. mixte, 29 juin. 2007, Bull. ch. mixte, n° 07. Dans le même sens v. notamment : Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-15937, inédit ; Cass. com., 9 mai 2018, n° 17-10918, inédit.

⁸¹¹ Sur la notion de caution non averties : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 105 et s., n° 164. Cette conception des cautions non averties serait transposée aux constituants.

⁸¹² N. Borga, « Le "cautionnement réel" exclut le devoir de mise en garde », *D.* 2009, p. 1661.

propres créanciers en échange de l'octroi d'un prêt. Il est fort probable que le constituant non averti ne mesure pas l'ampleur de cette conséquence.

400. Argument similaire justifiant le refus d'étendre la règle de proportionnalité. Toutefois, pour la Cour de cassation, la prétendue impossibilité pour le constituant de s'endetter justifie le refus d'étendre l'obligation de mise en garde des cautions aux constituants de sûretés réelles pour autrui. Un argument similaire a été invoqué par la Cour de cassation lorsqu'elle a refusé d'étendre l'exigence de proportionnalité du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui. Précisément, ce refus résulte de la prétendue impossibilité matérielle pour la sûreté réelle pour autrui d'être disproportionnée aux facultés contributives du constituant.

B. Le refus d'étendre la règle de proportionnalité

401. Proportionnalité prétendument infaillible des sûretés réelles pour autrui. Le refus de la Cour de cassation d'étendre l'exigence de proportionnalité du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui est justifié par la prétendue proportionnalité infaillible de ces sûretés. C'est, en effet, parce qu'elle estimait que la sûreté réelle pour autrui ne pouvait être disproportionnée aux biens et revenus du constituant, que la première chambre civile de la Cour de cassation a refusé que l'exigence de proportionnalité du cautionnement soit appliquée aux sûretés réelles pour autrui dans un arrêt du 7 mai 2008⁸¹³. Retenant la même justification, la cour d'appel de Paris avait déjà statué en ce sens près de dix ans auparavant⁸¹⁴. Ce refus a été constamment confirmé depuis⁸¹⁵, la Haute juridiction n'étant jamais revenu sur sa solution, ni sur son fondement. Le raisonnement suivi par la Cour de cassation est extrêmement simple. Elle part du constat que le bien objet de la sûreté réelle est le seul qui puisse être saisi par le bénéficiaire de la sûreté. Lorsqu'elle compare l'importance de l'engagement du constituant et « les biens et revenus » dont il dispose, elle compare la valeur du bien remis en sûreté et les « biens et revenus » dont dispose le constituant. Partant, elle affirme que cette comparaison ne peut en aucun cas faire

⁸¹³ Cass. 1^e civ. 7 mai 2008, Bull. civ. I, n° 125 ; *RTD civ.* 2008, p. 700, note P. Crocq ; *D.* 2008, p. 2036, note S. Piedelièvre ; *JCP éd. G* 2008, IV, 2020.

⁸¹⁴ CA Paris 11 mars 1999 ; Ph. Simler, *J.-Cl. civil*, art. 2288 à 2320, fasc. 40, n° 61.

⁸¹⁵ Cass. 1^e civ., 1^e juill. 2009, n° 07-18824 ; *JCP éd. E* 2009, 2020, note Routier ; *RDC* 2008, p. 1285, obs. A. Aynès ; Cass. 1^e civ. 5 nov. 2009 : n° 08-14425 ; *contrats, conc. consom.* 2010, comm. 59, obs. Raymond : en l'espèce la Cour de cassation a refusé de suivre la position de la CA de Nîmes avait admis la disproportion car la caution hypothécaire ne disposait plus que de l'usufruit du bien. En outre, la Cour de cassation rappelle que « la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers, n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire la dette d'autrui, n'est pas un cautionnement et que, s'agissant d'une hypothèque sur des biens, elle est limitée à ces biens et nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant » pour exclure toute obligation de mise en garde du constituant de la part du créancier : Cass. com., 9 févr. 2010, inédit, n° 08-21725 ; *RD banc. et fin.* 2010, comm. 188, obs. A. Cerles ; Cass. 1^e civ. 5 nov. 2009 : n° 08-14425 ; *CCC.* 2010, comm. 59, obs. Raymond.

apparaître de disproportion intolérable. Le bien offert en sûreté ne peut être d'une valeur sans commune mesure avec l'actif composant le patrimoine du constituant, ce bien étant lui-même un élément de cet actif⁸¹⁶.

402. Disproportion impossible en apparence. Le constituant dispose d'une option quant au mode d'exécution de son obligation. En vertu de cette option, le constituant peut soit remettre au créancier le bien objet de la sûreté réelle pour autrui, soit payer le créancier et conserver la propriété de son bien⁸¹⁷. Dans la première de ces hypothèses le constituant est dessaisi d'un bien. Ce bien, qui faisait partie de son patrimoine, ne peut être d'une valeur disproportionnée à ses « biens et revenus ». Il est évident que l'un des actifs du constituant ne peut être d'une valeur disproportionnée par rapport à l'ensemble des éléments composant son actif. Le bien remis en sûreté étant inclus dans l'actif du constituant, ne peut être d'une valeur supérieure à cet actif. Dans la seconde hypothèse, le constituant paye le créancier dans le but de conserver la propriété du bien remis en sûreté. Dans cette hypothèse, le constituant n'est tenu de payer le créancier que dans la double limite de la valeur du bien offert en sûreté et de la dette du débiteur. Cette solution logique avait été solennellement affirmée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans sa jurisprudence de 2002⁸¹⁸. Il en résulte que, même si le constituant choisit de payer le créancier, la somme versée par lui ne peut être disproportionnée « à ses biens et revenus ». En effet, la somme ne peut être largement supérieure à l'actif total du constituant dès lors que, dans l'actif du constituant, se trouve un bien d'une valeur au moins équivalente à la somme versée au créancier. Cette solution resterait valable même si le constituant ne disposait pas des liquidités suffisantes pour s'acquitter immédiatement de son obligation envers le créancier. Dans une telle hypothèse, le constituant dispose toujours dans son patrimoine d'un actif d'une valeur égale à la somme qu'il choisit de payer au créancier. Ainsi, la somme payée ne peut être qualifiée de disproportionnée par rapport à ses biens et revenus.

403. Solution approuvée en doctrine. Les solutions ainsi énoncées semblent évidentes. Cette évidence explique que la Cour de cassation rejette l'exigence de proportionnalité en matière de sûreté réelle pour autrui et que la grande majorité des auteurs s'accordent pour admettre, sans même s'y attarder, que la disproportion d'une telle sûreté est impossible. Il est possible

⁸¹⁶ En ce sens notamment : P. Crocq, « La sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent », *RTD civ.* 2008, p. 700.

⁸¹⁷ v. n° 380 et s.

⁸¹⁸ À l'époque, la Cour de cassation avait admis que la caution réelle était tenue sur l'ensemble de ses biens mais « dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés », Cass. 1^{er} civ. 15 mai 2002, Bull. civ. I, n° 127, *supra* : cette limite demeure aujourd'hui lorsque le constituant choisit de payer le créancier afin de conserver son bien.

d'observer que le raisonnement n'est remis en cause par les auteurs que de manière exceptionnelle.

§ 2 : L'appréciation doctrinale du régime des sûretés réelles pour autrui

404. Approbation générale inhabituelle. Les auteurs émettent des avis divergents concernant l'application des autres règles du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui (I). Néanmoins, un consensus remarquable entoure la solution jurisprudentielle ayant refusé l'application de la règle de proportionnalité aux constituants de sûretés réelles pour autrui (II).

I. Les avis contrastés des auteurs

405. Application ponctuelle des règles du cautionnement. À la suite de l'arrêt rendu en chambre mixte par la Cour de cassation le 2 décembre 2005, les règles du cautionnement auraient dû être systématiquement rejetées en présence de sûretés réelles pour autrui. Pourtant la jurisprudence a admis que certaines règles applicables aux cautions puissent bénéficier aux constituants de sûretés réelles pour autrui⁸¹⁹. C'est pourquoi, de nombreux auteurs ont tenté de rationaliser le choix d'admettre l'application de certaines règles du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui⁸²⁰.

406. Règles ne résultant pas du caractère personnel du cautionnement. Certains de ces auteurs ont proposé que soient appliquées aux sûretés réelles pour autrui les règles du cautionnement ne résultant pas de son caractère personnel⁸²¹. Le raisonnement suivi par ces auteurs est respectueux de la solution énoncée par la chambre mixte de la Cour de cassation en 2005. Précisément, ces auteurs prennent acte du fait que les sûretés réelles pour autrui sont considérées comme des sûretés présentant une nature uniquement réelle. Ils en déduisent logiquement que toutes les règles du cautionnement découlant de la nature personnelle du

⁸¹⁹ Apparaît dès lors insuffisant le raisonnement selon lequel : « Dès lors que l'hypothèque consentie en garantie de la dette d'autrui est une sûreté réelle, et n'emprunte aucune règle du cautionnement, il est parfaitement logique d'exclure l'exigence de proportionnalité requise entre le montant du cautionnement et les biens et revenus de la caution » exposé par G. Piette, « Sûretés réelles et proportionnalité », *LexbaseHebdo* édition privée, n° 350 du 14 mai 2009.

⁸²⁰ v. notamment : J. Lelieur, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui » *RRJ* 2007-3, p.1235 ; Ch. Albigès, « Application ponctuelle du droit du cautionnement à une sûreté réelle souscrite pour garantir la dette d'autrui », *Gaz. Pal.* 2011, n° 167, p. 9 ; A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285 ; Ch. Gijsbers, « Persiste et signe : la sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui n'est pas un cautionnement ! », *Deffrénois* 2016, n°18, p. 933.

⁸²¹ J. Lelieur, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Ch. Albigès, *op. cit.*, *loc. cit.* : selon qui l'exclusion des règles du cautionnement « s'impose lorsque les règles invoquées par le garant, comme l'exigence de proportionnalité ou le devoir de mise en garde, sont directement liées au caractère personnel du cautionnement ».

cautionnement ne pourront être appliquées aux sûretés réelles pour autrui. Toutefois, la solution de 2005 n'est pas parfaitement conforme à la réalité puisqu'elle gomme la nature hybride des sûretés réelles pour autrui en faisant fi de l'absence d'identité du constituant et du débiteur. Ainsi, la proposition des auteurs fondée sur cette solution semble nécessairement contestable. En effet, les sûretés réelles pour autrui présentent des similitudes avec les sûretés personnelles. Le fait que le créancier bénéficiant d'une sûreté réelle pour autrui, ne soit pas autorisé à saisir n'importe quel bien du constituant, ne rompt pas toute ressemblance dans l'exécution des sûretés réelles pour autrui et des sûretés personnelles. Un auteur a notamment mis en évidence l'existence d'un pouvoir de contrainte du créancier⁸²². Ainsi, il ne semble pas pertinent que toutes les règles du cautionnement découlant de la nature personnelle de cette sûreté soient exclues en matière de sûretés réelles pour autrui. La solution proposée par ces auteurs est conforme à l'état de la jurisprudence, qui assimile les sûretés réelles pour autrui à des sûretés réelles ordinaires, mais le bienfondé de cette jurisprudence peut être questionné⁸²³.

407. Question de la justification de la règle de proportionnalité du cautionnement. Si le raisonnement de ces auteurs était suivi, toutes les règles du cautionnement découlant de son caractère personnel seraient exclues en matière de sûretés réelles pour autrui, alors que les autres règles du régime du cautionnement leur seraient appliquées. Faudrait-il admettre que l'exigence de proportionnalité du cautionnement soit qualifiée de règle découlant du caractère personnel du cautionnement ? Le professeur Christophe Albigès soutient cette analyse et affirme que l'exigence de proportionnalité du cautionnement découle du caractère personnel de cette sûreté, ce qui expliquerait l'inapplication de cette règle aux sûretés réelles pour autrui⁸²⁴. Selon lui, c'est uniquement parce que la caution est tenue sur l'ensemble de son patrimoine qu'elle court le risque de s'endetter en exécutant son cautionnement. Or, c'est ce risque qui justifie la protection offerte par l'exigence de proportionnalité. Le raisonnement suivi est

⁸²² F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP éd. N* janv. 1986, n° 4, 24, 100093.

⁸²³ Critiques des auteurs qui regrettent que soit niée la nature particulière des sûretés réelles qui ne sont pas directement consenties par le débiteur à son créancier. v. notamment Ch. Gisjbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, p. 69, n°71 ; l'auteur affirme à propos des sûretés réelles pour autrui : « cette figure juridique recèle en effet une dimension tout à fait étrangère aux "pures" sûretés réelles qui est d'être un acte d'endettement pour autrui » ; V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 912, n° 1286, évoquent « la spécificité difficilement niable que semble imprimer la personne du constituant à cette figure juridique » ; Ph. Simler, « Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP* 2006. I. 172.

⁸²⁴ Ch. Albigès, « Application ponctuelle du droit du cautionnement à une sûreté réelle souscrite pour garantir la dette d'autrui », *Gaz. Pal.* 2011, n° 167, p. 9. L'auteur affirme que le fait d'écarter systématiquement les règles du cautionnement en présence d'une sûreté réelle pour autrui « s'impose lorsque les règles invoquées par le garant, comme l'exigence de proportionnalité ou le devoir de mise en garde, sont directement liées au caractère personnel du cautionnement ».

intéressant mais nous ne pouvons aboutir à la même conclusion dès lors que nous estimons que la sûreté réelle pour autrui, bien que limitée quant à son assiette, est susceptible de causer l'insolvabilité du constituant⁸²⁵. Ainsi, contrairement à cet auteur, nous ne pensons pas que ce soit le caractère personnel de l'engagement de la caution qui fasse naître pour elle un risque d'insolvabilité. Deux conséquences doivent être tirées de cette affirmation. D'une part, les règles du cautionnement résultant du caractère personnel de cette sûreté devaient être distinguées des autres, nous ne classerions pas dans cette première catégorie l'exigence de proportionnalité du cautionnement. Et d'autre part, puisque l'exigence de proportionnalité est justifiée par la volonté d'éviter que la caution n'encoure le risque de se trouver en situation d'insolvabilité, cette règle pourrait être utile pour éviter l'insolvabilité des constituants de sûretés réelles pour autrui bien que ces derniers ne s'engagent pas personnellement. En définitive, si l'application des règles du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui dépendait de leur lien avec le caractère personnel du cautionnement, il semble que l'exigence de proportionnalité devrait être appliquée aux sûretés réelles pour autrui.

408. Extension des règles liées à l'existence d'un engagement pour autrui. Le professeur Augustin Aynès propose une règle différente de partage entre les règles du cautionnement qui devraient ou non être appliquées aux sûretés réelles pour autrui⁸²⁶. Selon lui, il conviendrait « de distinguer entre celles de ces règles qui s'expliquent par le fait que le "garant" s'engage à payer la dette du débiteur principal – et n'ont donc aucune raison de s'appliquer aux sûretés réelles pour autrui – et celles qui trouvent leur justification dans le fait que le "garant" souscrit un engagement pour autrui quelle qu'en soit la nature, réelle ou personnelle ». L'affirmation semble difficilement contestable. Il est toutefois difficile de départager les règles qui s'expliquent par le fait que le cautionnement constitue une obligation de payer la dette du débiteur principal et celles qui sont justifiées par le fait que la caution consent un engagement pour autrui. Bien que cet auteur propose que les sûretés réelles pour autrui empruntent certaines règles aux sûretés personnelles, il ne se montre pas favorable à l'application de l'exigence de proportionnalité à ces sûretés. Selon lui l'exigence de proportionnalité du cautionnement est justifiée par le fait « que le "garant" s'engage à payer la dette du débiteur principal »⁸²⁷. Pourtant, il nous semblerait plus juste d'affirmer que l'exigence de proportionnalité du cautionnement est justifiée par « le fait que le "garant" souscrit un engagement pour autrui

⁸²⁵ v. n° 386.

⁸²⁶ A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285.

⁸²⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

quelle qu'en soit la nature, réelle ou personnelle ». En effet, le but du législateur est de lutter contre l'insolvabilité de la caution. Or, le risque d'insolvabilité résulte de l'engagement pour autrui, quelle qu'en soit la nature. En s'engageant à garantir la dette d'un tiers, quelle que soit la forme prise par cet engagement, le garant engage un ou plusieurs de ses biens dont la perte peut être à l'origine d'une situation d'insolvabilité. Il est à noter d'ailleurs que le garant autonome et l'émetteur d'une lettre d'intention ne s'engagent pas davantage à payer la dette du débiteur principal. Or l'extension de la règle de proportionnalité à ces sûretés apparaît moins discutable⁸²⁸.

409. Extension des règles protégeant les garants du risque d'insolvabilité d'autrui. Le professeur Charles Gijbers semble suivre un raisonnement similaire pour exclure la règle de proportionnalité des règles méritant d'être étendues aux sûretés réelles pour autrui. Il affirme que le régime du cautionnement devrait être applicable aux sûretés réelles pour autrui « dans tous les aspects de ce régime qui trouvent leur justification dans le fait qu'en garantissant la dette d'autrui, la caution expose sa richesse au risque d'insolvabilité d'autrui »⁸²⁹. Étrangement cet auteur ne classe pas l'exigence de proportionnalité parmi ces règles⁸³⁰. L'exigence de proportionnalité du cautionnement n'est-elle pas une règle justifiée par « le fait qu'en garantissant la dette d'autrui, la caution expose sa richesse au risque d'insolvabilité d'autrui » ? Il ne semble pas possible de répondre à cette question par la négative. L'exigence de proportionnalité du cautionnement a pour objectif de protéger la caution de l'insolvabilité auquel pourrait la mener la défaillance du débiteur principal. Une faille est ainsi identifiée dans le raisonnement suivi par cet auteur. Ce constat met en lumière le fait que l'exigence de proportionnalité est systématiquement écartée en matière de sûretés réelles pour autrui, quelle que soit la ligne de répartition des règles retenue par les différents auteurs.

410. Rejet systématique de l'extension de l'exigence de proportionnalité. Tous les auteurs qui proposent une règle permettant de classer les règles issues du régime du cautionnement comme devant ou non être appliquées aux sûretés réelles pour autrui affirment que l'exigence de proportionnalité doit rester cantonnée au régime du cautionnement. Il est frappant également que même les auteurs qui revendiquent une application générale du régime du cautionnement

⁸²⁸ Le garant autonome s'engage à payer une créance autonome s'il y est appelé par le bénéficiaire et l'émetteur d'une lettre d'intention souscrit une obligation de faire ou de ne pas faire.

⁸²⁹ Ch. Gijbers, « Persiste et signe : la sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui n'est pas un cautionnement ! », *Deffrénois* 2016, n°18, p. 933.

⁸³⁰ L'auteur vise notamment bénéfice de discussion, formalisme légal, bénéfice de subrogation, obligation d'information annuelle.

aux sûretés réelles pour autrui excluent de leur raisonnement les règles du cautionnement qu'ils jugent incompatibles avec les particularités des sûretés réelles pour autrui et classent parmi ces règles l'exigence de proportionnalité du cautionnement⁸³¹. Ainsi, le rejet de la règle de proportionnalité est unanime même si tous les auteurs ne s'accordent pas quant à la frontière entre les règles du cautionnement qui doivent être appliquées aux sûretés réelles pour autrui et celles qui doivent rester propres au cautionnement. Au milieu de ces débats, des auteurs se gardent de toute généralisation et étudient l'applicabilité aux sûretés réelles pour autrui de règles isolées appartenant au régime du cautionnement.

411. Avis divergents concernant l'extension du devoir de mise en garde. Rappelons que tous les auteurs ne portent pas le même jugement sur le refus d'exiger des créanciers bénéficiant de sûretés réelles pour autrui une mise en garde des constituants. Les auteurs qui approuvent cette solution suivent le raisonnement de la Cour de cassation et affirment que les sûretés réelles pour autrui ne font naître aucun risque d'endettement⁸³². D'autres auteurs estiment que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui a besoin de la protection que constitue la mise en garde⁸³³. Ainsi, le bien fondé du refus d'admettre la protection du constituant par la mise en garde a été questionné en doctrine. Le contraste est frappant entre les débats et interrogations portant sur l'application aux sûretés réelles pour autrui des autres règles issues du régime du cautionnement et le consensus relatif au refus de protéger le patrimoine des constituants de sûretés réelles pour autrui par l'exigence de proportionnalité.

⁸³¹ Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, p. 72, n° 74. L'auteur encourage l'application aux sûretés réelles pour autrui de nombreuses règles du cautionnement tel que le bénéfice de discussion, le bénéfice de division, les recours après paiement, l'opposabilité des exceptions, le bénéfice de subrogation, le formalisme et les devoirs d'informations imposés au créancier par le Code de la consommation mais il n'évoque pas parmi ces règles l'exigence de proportionnalité.

⁸³² v. notamment : A. Gourio, « Le risque fondement du devoir de mise en garde du banquier prêteur », *JCP éd. G* mai 2009, n°21, II 10091 : « Certes, le constituant prend un risque, celui de perdre le bien donné en garantie. Mais ce risque correspond à ses capacités financières puisque, par définition, il possède le bien et que l'exécution de la sûreté, limitée à ce bien, ne sera pas susceptible d'affecter le reste de son patrimoine ».

⁸³³ N. Borga, « Le "cautionnement réel" exclut le devoir de mise en garde », *D.* 2009, p. 1661. Il est à noter que cet auteur critique le refus de faire bénéficier le constituant de l'obligation de mise en garde, alors même qu'il considère tout comme la Cour de cassation que la constitution d'une sûreté réelle pour autrui ne fait encourir aucun risque d'insolvabilité : « Alors même qu'elles ne sont pas une source d'endettement, ces garanties sont porteuses d'un risque spécifique pour le constituant qui justifierait qu'elles s'accompagnent d'une mise en garde » ; D. Legeais, « Cautionnement réel », *RD banc. et fin.* mai 2009, comm. 83. L'auteur démontre que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui prend un risque et en conclue qu'il mérite d'être mis en garde quant à l'existence de ce risque : « Le risque lié à la garantie tient cependant à la qualité de tiers à l'opération. Le garant, qu'il soit constituant d'une sûreté réelle ou caution, parce qu'il est extérieur n'a pas à sa disposition tous les éléments lui permettant de mesurer le risque pris en s'engageant ».

II. L'approbation majoritaire du refus d'admettre la disproportion

412. **Rejet instinctif de la règle de proportionnalité.** Le refus de protéger le patrimoine des constituants de sûretés réelles pour autrui par l'exigence de proportionnalité est approuvé de façon quasi unanime par les auteurs⁸³⁴. Certains auteurs avaient préconisé cette solution avant même que la Cour de cassation statue en ce sens⁸³⁵. Cependant, la plupart des auteurs se laissent convaincre par l'évidence apparente de la solution retenue en jurisprudence et ne s'attardent pas sur le bien-fondé du raisonnement suivi⁸³⁶. Certains d'entre eux constatent que l'engagement du constituant, tout en étant limité au bien remis en sûreté, peut être conséquent en raison de l'importance de ce bien dans le patrimoine du constituant⁸³⁷. Ils perçoivent donc

⁸³⁴ Ce rejet de la règle de proportionnalité est approuvé notamment par Ph. Dupichot dans sa thèse : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 614, n° 807 : « le régime du cautionnement réel doit tirer certaines conséquences de ce qu'un cautionnement a été conventionnellement allié à une sûreté réelle : son originalité s'accommode de l'application de certaines règles du droit du cautionnement. Ainsi les règles ayant pour *ratio legis* de prévenir de l'endettement pour autrui devront lui être appliquées ». L'auteur rejette l'extension de la règle de proportionnalité au cautionnement réel alors même qu'il se positionne en faveur de l'extension de diverses règles du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui et en particulier des règles ayant pour objectif de lutter contre l'insolvabilité des cautions. Un seul auteur fait exception en affirmant que « La solution devrait cependant être nuancée lorsque le capital engagé par la sûreté réelle est le seul capital du constituant et lorsqu'il est à l'origine de ses revenus et lui permet de vivre. Dans ce cas, la sûreté réelle peut être disproportionnée ». Mais il ne justifie pas cette pensée. : M. Mignot, « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente », *JCP éd. N* oct. 2012, n° 40, 1340.

⁸³⁵ V. Bonnet, « Le cautionnement réel n'était réellement pas un cautionnement », *D.* 2006, p. 1543 : « Les règles sanctionnant l'engagement disproportionné de la caution ne devraient, en revanche, pas devoir s'appliquer dans la mesure où le tiers constituant, par hypothèse, s'engage - réellement - toujours sur un bien dont il est propriétaire, donc en proportion avec son patrimoine ».

⁸³⁶ Ch. Albigès, « Réaffirmation de la non-application du droit du cautionnement à une sûreté réelle souscrite pour garantir la dette d'autrui », *Gaz. Pal.* 16 fév. 2016, n° 07, p. 29 : « L'étendue de cette dette est nécessairement conforme aux capacités financières du garant » ; V. Bonnet, « Le cautionnement réel n'était réellement pas un cautionnement », *D.* 2006, p. 1543 ; G. Piette, « Sûretés réelles et proportionnalité », *Lexbase Hebdo* édition privée 14 mai 2009, n° 350 ; Ph. Théry, « Droit des sûretés et voies d'exécution », *Défrenois* 2009, n° 19, p. 2080 : « A la différence d'un cautionnement personnel, la disproportion n'est donc jamais possible » ; Ch. Gijsbers, « Persiste et signe : la sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui n'est pas un cautionnement ! », *Défrenois* 2016, n° 18, p. 933 : « principe de proportionnalité dont les conditions ne seront, par hypothèse, jamais remplies » ; N. Borga, « Le "cautionnement réel" exclut le devoir de mise en garde », *D.* 2009, p. 1661 : selon qui « il va de soi que la sûreté réelle pour autrui est adaptée aux capacités financières du constituant et aux risques de l'endettement ».

⁸³⁷ V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 921 et s., n° 1298. Les auteurs constatent que les solutions sont sévères : le constituant ne bénéficiant ni de la règle de la proportionnalité, ni de l'obligation de mise en garde. Ils parlent néanmoins d'une solution parfaitement justifiée et précisent que cette rigueur est compensée par des règles du droit commun des obligations ; G. Piette, « Sûretés réelles et proportionnalité », *Lexbase Hebdo* édition privée 14 mai 2009, n° 350 : l'auteur affirme que « le raisonnement est logique. Le constituant s'engage à hauteur de la valeur du bien grevé. Puisqu'il en est propriétaire, il est inconcevable que son engagement soit disproportionné à son patrimoine ». Pourtant l'auteur constate que le constituant peut se trouver en situation d'insolvabilité de sorte que cette solution engendre une lacune dans la protection de ce garant ; A. Gouézel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678. Ces auteurs se posent la question : « est-il vraiment inconcevable qu'une sûreté réelle pour autrui, qui porterait par exemple sur la résidence principale, seule richesse de la caution réelle, puisse être jugée disproportionnée par certains juges poussés par le vent de protection des cautions ? » Néanmoins, ils s'opposent à l'application de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui. Ils affirment qu'il pourrait être « prudent d'en exclure expressément l'application à la caution réelle » lorsqu'entrera en vigueur l'article 2291 de l'avant-projet de réforme de la commission Grimaldi présenté en 2017.

le malaise généré par le refus systématique de la Cour de cassation d'évaluer la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Pourtant, ces auteurs ne questionnent pas le raisonnement suivi par la Cour de cassation. Ils constatent une lacune dans la protection du constituant, mais n'envisagent pas que l'exigence de proportionnalité puisse la combler.

413. Critiques isolées du raisonnement des juges. Le professeur Philippe Simler affirme à propos de la solution de la Cour de cassation selon laquelle les sûretés réelles pour autrui sont nécessairement proportionnées aux facultés de paiement des constituants que « cette pétition de principe n'est pas pleinement convaincante »⁸³⁸. Il précise sa pensée en mettant en évidence une incohérence. Il rappelle que la règle de l'article L.711-1 du Code de la consommation⁸³⁹ précise que le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne doit pas s'opposer à ce qu'une personne soit dite en situation de surendettement de sorte que « la propriété de la résidence principale, de valeur égale ou même supérieure au passif exigible, n'empêche pas de reconnaître le surendettement du débiteur »⁸⁴⁰. Il s'étonne alors que la même propriété d'une résidence principale soit « exclusive par principe de la disproportion lorsqu'elle est grevée d'une sûreté réelle au profit d'un créancier du débiteur principal »⁸⁴¹. Cette rare interrogation quant au bien-fondé de la solution retenue par la Cour de cassation a été précédée par celle du professeur Augustin Aynès qui a analysé la solution de la Cour de cassation de façon plus approfondie⁸⁴². Comme la majorité des auteurs, il constate dans un premier temps que la solution de la Cour de cassation semble fondée⁸⁴³. Toutefois, il relève que la formule de la Cour de cassation selon laquelle la sûreté réelle pour autrui « limitée au bien hypothéqué [...] est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son souscripteur »⁸⁴⁴ indique que la Cour de cassation fait un lien entre le caractère limité de la sûreté consentie et sa

⁸³⁸ Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 898, n° 884.

⁸³⁹ Anc. art. L. 330-1, al. 1 selon lequel : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée ».

⁸⁴⁰ Ph. Simler, *op. cit.*, p. 898, n° 884.

⁸⁴¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁴² A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285.

⁸⁴³ *Ibid.*, *loc. cit.* : « À première vue, l'affirmation paraît convaincante. Il est exact que, par nature, l'engagement résultant d'une sûreté réelle ne peut excéder l'actif du constituant. Ce dernier ne peut jamais engager plus que ce qu'il a. Même lorsque la sûreté porte sur une chose future, comme cela est désormais possible, le bien ne sera grevé qu'une fois entré dans le patrimoine du débiteur ».

⁸⁴⁴ Cass. 1^e civ. 7 mai 2008, Bull civ. I, n° 125, *supra*.

proportionnalité. La sûreté consentie est effectivement limitée en ce sens que le constituant offre seulement au créancier la possibilité de saisir l'un de ses biens. Selon la Cour de cassation, cette limite implique nécessairement que la sûreté réelle pour autrui soit proportionnée aux facultés de contribution du constituant. Pourtant, le simple fait que le constituant ne soit pas tenu sur l'ensemble de ses biens est insuffisant à démontrer que la sûreté qu'il consent présente un caractère proportionné⁸⁴⁵.

414. Question de l'utilité de la règle de proportionnalité. La méthode retenue par cet auteur pour savoir si une sûreté réelle pour autrui peut être qualifiée ou non de disproportionnée est intéressante. Il rappelle qu'en exigeant que le cautionnement soit proportionné « aux biens et revenus de la caution » le législateur comme les juges cherchent à éviter que la caution se trouve en situation d'insolvabilité. Dès lors, la finalité d'une telle exigence de proportionnalité est d'éviter l'insolvabilité de l'individu qui s'engage à garantir la dette d'un tiers⁸⁴⁶. Cet auteur répond ensuite à la question de savoir s'il est utile de poser une exigence de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Il se demande donc concrètement, si la constitution d'une sûreté réelle pour autrui génère un risque d'insolvabilité pour son constituant. La démarche qu'il suit semble parfaitement appropriée. Néanmoins, cette réflexion ne mène pas au résultat attendu puisque cet auteur affirme que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne peut se trouver en situation de surendettement en raison de l'exécution de cette sûreté⁸⁴⁷. Il en conclue, sans surprise, qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une exigence de proportionnalité de ces sûretés⁸⁴⁸. Il sera démontré au contraire que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui peut se trouver en situation d'insolvabilité en raison de l'exécution de son obligation. Et notre conclusion sera dès lors opposée à la sienne. Par suite, une extension de l'exigence de proportionnalité du cautionnement aux sûretés réelles consenties pour autrui sera proposée.

⁸⁴⁵ A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285 : pour bien distinguer le caractère limité de la sûreté réelle pour autrui de son caractère proportionné l'auteur précise « la notion de "proportion" évoque une idée d'équilibre. Or, on peut estimer que cet équilibre fait défaut lorsque, comme cela semblait être le cas en l'espèce, le bien affecté en garantie représente le seul actif du constituant et sa source essentielle de revenus. Un engagement pour autrui qui expose à perdre tout son actif ou presque peut-il être qualifié de "proportionné" ? ».

⁸⁴⁶ *Ibid.*, *loc. cit.* : « En d'autres termes, ce qui compte est que la caution ne soit pas tenue au-delà de ce qu'elle a, c'est-à-dire que le cautionnement ne conduise pas à son surendettement ». Nous retenons la même finalité de la règle de proportionnalité : v. n° 30.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, *loc. cit.* En effet l'auteur affirme que : « ce qui compte est que la caution ne soit pas tenue au-delà de ce qu'elle a, c'est-à-dire que le cautionnement ne conduise pas à son surendettement. Or, on l'a dit, en cas de sûreté réelle pour autrui, ce risque n'existe pas ».

⁸⁴⁸ L'auteur renouvelle son raisonnement à l'occasion d'un article consacré aux sûretés réelles pour autrui. Il précise que : « En cas de sûreté réelle pour autrui, ce risque [de surendettement] n'existe pas. Le garant ne sera jamais "tenue" au-delà de son actif ». v. A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », in *Christian Larroumet : liber amicorum*, Economica, 2010.

Section 2 : L'instauration nécessaire d'une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui

415.**Découverte d'une faille et proposition d'une solution.** Le refus d'admettre la disproportion d'une sûreté réelle pour autrui n'est pas satisfaisant. Des doutes seront émis quant à la justesse de cette solution. Ces doutes seront confirmés par la mise en évidence d'une faille au sein du raisonnement suivi par la Cour de cassation (§ 1). La remise en cause de l'exactitude de la solution de droit positif invitera à proposer l'extension de l'exigence de proportionnalité du cautionnement aux sûretés réelles consenties pour autrui (§ 2).

§ 1 : La disproportion potentielle des sûretés réelles pour autrui

416.**Insolvabilité possible du constituant.** Des doutes seront exposés quant à la justesse du raisonnement suivi par la Cour de cassation (I). Puis il sera démontré que la constitution d'une sûreté réelle pour autrui peut faire courir un risque d'insolvabilité à son constituant, alors même que l'engagement du constituant est limité à la valeur de l'un des biens lui appartenant (II).

I. Le questionnement de la justesse de la solution jurisprudentielle

417.**Mise en danger avérée des constituants.** La solution de principe rendue en 2007 fait naître un sentiment d'injustice qui est à l'origine de nos doutes quant à la pertinence du raisonnement suivi par la Cour de cassation (A). Ces doutes ont été renforcés par l'admission, dans un arrêt de 2011, d'une protection du patrimoine des sociétés à risque illimité constituant des sûretés réelles pour autrui (B). Cette protection de certaines personnes morales met, en effet, en évidence la lacune de protection des constituants personnes physiques.

A. Le danger encouru par les constituants

418.**Mise en danger avérée du constituant.** Il est des situations qui permettent de penser que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui peut se trouver en situation d'insolvabilité en raison de son engagement. Tel est le cas notamment lorsqu'au sein du patrimoine du constituant, l'actif est seulement équivalent au passif. Dans cette hypothèse, la perte du bien remis en sûreté rompt

l'équilibre patrimonial fragile, le passif devenant plus important que l'actif⁸⁴⁹. Tel est également le cas lorsque le constituant ne dispose que d'un bien de valeur dans son patrimoine⁸⁵⁰ ou lorsque le constituant tire ses revenus du bien remis en sûreté⁸⁵¹. Dans ces hypothèses, tout l'actif du constituant est offert au créancier dans le cadre de la sûreté réelle pour autrui. Il est intéressant de noter que tel était justement le cas dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt du 7 mai 2008 à l'occasion duquel la Cour de cassation a refusé d'admettre que la sûreté réelle consentie pour autrui puisse être disproportionnée⁸⁵². Il est pourtant évident dans ce cas qu'en perdant le bien remis en sûreté, le constituant perd, non seulement un élément d'actif, mais aussi sa source de revenus. Ainsi, la solution de la Cour de cassation en 2008 ne convainc pas. La Cour de cassation a affirmé que le constituant avait engagé uniquement sa maison et non ses revenus, alors qu'il tirait de ce bien immobilier 90 pourcents de ses revenus. Dans cette espèce, la distinction qui existe en théorie entre l'engagement d'un seul bien et celui de l'ensemble des revenus du constituant, est illusoire en pratique.

419. **Risque d'insolvabilité avéré.** Dans une telle situation, la perte de son bien par le constituant entraîne la perte non seulement d'un élément d'actif représentant une part importante de son patrimoine, mais également la perte de sa principale source de revenus. Contrairement au cas du débiteur qui rembourserait sa propre dette, le constituant se dépossède de ce bien sans diminuer son passif puisqu'il n'éteint pas de dette personnelle⁸⁵³. Une situation d'insolvabilité peut évidemment résulter de l'appel du constituant dans ces circonstances. L'absence de contrepartie à l'engagement pris par le garant explique que cet engagement puisse le placer en situation d'insolvabilité. Le constituant aura d'autant plus de difficulté à se sortir de cette situation financière qu'en perdant son bien, il se sera dépossédé de son principal moyen d'enrichissement. C'est pourquoi la solution retenue par la Cour de cassation semble critiquable. Cette solution repose entièrement sur un raisonnement juridique abstrait qui conduit la Cour de cassation à affirmer que la constitution d'une sûreté réelle pour autrui ne peut générer d'insolvabilité, en cela elle est dénuée de tout réalisme économique. L'observation des

⁸⁴⁹ L'insolvabilité étant la situation dans laquelle la valeur des actifs d'une personne est inférieure à celle de son passif : v. n° 31.

⁸⁵⁰ Dans ces situations, l'engagement du constituant n'est pas très différent en pratique de celui d'une caution. Le constituant engage en pratique tous ses biens de valeur, là où la caution engage juridiquement tous ses éléments d'actif.

⁸⁵¹ Ce danger a été souligné par G. Piette : « si le bien grevé constitue le seul bien de valeur composant son patrimoine, la réalisation de la sûreté entraînera de sérieuses difficultés financières pour le constituant » : G. Piette, « Sûretés réelles et proportionnalité », *Lexbase Hebdo édition privée* 14 mai 2009, n° 350.

⁸⁵² Cass. 1^e civ., 7 mai 2008, Bull civ. I, n° 125, *supra*.

⁸⁵³ Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui est en effet tenu d'une obligation à la dette et non de la contribution à la dette.

situations de fait soumises à la Cour de cassation invite à critiquer la solution retenue. La réalité du risque pris par le constituant peut également être expliquée d'un point de vue théorique. En effet, la Cour de cassation affirme que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne peut se trouver surendetté en raison de l'exécution de son obligation dès lors qu'il n'a consenti aucun engagement personnel. Pourtant, le caractère personnel de l'engagement n'est qu'une modalité de cet engagement. Peut être posée la question de l'existence d'une différence entre la souscription d'un cautionnement et la souscription d'une sûreté réelle pour autrui par une personne qui ne disposerait que d'un élément d'actif. Dans une telle hypothèse, la constitution d'une sûreté sur le seul élément d'actif appartenant au constituant revient en pratique à engager tout son patrimoine. Cette situation qui a donné lieu à la solution de la Cour de cassation en 2008 n'est pas rare en pratique. Il est fréquent que le principal élément d'actif des particuliers soit leur logement. Dès lors que le bien remis en sûreté constitue l'élément principal de l'actif du constituant, la distinction entre le cautionnement et la sûreté réelle pour autrui disparaît.

420. **Démonstration du risque d'insolvabilité.** Pour se convaincre du manque de pragmatisme de la solution retenue par la Cour de cassation en 2008, il est possible d'envisager une sûreté réelle pour autrui portant sur un bien meuble financé par un prêt non encore remboursé⁸⁵⁴. Il faut évidemment supposer que le bien ait été acquis par le constituant sans clause de réserve de propriété⁸⁵⁵. Dans une telle hypothèse, le constituant sera propriétaire du bien et libre de constituer une sûreté sur ce bien. La disproportion pouvant exister entre les facultés de paiement du constituant et l'importance de la sûreté consentie est évidente. En effet, le bien remis en sûreté est un actif composant le patrimoine du constituant. Cependant, il est associé à une dette qui grève le patrimoine de ce constituant. Or, en cas d'appel par le créancier bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui, le constituant perdra son bien sans éteindre la dette qui résulte de son acquisition. La même réalité est observée, quelle que soit l'origine des dettes du constituant. Néanmoins, cet exemple, dans lequel une dette est immédiatement associée à la propriété du bien, pourrait permettre aux plus sceptiques de se convaincre de l'impact que peut avoir la perte d'un bien d'une valeur significative sur l'équilibre financier de son propriétaire.

421. **Justification théorique.** Au-delà de la démonstration pratique de l'apparition possible de l'insolvabilité résultant d'une sûreté réelle pour autrui, l'instauration d'une règle de

⁸⁵⁴ Pour que l'exemple soit pertinent il faut également envisager un bien meuble de sorte que le privilège du vendeur d'immeuble ne trouve pas à s'appliquer prévu à l'article 2374 1° c. civ.

⁸⁵⁵ Sur la clause de réserve de propriété : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 524 et s. n° 730 et s. ; J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018, p. 267 et s., n° 480 et s.

proportionnalité des sûretés réelles pour autrui peut être justifiée théoriquement. En effet, parmi les deux justifications envisageables de la règle de proportionnalité du cautionnement, il semble qu'il faille retenir l'absence de contrepartie. Il ne serait pas pertinent d'affirmer que le garant doit être protégé contre l'insolvabilité en raison de la souscription d'un engagement personnel. Le garant peut se trouver en situation d'insolvabilité dès lors qu'il souscrit un engagement fondamentalement déséquilibré. Ce constat est exact que l'engagement du garant puisse ou non être qualifié d'engagement personnel. En l'absence de déséquilibre fondamental, l'exécution de son engagement par le garant lui permettrait de faire entrer dans son patrimoine un actif ou d'en faire disparaître un élément de passif. Une telle situation ne fait pas particulièrement craindre l'apparition de l'insolvabilité. À l'inverse, dès lors qu'un élément d'actif sort du patrimoine du garant sans qu'aucun élément de passif ne disparaisse ni qu'aucun actif n'intègre son patrimoine, l'engagement du garant est de nature à faire apparaître une situation d'insolvabilité. Par suite, si la sûreté réelle pour autrui comme les sûretés personnelles peuvent entraîner une insolvabilité des garants c'est parce que ces engagements sont fondamentalement déséquilibrés. Le point commun des sûretés réelles pour autrui et des sûretés personnelles réside dans la souscription d'un engagement sans contrepartie. La différence entre les sûretés réelles pour autrui et les sûretés personnelles réside dans l'étendue de l'engagement. Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui s'engage sur l'un de ses biens et non sur l'ensemble de son patrimoine. Ce constat invite à distinguer le fondement de la disproportion qui réside dans l'absence de contrepartie perçue par le garant et la mesure de la disproportion qui elle dépend de l'étendue de l'engagement du garant. Il est incontestable que le risque de disproportion sera moins important en présence d'une sûreté réelle pour autrui dès lors que l'étendue de l'engagement du constituant est plus restreinte que celle du garant ayant consenti une sûreté personnelle. Néanmoins, même restreint, ce risque existe. Or l'existence de ce risque justifie que la règle de proportionnalité soit applicable aux sûretés réelles pour autrui.

422. Danger reconnu par les juges. Les analyses des conséquences concrètes de la perte pour le constituant du bien remis en sûreté soulignent le danger qui résulte de la constitution d'une sûreté réelle pour autrui. Ce danger a été mis en évidence par la Cour de cassation elle-même dans un arrêt de 2011.

B. L'admission judiciaire du danger encouru par les constituants

423. Reconnaissance de l'existence d'un danger. Pour se convaincre de la nécessité de l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui, sera présenté un arrêt de la

chambre commerciale du 8 novembre 2011⁸⁵⁶. Dans cet arrêt, la cour régulatrice a mis en évidence le danger résultant de la constitution d'une sûreté réelle pour autrui. Elle a, en effet, rendu sa décision au motif que l'« immeuble donné en garantie était [le] seul bien immobilier [du constituant], que l'opération ne lui rapportait aucune ressource, mais grevait ainsi très lourdement son patrimoine, exposé à une disparition totale sans aucune contrepartie pour [lui] ». En l'espèce, le constituant était une société et il est vrai qu'il est difficilement envisageable qu'une personne physique soit propriétaire d'un bien unique. Il est néanmoins tout à fait concevable que l'actif du patrimoine d'une personne physique soit constitué d'un seul bien de valeur significative. Ainsi, le danger décrit par la Cour de cassation ne pèse pas uniquement sur les sociétés à risque illimité, il peut se retrouver à l'identique en présence de constituants personnes physiques.

424. Protection fondée sur la notion d'intérêt social. La situation de danger décrite peut être caractérisée que le constituant soit une personne physique ou une personne morale. Néanmoins, s'agissant d'une société constituante, cette situation entraîne un risque pesant sur « l'existence même de la société garante »⁸⁵⁷. C'est en raison de ce risque particulier que la Cour de cassation a décidé de maintenir la solution rendue par la cour d'appel en affirmant que « la souscription de cette sûreté était contraire à l'intérêt social de la SCI »⁸⁵⁸. Il ressort de cette solution qu'une société à risque illimité ne peut valablement engager son bien unique en sûreté pour garantir la dette d'un tiers. Cette solution a été confirmée par la suite⁸⁵⁹. L'annulation de la sûreté ainsi consentie résulte de l'application d'une règle propre au droit des sociétés. C'est parce que la société ne peut s'engager dans des actes contraires à son intérêt social⁸⁶⁰, qu'elle ne peut

⁸⁵⁶ Cass. com. 8 nov. 2011, inédit ; *BJS* avril 2012, n° 04, p. 297, note F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.* 26 janv. 2013, n° 26, note B. Dondero ; *D.* 2012, p. 415, note E. Schlumberger ; *RTD com.* 2012, p. 358, note M.-H. Monsérié-Bon ; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 238, note A. Viandier. Solution confirmée : Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, Bull. civ. III, n° 121 ; *D.* 2012, p. 2166, obs. A. Lienhard ; *D.* 2013. 1706, obs. P. Crocq ; *D.* 2729, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *RLDC* 2013. 4941, obs. C. Juillet ; *Rev. sociétés* 2013. 16, note A. Viandier. Dans le même sens : Cass. com., 23 sept. 2014, Bull. civ. IV, n° 142, *D.* 2015, p. 140, note D. Robine ; *D.* 2015, p. 996, chron. J. Lecaroz, F. Arbellot, S. Tréard et T. Gauthier ; *AJDI* 2015, p. 217, obs. S. Porcheron ; *Rev. sociétés* 2014, p. 714, note A. Viandier ; *RTD com.* 2015, p. 123, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *JCP* 2014. Doctr. 1162, n° 12, obs. Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 3-4 déc. 2014, p. 19, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

⁸⁵⁷ Cass. com., 8 nov. 2011, inédit, *supra*.

⁸⁵⁸ Cass. com., 8 nov. 2011, inédit, *supra*.

⁸⁵⁹ Cass. com. 14 fév. 2018, n° 16-19762, inédit ; *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, p. 79, obs. B. Brignon. La solution vaut aussi pour une SASU, bien qu'il s'agisse d'un groupement à risque limité : Cass. com. 14 fév. 2018, n° 16-16013, inédit ; *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *RTD civ.* 2018, p. 459, note P. Crocq.

⁸⁶⁰ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, Dalloz, 26^e éd., 2018, v° intérêt social : « Notion essentiellement jurisprudentielle censée orienter les tribunaux dans la recherche de solutions conformes à l'intérêt de la société. Pour certains, l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise et englobe donc non seulement l'intérêt des associés mais aussi celui des tiers concernés (créanciers, fournisseurs, clients, administration fiscale...). Pour d'autres, c'est l'intérêt collectif des associés, qui n'est autre que la recherche d'un profit ».

consentir une sûreté réelle pour autrui qui mettrait en péril son patrimoine et, par suite, son existence même. Souscrire une telle garantie est nécessairement contraire à son intérêt social.

425. Solution réservée aux sociétés à risque illimité. Pourtant, cette règle du droit des sociétés ne provoquera la nullité de la sûreté que dans le contexte particulier d'une sûreté consentie par une société à risque illimité pour garantir la dette d'un tiers. Les sociétés à risque limité ne bénéficient pas de cette jurisprudence protectrice⁸⁶¹. La justification de la différence de solution entre les sociétés à risque illimité et les sociétés à risque limité ne semble pas suffisante⁸⁶². En toute hypothèse, la protection fondée sur la notion d'intérêt social ne pourra pas être étendue au-delà des sûretés réelles pour autrui consenties par des sociétés. Pourtant, la protection des sociétés à risque illimité met en évidence le danger représenté par la constitution de sûretés réelles pour autrui. Ce danger est révélé tout particulièrement, dans les hypothèses dans lesquelles la sûreté réelle pour autrui est disproportionnée à l'actif des sociétés constituantes⁸⁶³. Ce constat amène à penser que, s'il est impossible de faire bénéficier les personnes physiques de la protection fondée sur l'intérêt social, il est néanmoins impératif de les mettre à l'abri du danger représenté par la constitution de sûretés réelles pour autrui disproportionnées à leurs facultés de paiement.

426. Protection inapplicable aux personnes physiques. Il semble alors intéressant de comparer les situations d'une société à risque illimité et celle d'une personne physique, lorsqu'elles consentent des sûretés réelles pour autrui. Il ressort de cette comparaison que la société est mieux protégée que la personne physique. En effet, une personne physique placée dans la situation identique à celle de la SCI dans l'arrêt du 8 novembre 2011, risquerait de perdre son

⁸⁶¹ Cass. com 12 mai 2015, Bull. civ. IV, n° 80 ; *RTD civ.* 2015 p. 663, note P. Crocq ; *RD banc. et fin.* juill. 2015, comm. 124, note A. Cerles ; *Rev. sociétés* 2015 p. 515, note A. Viandier ; *Droit des sociétés*, août 2015, comm. 147, note M. Roussille. La Cour de cassation affirme sans ambiguïté que « serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social de la sûreté souscrite par une société à responsabilité limitée en garantie de la dette d'un tiers n'est pas, par elle-même, une cause de nullité de cet engagement ».

⁸⁶² La Cour de cassation se fonde sur l'article L. 223-18 al. 4 du c. com. qui précise que, sauf exception, la société à risque limité société est engagée par les actes du gérant même s'ils ne relèvent pas de l'objet social. Ils s'appuient également sur l'article 10 de la directive n° 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 qui dispose que le dépassement de l'objet social des sociétés à risque limité est inopposable aux tiers de bonne foi. Toutefois, ces textes ne prévoient pas la validité des actes contraires à l'intérêt social des sociétés à risque limité. Or l'objet social doit être distingué de l'intérêt social. ; S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, Dalloz, 26^e éd., 2018, v° objet social : « Activités qu'une société se propose d'exercer. L'objet social est défini par ses statuts ».

⁸⁶³ Le lien entre cette solution et la disproportion de la sûreté réelle pour autrui est évident, il est mis en avant par A.-S. Barthez, « Exigence de proportionnalité et sûreté réelle pour autrui », *RDC* 2012, n°4, p. 1272. L'auteur affirme que « par l'étrange truchement de la contrariété à l'intérêt social, la Cour de cassation parvient à sanctionner, au-delà des frontières du cautionnement classique, la délivrance d'une garantie exagérément (manifestement) trop lourde pour son souscripteur ».

bien unique et serait menacée par l'apparition d'une situation d'insolvabilité. Or, la Cour de cassation refuse toute protection contre l'insolvabilité sur le fondement de la règle de proportionnalité. Seules les sociétés à risque illimité sont protégées en vertu d'une jurisprudence qui leur est réservée. Ainsi, de manière générale, contrairement à la société mère constituant une sûreté réelle pour sa société filiale, les parents constituant une sûreté réelle sur leur unique bien de valeur en garantie d'une dette de leur enfant, ne seront pas protégés. Les constituants personnes physiques pourront perdre leur seul bien, alors que les règles du droit des sociétés protègent la société qui ne peut engager son seul bien sans contrepartie. Cette situation apparaît choquante car la lutte contre le surendettement des personnes physiques est un objectif constamment poursuivi par le législateur qui, depuis 1989, n'hésite pas à porter atteinte aux droits des créanciers pour éviter ou résoudre les situations de surendettement⁸⁶⁴. Cette démonstration de la dangerosité des sûretés réelles pour autrui conduit à se demander pourquoi la Cour de cassation refuse d'admettre que la constitution d'une telle sûreté puisse générer un risque d'insolvabilité du constituant.

II. Le défaut affectant le raisonnement de la Cour de cassation

427. Examen de la règle de proportionnalité en matière de cautionnement. Le danger encouru par le constituant d'une sûreté réelle pour autrui a été mis en évidence. Pourtant, la jurisprudence refuse d'admettre que la sûreté réelle pour autrui puisse être disproportionnée aux biens et revenus du constituant. Ce paradoxe sera expliqué par l'étude de l'appréciation de la proportionnalité en matière de cautionnement. Cette étude met en évidence le fait que la proportionnalité du cautionnement dite « entre le montant de l'engagement et les biens et revenus de la caution » n'est pas nécessairement respectée lorsque la caution dispose dans son patrimoine d'un bien de valeur équivalente au montant de son engagement. L'étude de la jurisprudence relative à l'exigence de proportionnalité en matière de cautionnement invite à constater que le contrôle de proportionnalité du cautionnement ne correspond pas à une comparaison entre d'une part la somme pouvant être réclamée à la caution et d'autre part les actifs présents dans son patrimoine augmentés de ses revenus⁸⁶⁵. C'est pourquoi la mise en perspective de cette étude et de la justification des juges refusant d'évaluer la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui est intéressante.

⁸⁶⁴ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles dite Loi Neiertz ayant institué les commissions de surendettement.

⁸⁶⁵ Sur les éléments de l'actif et du passif de la caution pris en compte pour l'appréciation de la proportionnalité : v. n° 199 et s.

428. Recherche de l'actif net de la caution. La formule retenue en matière de cautionnement est critiquable. Selon l'article L. 332-1 du Code de la consommation, est condamné le cautionnement « disproportionné aux biens et revenus de la caution »⁸⁶⁶. Cette formule devrait inciter les différents juges à apprécier la proportionnalité de l'engagement par rapport aux seuls éléments d'actifs composant le patrimoine du constituant. Le professeur Christophe Juillet relève que la formule selon laquelle le cautionnement doit être « proportionné aux biens et revenus de la caution » est inadaptée au but poursuivi par le législateur qui est de lutter contre l'insolvabilité des cautions⁸⁶⁷. Cette inadéquation explique que la jurisprudence se soit éloignée de la lettre du texte. En effet, la jurisprudence a pris la liberté de prendre en considération d'autres éléments très concrets permettant d'apprécier au mieux la situation financière réelle de la caution. Sont notamment pris en considération l'ensemble de ses dettes à condition qu'elles soient antérieures à la conclusion du cautionnement⁸⁶⁸, ses charges courantes⁸⁶⁹, le nombre de personnes composant son foyer⁸⁷⁰, son âge⁸⁷¹ etc. Finalement la recherche de la proportionnalité du cautionnement rend nécessaire l'évaluation de tout le patrimoine de la caution⁸⁷². Tous les

⁸⁶⁶ Selon la formule de l'article L. 332-1 que nous n'approuvons pas : v. n° 204.

⁸⁶⁷ Ch. Juillet, « La date d'appréciation de la proportionnalité du cautionnement de dettes futures », *Rev. sociétés* 2016 p. 146 : « Littéralement, l'article L. 341-4 du code de la consommation exige en effet de comparer le montant du cautionnement avec les seuls biens et revenus de la caution. Le passif éventuel de la caution ne devrait donc pas être pris en compte. Pourtant, le but du texte est de protéger les cautions personnes physiques contre un engagement auquel elles ne peuvent raisonnablement faire face. Or, cette circonstance peut tout aussi bien résulter du fait que la caution n'a que peu d'actif que du fait qu'elle a un lourd passif. Aussi bien, pour permettre à l'article L. 341-4 du code de la consommation de protéger efficacement les cautions contre un engagement auquel elles ne peuvent répondre, la Cour de cassation décide que le passif de la caution, au même titre que son actif, doit être pris en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement ».

⁸⁶⁸ Cass. com. 9 avril 2013, inédit ; *Rev. Sociétés* 2013, p. 680, note D. Legeais ; *D.* 2013, p. 1706, obs. P. Crocq. La Cour de cassation rappelle que tous les engagements antérieurs de la caution doivent être pris en compte et non uniquement ceux souscrit envers le créancier bénéficiant du cautionnement litigieux. En revanche, n'est pas pris en compte parmi les dettes de la caution, le cautionnement antérieurement souscrit par elle si ce dernier a été annulé : Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25128, publié ; *AJ contrat* 2019, p. 43, note D. Houtcieff ; *LEDB* janv. 2019, n° 111, note M. Mignot ; *LEDC* janv. 2019, n° 111, note G. Cattalano ; *BJS* févr. 2019, p. 45, n° 119, note M. Séjean. Selon la Cour de cassation, « si la disproportion doit être appréciée en prenant en considération l'endettement global de la caution, y compris celui résultant d'autres engagements de caution, il ne peut être tenu compte d'un cautionnement antérieur que le juge déclare nul, et qui est ainsi anéanti rétroactivement ». M. Séjean dans sa note met toutefois en évidence la possibilité pour les cautions de contourner cette solution en n'invoquant pas la nullité de certains cautionnements afin qu'ils soient pris en compte dans le calcul de la proportionnalité des cautionnements postérieurement souscrits. Nous approuvons cette solution qui contribue à une évaluation de la proportionnalité par rapport aux facultés de paiement réelles de la caution.

⁸⁶⁹ Cette prise en compte des revenus, du patrimoine mais aussi des charges et notamment des autres engagements de caution a été rappelée récemment cf. Cass. com., 4 mai 2017, inédit.

⁸⁷⁰ CA Douai, 2^e chambre, 2^e section, 11 oct. 2018, n° 16/05264 : les juges tiennent compte, pour évaluer les facultés de remboursement de la caution, des « charges de la vie courante pour une famille de 4 personnes ».

⁸⁷¹ Les juges anticipant le proche départ à la retraite de la caution, cf. CA Nîmes, 2^e com., sect. B., 16 févr. 2012, n° 10/05166.

⁸⁷² Pour évaluer l'actif de la caution sont pris en compte en jurisprudence les éléments immeubles composant son patrimoine assortis des prêts liés à ces biens, ses meubles, ses parts sociales et autres valeurs composant l'actif de son patrimoine, sont également pris en compte ses revenus qu'il s'agisse de salaires, de rentes, d'aides sociales ou autres.

actifs et les revenus de la caution sont pris en compte, mais ils sont amputés des dettes existantes et des charges courantes. Le cautionnement est proportionné s'il n'est pas d'un montant manifestement excessif par rapport à l'actif net qui resterait à la caution si elle payait toutes ses dettes antérieures au cautionnement et s'acquittait de toutes ses charges courantes⁸⁷³.

429. Faveur pour la prise en compte de l'actif net. Cette appréciation de la proportionnalité du cautionnement est plus conforme à la réalité que la comparaison de l'importance de la sûreté consentie et des éléments d'actifs du constituant⁸⁷⁴. L'étude de la jurisprudence permet d'ailleurs d'observer que, naturellement, les constituants de sûretés réelles pour autrui invoquent la prise en considération de leurs charges et engagements antérieurs dans le calcul de la disproportion de leur engagement⁸⁷⁵. L'appréciation de la proportionnalité retenue en matière de cautionnement est cohérente avec l'objectif de protection de la caution contre l'insolvabilité. En effet, pour vérifier qu'une créance ne risque pas d'entraîner l'insolvabilité de son débiteur, il est nécessaire d'avoir une vision globale de son patrimoine comprenant non seulement ses actifs mais aussi les éléments de son passif. Cette vision globale permet d'évaluer l'actif net du débiteur, correspondant à l'actif dont il disposerait s'il payait toutes ses dettes et s'acquittait de ses charges courantes⁸⁷⁶. Seule la comparaison de son engagement avec cet actif net permet d'affirmer que le garant est ou n'est pas capable d'honorer sa créance sans se mettre en danger d'insolvabilité.

430. Unicité du mode d'évaluation de la proportionnalité. Rien ne permet de justifier que le mode d'évaluation de la proportionnalité de la personne engagée à garantir la dette d'un tiers varie selon que la sûreté consentie prend la forme d'un cautionnement ou d'une sûreté réelle. Ainsi,

⁸⁷³ O. Cuperlier et A. Gorny, « L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (Réflexions et statistiques) », *JCP éd. N* n° 45, 5 novembre 2004, 1540. Les auteurs parlent « d'actif disponible » de la caution. Ils précisent en effet que : « les juges du fond ne s'arrêtent pas aux seuls revenus de la caution mais s'attachent plutôt à établir ses revenus disponibles à la date de souscription de l'engagement, c'est-à-dire la somme lui restant une fois acquittées ses charges fixes (loyers, autres crédits en cours, etc.) ». Par conséquent, aujourd'hui, les cautions qui invoquent la disproportion précisent que, de manière habituelle, les juges tiennent compte des différentes charges qui grèvent le patrimoine des cautions. v. notamment : CA Douai, 2^e chambre, 2^e section, 11 oct. 2018, n° 16/05264.

⁸⁷⁴ L'évaluation du patrimoine de la caution n'est toutefois pas aussi réaliste. Sont pris en compte par les juges les éléments d'actif et de passif déclarés par la caution lors de son engagement.

⁸⁷⁵ V. notamment : CA Reims, ch. civ., 1^e section, 13 Octobre 2015, n° 13/03261 : le moyen soulevé par le constituant met en évidence le fait que le constituant « n'avait, au vu de ses autres engagements et ses charges réelles, pas de biens suffisants pour répondre de son hypothèque ».

⁸⁷⁶ Cass., 1^e civ., 12 juillet 2012, inédit ; *Gaz. Pal.* 20 sept. 2012, n° 264, p. 16, obs. Ch. Albigès et M.-P. Dumont-Lefrand ; *RD banc. et fin.* 2012, n° 5, p. 35, obs. D. Legeais ; y compris ses dettes éventuelles notamment les cautionnements consentis par lui : Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, n° 13-23489, Bull. civ. I, n° 08 ; *RTD civ.* 2015, p. 183, note P. Crocq ; *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n° 78, p. 14, note Ch. Albigès ; *Gaz. Pal.* 17 mars 2015, n° 76, p. 27, note P. Pailler.

dès lors que l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement implique la prise en compte des capacités financières réelles de la caution, l'appréciation de la proportionnalité de la sûreté réelle pour autrui doit être envisagée selon les mêmes paramètres. Devront donc être pris en considération, lorsque sera évaluée la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui, non seulement les actifs et les revenus des constituants, mais également leur passif et leurs charges. Apparaît alors le vice qui affecte le raisonnement des juges en matière de sûretés réelles consenties pour autrui. Lorsqu'elle affirme que les sûretés réelles pour autrui ne peuvent être disproportionnées aux biens et revenus du constituant, la Cour de cassation ne prend pas la précaution de procéder à une synthèse des éléments d'actif et de passif du constituant. Elle s'est pourtant volontairement soumise à cette démarche pour apprécier la proportionnalité de l'engagement de la caution par rapport à ses facultés de paiement. La Cour de cassation qui affirme que les sûretés réelles pour autrui ne peuvent être disproportionnées aux biens et revenus du constituant, ne prend en considération que les actifs du constituant. Ce faisant, elle constate inévitablement que ses actifs sont suffisants pour que son engagement ne puisse être qualifié de disproportionné⁸⁷⁷.

431. Démonstration de la possible disproportion. À l'inverse, si l'on applique à la recherche de la proportionnalité de la sûreté réelle pour autrui, les paramètres selon lesquels est évaluée la proportionnalité en matière de cautionnement, il apparaît que la sûreté offerte par le constituant sur l'un de ses biens n'est pas nécessairement proportionnée à ses facultés de paiement. Certes, son actif lui permet toujours de respecter son engagement, mais son actif diminué de son passif peut en revanche être insuffisant. Ainsi, son engagement peut apparaître disproportionné à ses facultés de remboursement réelles. L'étude des situations concrètes des constituants de sûretés réelles pour autrui faisait sentir un besoin de protection de leurs patrimoines contre l'insolvabilité. L'analyse de la jurisprudence démontre que le refus de leur accorder cette protection est mal fondé. Il sera néanmoins vérifié que l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui est possible et nécessaire avant de formuler une proposition en ce sens.

⁸⁷⁷ Ce qui explique qu'un auteur approuve pleinement la solution rendue par la Cour de cassation en 2008 qu'il qualifie de « parfaitement logique », alors même qu'il constate que la constitution d'une sûreté réelle pour autrui peut mener son constituant au surendettement de sorte que le refus de protection par la proportionnalité crée une lacune dans la protection de ce garant : G. Piette, « Sûretés réelles et proportionnalité », *Lexbase Hebdo* édition privée 14 mai 2009, n° 350 : « Une sûreté réelle, et notamment une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'autrui, peut provoquer l'insolvabilité du constituant. Certes, elle ne peut être disproportionnée à ses biens et revenus. Mais si le bien grevé constitue le seul bien de valeur composant son patrimoine, la réalisation de la sûreté entraînera de sérieuses difficultés financières pour le constituant ».

§ 2 : La nécessaire règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui

432. **Extension de la règle de proportionnalité.** La solution de la Cour de cassation selon laquelle la sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux « biens et revenus » du constituant n'apparaît pas exacte. Ce constat invite à se poser la question de l'opportunité de l'extension de l'exigence de proportionnalité du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui. Les réticences à ce projet ne sont pas suffisantes pour y renoncer (I). Sera dès lors proposée une extension de la règle de proportionnalité en présentant les adaptations nécessaires à sa transposition aux sûretés réelles pour autrui (II).

I. Les réticences à l'instauration d'une exigence de proportionnalité

433. **Proportionnalité possible et opportune.** Il semble que la règle de proportionnalité mérite d'être étendue aux sûretés réelles pour autrui, dès lors que l'engagement du constituant est fondamentalement déséquilibré d'une part et qu'il crée un risque d'insolvabilité d'autre part. Toutefois, avant d'affirmer que la règle de proportionnalité du cautionnement doit être étendue à ces sûretés, il convient de vérifier qu'aucun obstacle infranchissable ne s'oppose à cette extension (A). Il convient également de s'assurer que les inconvénients liés à l'instauration d'une telle règle ne sont pas rédhibitoires (B).

A. L'éviction des obstacles à la reconnaissance de la disproportion

434. **Confrontation de la règle de proportionnalité proposée aux solutions retenues en droit positif.** Notre raisonnement aurait pu sembler fragile puisqu'il se serait écroulé s'il avait été confronté au mécanisme du retour à meilleure fortune tel qu'il a été appliqué en jurisprudence. En effet, en matière de cautionnement, les juges ont admis que les cautions disposant dans leur patrimoine d'un bien suffisant pour faire face à leur cautionnement devaient être dites aptes à honorer leur engagement. Ainsi, la seule propriété d'un bien de valeur au moins égale au montant du cautionnement au jour de l'appel de la caution, conduisait les juges à affirmer que la caution était revenue à meilleure fortune⁸⁷⁸. Toutefois, l'application faite du mécanisme du retour à meilleure fortune a évolué. Les juges ne se contentent plus de vérifier que l'actif de la caution est suffisant au jour de son appel pour faire face à son engagement, pour affirmer qu'elle

⁸⁷⁸ Cass. com., 27 mai 2014, inédit, n° 13-15038 ; *JCP éd. G* 2014, comm. 899, note Ch. Albigès ; *Defrénois* 15 mai 2015, p. 490, obs. S. Cabrillac ; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2014, p. 14, obs. S. Piedelièvre. La Cour de cassation se contente de constater que les biens communs de la caution sont engagés et que le reliquat conservé par les époux suite à la vente d'un de leurs biens constitue un actif suffisant pour permettre à la caution d'honorer son engagement, sans s'intéresser à son passif ni à ses charges. v. n° 201.

est revenue à meilleure fortune⁸⁷⁹. Il en résulte que ce mécanisme ne saurait plus aujourd'hui s'opposer à l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Ainsi, l'obstacle à la reconnaissance d'une règle de proportionnalité des sûretés pour autrui résultant de l'ancienne acception du retour à meilleure fortune n'est plus actuel (1). En revanche, le régime jurisprudentiel de la proportionnalité sanctionné par l'engagement de la responsabilité du créancier donne encore aujourd'hui lieu à une méthode d'évaluation des dommages-intérêts critiquable qui pourrait inviter à penser que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne peut subir aucun préjudice. Évidemment la règle de proportionnalité proposée diffère de la règle jurisprudentielle de proportionnalité du cautionnement. Néanmoins, l'observation des solutions actuellement retenues en jurisprudence pourrait conduire à penser que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne mérite pas de protection de la part du législateur dès lors qu'il ne subit aucun préjudice résultant de la disproportion de son engagement (2).

1. L'ancien obstacle résultant de l'appréciation du retour à meilleure fortune

435.Évolution du retour à meilleure fortune. La sanction de la disproportion du cautionnement prévue à l'article L. 332-1 du Code de la consommation est tempérée par la prise en compte de l'éventuel retour à meilleure fortune de la caution. Ce mécanisme du retour à meilleure fortune pouvait constituer un obstacle à la reconnaissance de la disproportion des sûretés réelles pour autrui. Cet obstacle n'est plus d'actualité dès lors que les juges observent aujourd'hui objectivement les facultés de paiement de la caution pour caractériser l'existence d'un retour à meilleure fortune.

436.Méthode de recherche du retour à meilleure fortune. Lorsque la Cour de cassation recherche la disproportion initiale, elle prend en compte « l'actif net » de la caution c'est-à-dire tout son patrimoine. Elle prend en compte aussi bien son actif que son passif, autant ses revenus que ses charges. En revanche, pendant un temps, lorsqu'elle recherchait si la caution était « revenue à meilleure fortune », elle recherchait en réalité uniquement si, le jour où elle était appelée, la caution était capable de faire face à son engagement en considération de ses biens et revenus⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ La Cour de cassation affirme clairement : « la capacité de la caution à faire face à son engagement au moment où elle est appelée s'apprécie au regard de l'ensemble des éléments d'actif et de passif composant son patrimoine et ne peut résulter de la seule existence de liquidités d'un montant supérieur à la somme due au titre de cet engagement » : Cass. com. 30 janv. 2019, inédit, n° 17-31011. Déjà en ce sens : Cass. com. 17 oct. 2018, n° 17-21857, publié ; *Gaz. Pal.* 19 févr. 2019, note M. Bourassin ; *JCP éd. E* n° 47, nov. 2018, 1597, note D. Legeais ; *D. actualité*, 8 nov. 2018, note J.-D. Pellier. Antérieurement en ce sens : CA Aix-en-Provence, 8^e chambre C, 13 février 2014, n° 12/15395 : prise en compte de l'emprunt ayant permis de financer le bien immobilier dont une partie reste à rembourser. v. n° 201.

⁸⁸⁰ Cass. com., 27 mai 2014, inédit ; *Defrénois* 15 mai 2015, n° 09, p. 490, obs. S. Cabrillac ; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2014, n° 282, p. 14, note S. Piedelièvre ; solution critiquée par Ch. Juillet, « La date d'appréciation de la proportionnalité

Cette solution était favorable au créancier qui pouvait finalement obtenir l'exécution du cautionnement chaque fois que la caution avait dans son patrimoine un actif suffisant pour faire face à cet engagement, même si l'exécution de cette obligation la mettait dans une situation d'insolvabilité avérée. Ainsi, cette solution pouvait anéantir la protection de la caution, notamment quand elle disposait d'un actif mais également d'un passif important. Dans cette hypothèse pour une situation patrimoniale identique, le cautionnement pouvait être considéré comme manifestement disproportionné au stade de sa conclusion et non au stade de son exécution. Ce paradoxe résultait de la différence d'appréciation de la proportionnalité du cautionnement selon la date à laquelle la proportionnalité était évaluée. Nous désapprouvons cette ancienne méthode d'évaluation du retour à meilleure fortune qui ne permet pas d'assurer la protection de la caution contre l'insolvabilité lorsque celle-ci dispose d'actifs suffisants pour faire face à son engagement, mais que ces actifs lui sont nécessaires pour faire face à son passif⁸⁸¹.

437. Disproportion masquée par l'ancienne appréciation du retour à meilleure fortune. Si elle avait été maintenue, cette méthode d'appréciation du retour à meilleure fortune aurait rendu inutile l'extension de la règle de proportionnalité à la sûreté réelle pour autrui. En effet, le constituant ayant offert en garantie de la dette d'autrui son unique bien de valeur ou le bien dont il tire ses revenus, consent une sûreté réelle pour autrui disproportionnée à ses facultés financières réelles. Pourtant, au jour de l'appel du constituant par le créancier, il aura dans son patrimoine le bien objet de la sûreté réelle pour autrui, lequel lui permettra de faire face à son engagement. Le constituant ayant consenti une sûreté réelle pour autrui disproportionnée aurait donc toujours été considéré comme revenu à meilleure fortune si la conception décrite du retour à meilleure fortune était restée inchangée. Cet exposé ramène finalement à la solution de la Cour de cassation selon laquelle la sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux « biens et revenus » du constituant. La solution de la Cour de cassation était dès lors pleinement justifiée au regard de l'ancienne appréciation du retour à meilleure fortune. Néanmoins, l'évolution de l'appréciation du retour à meilleure fortune permet que soit aujourd'hui caractérisée la disproportion des sûretés réelles consenties pour autrui.

du cautionnement de dettes futures », *Rev. sociétés* 2016 p. 146, qui affirme que « lorsqu'il s'agit de vérifier si la disproportion initiale du cautionnement s'est maintenue au stade de l'exécution, la Cour de cassation ne tient plus du tout compte du passif de la caution. Seule lui importe l'étendue de son actif, de sorte que si la caution a les moyens de payer, elle y sera contrainte même si par ailleurs elle est lourdement endettée ».

⁸⁸¹ v. n° 201.

438. **Évolution de l'appréciation du retour à meilleure fortune.** L'ancienne conception du retour à meilleure fortune apparaît critiquable. La critique de cette conception rend cohérente l'application aux sûretés réelles pour autrui de l'exigence de proportionnalité. Dès lors que l'on admet que la proportionnalité de la sûreté doit être évaluée selon la situation financière globale du constituant alors, la sûreté réelle pour autrui peut être disproportionnée aux facultés de paiement réelles du constituant. Or, la Cour de cassation a finalement retenu que l'ensemble des éléments de l'actif et du passif de la caution devaient être pris en considération pour évaluer l'existence du retour à meilleure fortune de la caution⁸⁸². L'ancien obstacle lié au retour à meilleure fortune a été identifié. Il n'est plus d'actualité dès lors que la Cour de cassation apprécie désormais l'existence du retour à meilleure fortune en tenant compte des facultés de paiement réelles de la caution. Cet obstacle ne concernait que le régime légal de l'exigence de proportionnalité. L'admission passée de la disproportion potentielle de la sûreté réelle pour autrui suppose que soit envisagé un second obstacle, propre au régime jurisprudentiel de l'exigence de proportionnalité. Ce second obstacle est lié à l'appréciation du préjudice subi par la caution.

2. L'obstacle résultant de l'appréciation du préjudice subi par la caution

439. **Obstacle théorique.** La règle de proportionnalité proposée diffère du régime jurisprudentiel de proportionnalité du cautionnement. En effet, il n'est pas envisagé de sanctionner la disproportion des sûretés pour autrui par l'engagement de la responsabilité du créancier⁸⁸³. Il semble néanmoins intéressant d'observer que les solutions actuellement retenues en application de la règle jurisprudentielle de proportionnalité pourraient inviter à se montrer sceptique quant à l'instauration d'une règle de proportionnalité en matière de sûretés réelles pour autrui. Précisément, la critique viendrait du fait que la jurisprudence retient que la caution ayant souscrit un cautionnement disproportionné ne subit aucun préjudice lorsqu'elle dispose dans son patrimoine d'un bien lui permettant de faire face à son engagement. Ainsi dans une telle situation, la disproportion n'est pas sanctionnée. La transposition de ce raisonnement en matière de sûreté réelle pour autrui inviterait à penser que le constituant ne mérite pas que la disproportion de son engagement soit sanctionnée dès lors qu'il dispose toujours dans son patrimoine du bien lui permettant d'honorer son engagement. Par suite, il semble intéressant de

⁸⁸² Cass. com. 17 oct. 2018, n° 17-21857, publié ; *JCP éd. E* n° 47, nov. 2018, 1597, note D. Legeais ; *D. actualité*, 8 nov. 2018, note J.-D. Pellier. Antérieurement en ce sens : CA Aix-en-Provence, 8^e chambre C, 13 février 2014, n° 12/15395 : prise en compte de l'emprunt ayant permis de financer le bien immobilier dont une partie reste à rembourser.

⁸⁸³ La sanction retenue est celle de la réduction du cautionnement disproportionné : v. n° 195.

critiquer les solutions retenues en application de la règle jurisprudentielle de proportionnalité, afin que ces solutions ne constituent pas des arguments pour refuser l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui.

440.Évaluation nécessaire de la disproportion. En application du régime jurisprudentiel de la proportionnalité, le préjudice subi par la caution ayant souscrit un cautionnement disproportionné doit être réparé par le créancier. Or, ce préjudice correspond à la partie disproportionnée de l'engagement de la caution, c'est-à-dire la partie du cautionnement qui dépasse ses facultés financières⁸⁸⁴. Les juges sont donc tenus de chiffrer la disproportion. En effet, c'est en répondant à la question de savoir dans quelle mesure le cautionnement est supérieur aux facultés financières de la caution, que les juges détermineront le montant du préjudice subi par la caution. Si cette évaluation de la disproportion était réalisée au jour où les juges statuent, elle rappellerait le mécanisme du retour à meilleure fortune⁸⁸⁵. Elle obligerait les juges à vérifier, dans un premier temps, que le cautionnement était disproportionné au jour de sa souscription⁸⁸⁶. Si tel n'était pas le cas il serait impossible de sanctionner le créancier par l'engagement de sa responsabilité. Elle contraindrait, dans un second temps, les juges à apprécier la disproportion demeurant entre les facultés contributives de la caution au jour de son appel et le montant lui étant réclamé. Cette similitude entre l'évaluation du préjudice et la recherche du retour à meilleure fortune invite à se poser la question des éléments pris en compte par les juges lors de l'évaluation du préjudice⁸⁸⁷. Les juges prennent-ils en compte le passif de

⁸⁸⁴ Le préjudice subi par la caution n'est pas de devoir payer le créancier, mais de devoir faire face à un engagement trop important par rapport à ses capacités financières. Donc la réparation du préjudice est cantonnée « à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie » : Cass. 1^e civ., 9 juill. 2003, Bull. civ. I, n° 167 ; *D.* 2004, p. 204, note Y. Picod ; *RTD civ.* 2004, p. 124, note P. Crocq ; *BJS*, déc. 2003, n° 12, p. 1275, note P. Scholer ; Cass. 1^e civ., 6 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 110 ; *Gaz. Pal.* 24 juin 2004, n° 176, p. 13 ; Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-11632, inédit.

⁸⁸⁵ Tel devrait être le cas en application de la jurisprudence constante selon laquelle : « l'évaluation du dommage doit être faite par le juge au moment où il rend sa décision », v. notamment Cass. civ., 10 mai 1950, *D.* 1950, p. 465 ; Cass. 2^e civ., 21 mars 1983, Bull. civ. II, n° 88. Toutefois, nous ne sommes pas certains que la Cour de cassation fasse respecter cette règle en matière d'évaluation du préjudice de la caution ayant souscrit un cautionnement disproportionné. En effet l'imparfait utilisé dans la formule selon laquelle la réparation du préjudice est cantonnée « à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie » semble indiquer qu'elle évalue la proportionnalité du cautionnement au jour de l'engagement de la caution. v. notamment : Cass. 1^e civ., 9 juill. 2003, Bull. civ. I, n° 167 ; *D.* 2004, p. 204, note Y. Picod ; *RTD civ.* 2004, p. 124, note P. Crocq ; *BJS*, déc. 2003, n° 12, p. 1275, note P. Scholer ; Cass. 1^e civ., 6 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 110 ; *Gaz. Pal.* 24 juin 2004, n° 176, p. 13. En outre, dans l'arrêt précité du 9 juill. 2003, la Cour de cassation tient compte des biens dont disposait la caution au jour de son engagement. Précisément pour évaluer le préjudice de la caution les juges tiennent compte du fait que la caution était au jour de son engagement « propriétaire d'un bien immobilier d'une valeur de 600 000 francs et percevait une pension de retraite de 150 000 francs par an ».

⁸⁸⁶ La faute du créancier nécessaire à l'engagement de sa responsabilité résidant dans la prise d'un cautionnement disproportionné.

⁸⁸⁷ Cette question a été posée en matière de retour à meilleure fortune. Rappelons que la jurisprudence tenait compte de « l'actif net » de la caution lorsqu'était posée la question de l'existence de la disproportion du cautionnement au jour de sa souscription. En revanche, de manière critiquable, jusqu'à une jurisprudence récente (Cass. com. 17

la caution ou ne tiennent-ils compte que des éléments composant son actif ? Les arrêts des cours d'appel ne sont pas riches de détails quant aux modalités de calcul du préjudice. Il semble, pourtant, que les juges prennent en compte seulement les biens dont dispose la caution lorsqu'ils évaluent le préjudice qu'elle subit⁸⁸⁸. Il est néanmoins notable que l'évaluation du préjudice subi par la caution n'est pas une science exacte. Certaines cours d'appel ont d'ailleurs parfois admis que le préjudice subi par la caution soit équivalent au montant total de son engagement⁸⁸⁹. Une telle solution n'est pourtant pas concevable dès lors que la caution dispose de facultés de paiement. En effet, le préjudice correspond à la partie disproportionnée du cautionnement et non au fait d'être tenue envers le créancier. Cette confusion dans les modalités d'appréciation du préjudice traduit peut-être une bienveillance des juges du fond à l'égard des cautions. Les différences existantes entre les juridictions dans les modalités d'appréciation du préjudice font craindre que certains juges évaluent le préjudice en prenant en compte les éléments d'actifs de la caution, mais non ses charges et éléments de passif.

441. Critique de la prise en compte des seuls actifs et revenus. Si, les juges du fond ne prennent en compte que les actifs de la caution, les cautions disposant d'un actif suffisant pour faire face à leur engagement seront réputées ne subir aucun préjudice quelle que soit l'importance de leur passif⁸⁹⁰. En effet, occultant le passif des cautions, les juges constateront finalement que l'engagement de la caution n'est plus disproportionné à ses facultés de paiement. De ce point de vue, le régime jurisprudentiel de la proportionnalité du cautionnement se rapprocherait du régime légal tel qu'il existait lorsque le retour à meilleure fortune était apprécié en considération

oct. 2018, n° 17-21857, publié ; *JCP éd. E* n° 47, nov. 2018, 1597, note D. Legeais ; *D. actualité*, 8 nov. 2018, note J.-D. Pellier. Antérieurement en ce sens : CA Aix-en-Provence, 8e chambre C, 13 Février 2014, n° 12/15395 : prise en compte de l'emprunt ayant permis de financer le bien immobilier dont une partie reste à rembourser), elle prenait seulement en considération les éléments d'actif composant le patrimoine de la caution lorsque se posait la question du retour à meilleure fortune de la caution.

⁸⁸⁸ Cass. com. 16 juin 2009, inédit, *supra* : la Cour de cassation rappelle que le préjudice de la caution ne peut être égale au montant total de son engagement dès lors qu'elle est propriétaire d'un immeuble dont ils précisent la valeur et perçoit un revenu dont ils précisent le montant.

⁸⁸⁹ La cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 avril 2001, fait droit à la demande de la caution consistant dans le versement de dommages-intérêts d'un montant équivalent à sa dette de cautionnement. Pourtant, au jour de son engagement, la caution était « propriétaire d'un bien immobilier d'une valeur de 600 000 francs et percevait une pension de retraite de 150 000 francs par an ». Son préjudice ne peut donc pas être du montant total du cautionnement. Cet arrêt est logiquement censuré par la Cour de cassation : Cass. 1^e civ., 9 juill. 2003, Bull. civ. I, n° 167 ; *D.* 2004, p. 204, note Y. Picod ; *RTD civ.* 2004, p. 124, note P. Crocq ; *BJS*, déc. 2003, n° 12, p. 1275, note P. Scholer. La Cour de cassation précise que le montant du préjudice subi par la caution « ne pouvait être équivalent à la dette toute entière mais seulement à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie ». Accordant des dommages-intérêts d'un montant égal au cautionnement : CA Paris, 27 nov. 1998, *JCP éd. E* 1999, p. 615, n° 6.

⁸⁹⁰ Telle est la méthode applicable selon Ph. Théry, « Droit des sûretés et voies d'exécution », *Défrenois* 2009, n° 19, p. 2080 : « les dommages et intérêts dus à la caution "victime" seront déterminés par la différence entre l'obligation souscrite et le montant de l'actif. Le créancier pourra saisir tous les biens de la caution, mais rien de plus, puisque son obligation aura été écartée ».

des seuls actifs de la caution. D'un côté l'absence de préjudice conduirait les juges à refuser toute indemnisation à la caution, de l'autre la caractérisation du « retour à meilleure fortune » de la caution empêcherait la déchéance du cautionnement⁸⁹¹. En somme, la prise en compte des seuls éléments d'actifs du patrimoine de la caution pour apprécier l'importance de son préjudice, ne permet pas aux cautions disposant d'éléments d'actifs suffisants pour honorer leur engagement de percevoir des dommages intérêts. Ces cautions seraient donc condamnées à exécuter intégralement leur engagement. Elles le feront en puisant dans leurs actifs, ce qui les placera en situation d'insolvabilité. Cette hypothèse fait apparaître une lacune dans la protection des cautions.

442. Conséquence de la prise en compte des seuls actifs et revenus. Si seuls les revenus et les éléments d'actif dont dispose la caution sont pris en considération pour évaluer son préjudice, les éléments d'actif de la caution seront évalués et leur valeur sera soustraite de son préjudice. Si une telle méthode était transposée pour évaluer le préjudice subi par le constituant d'une sûreté réelle pour autrui disproportionnée, la disproportion ne pourrait jamais causer de préjudice au constituant. Le bien existant dans l'actif du patrimoine du constituant au jour de son engagement est l'objet même de son engagement. Ainsi, le constituant a dans son patrimoine un actif suffisant pour faire face à son engagement. Sans prise en considération de son passif, il sera impossible de constater un quelconque préjudice. Le constituant a dans son patrimoine le bien remis en sûreté, qui constitue un bien d'une valeur suffisante pour réduire son préjudice à néant.

443. Préjudice potentiel du constituant. Ce mode d'évaluation du préjudice ne convainc pas. En l'état actuel du droit, il semble important que la Cour de cassation affirme que les charges et le passif des cautions doivent être pris en compte pour évaluer leur préjudice. En effet, le préjudice devrait être apprécié en tenant compte de la disproportion réelle de l'engagement de la caution c'est-à-dire la disproportion de son engagement par rapport à ses facultés de paiement réelles. Si ces modalités d'évaluation du préjudice étaient retenues, l'obstacle à la reconnaissance d'un préjudice subi par la caution ne pourrait pas servir de fondement pour affirmer que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne mérite pas de protection. La prise en compte, non seulement des éléments d'actif, mais également des éléments de passif de la caution devrait être retenue

⁸⁹¹ Il convient de rappeler toutefois qu'en dépit de cette similitude théorique, la réparation du préjudice subi par la caution laisse place à une sanction mesurée, là où le prononcé de la déchéance du cautionnement fait figure de sanction du « tout ou rien ». Il en résulte qu'en présence d'actifs importants mais inférieurs au montant du cautionnement, les juges pourraient retenir l'existence d'un préjudice d'un faible montant.

en application de la règle de proportionnalité jurisprudentielle. De la même façon, l'ensemble du patrimoine de la caution devrait être retenu pour appliquer la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui. Cette prise en compte de l'intégralité du patrimoine du garant permettrait d'identifier les constituants de sûretés réelles pour autrui dont l'équilibre financier est fragile et ceux dont l'équilibre financier repose entièrement sur la propriété du bien remis en sûreté. Cette appréciation plus réaliste de la proportionnalité de la sûreté aux facultés de paiement du constituant permettrait que soit mis en évidence le risque d'insolvabilité résultant pour le constituant du caractère disproportionné de son engagement.

444.Obstacle inexistant au sein du régime proposé. Il paraissait indispensable d'éclaircir cette zone d'ombre qui semblait se dresser comme un obstacle à l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui, bien que nous ne soyons pas favorables au maintien de la sanction jurisprudentielle de la disproportion du cautionnement. La sanction proposée consiste dans la réduction des sûretés pour autrui disproportionnée⁸⁹². Cette sanction n'implique aucune évaluation du préjudice subi par le constituant. L'éviction de cet obstacle semblait seulement nécessaire pour rendre admissible l'éventuelle adoption partielle de notre construction théorique. En effet, il a été démontré que l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui pourrait être envisagée en l'absence de modification de la sanction retenue par la jurisprudence.

445.Éviction des obstacles résultant des sanctions actuelles. Il semblait important de préciser qu'en l'état même du droit, les modalités d'application des sanctions de la disproportion du cautionnement ne devaient pas être des obstacles dirimants à l'extension de la règle à la sûreté réelle pour autrui. Appréciee de façon réaliste, la disproportion des facultés de paiement du constituant et de l'importance de son engagement peut être caractérisée. Sur le plan du régime légal, le « retour à meilleure fortune » du constituant ne doit pas être systématiquement retenu en raison de la présence dans son patrimoine du bien remis en sûreté. Sur le plan du régime jurisprudentiel, un préjudice peut résulter de l'octroi d'une sûreté pour autrui disproportionnée aux facultés de paiement du constituant. Finalement, l'extension de l'exigence de proportionnalité est nécessaire et juridiquement envisageable, c'est pourquoi nous formulons une proposition en ce sens, malgré les inconvénients qu'elle présente.

⁸⁹² v. n° 195.

446. **Existence d'inconvénients.** Il ne sera pas affirmé que la proportionnalité pourra être étendue aux sûretés réelles pour autrui sans aucune conséquence négative. Divers inconvénients seront envisagés afin de s'assurer qu'ils ne constituent pas des obstacles dirimants à l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Le premier de ces inconvénients réside dans le fait que l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui ferait naître une échappatoire pour les constituants de sûretés réelles pour autrui qui serait source de contentieux. De ce point de vue, l'affirmation selon laquelle toute disproportion des sûretés réelles pour autrui est impossible semble opportune. Elle permet d'éviter que n'apparaisse, en matière de sûretés réelles pour autrui, un contentieux d'une ampleur comparable au contentieux engendré par l'exigence de proportionnalité du cautionnement. La conséquence immédiate de l'apparition d'un nouveau contentieux en matière de sûretés réelles pour autrui résiderait dans l'atteinte à leur efficacité⁸⁹³. En effet, l'instauration d'une exigence de proportionnalité porterait inévitablement atteinte à l'efficacité de ces sûretés en ouvrant une possibilité pour le constituant concerné de ne pas honorer intégralement et immédiatement son engagement au jour de son appel. Même dans les hypothèses dans lesquelles la disproportion de la sûreté réelle pour autrui ne sera pas retenue, l'invocation de cet argument par le constituant fera naître un contentieux, lequel retardera le paiement du créancier. Ce risque a été mis en évidence par plusieurs auteurs⁸⁹⁴. Il est vrai que l'importance du contentieux apparu en application des exigences de proportionnalité a porté une atteinte non négligeable à l'efficacité de cette sûreté. Ce constat invite le professeur Charles Gijsbers à se demander si le refus de la Cour de cassation d'appliquer les règles du droit du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui, résulte d'une volonté de mettre ces sûretés à l'abri du régime « excessivement complexe et protecteur » qui est celui du cautionnement aujourd'hui⁸⁹⁵. Ces critiques sont justifiées, néanmoins l'opportunité de la solution ne doit pourtant pas faire oublier que, tant la finalité de

⁸⁹³ Un auteur se réjouit néanmoins de la solution retenue en jurisprudence en remarquant que l'application de l'exigence de proportionnalité aurait porté atteinte à l'efficacité des sûretés réelles pour autrui, G. Piette, « Sûretés réelles et proportionnalité », *Lexbase Hebdo édition privée* 14 mai 2009, n° 350 : « Jeter le trouble sur ces situations en les soumettant à l'exigence de proportionnalité - et donc en faisant peser une épée de Damoclès sur les sûretés constituées - aurait réduit à néant le crédit de nombreux ménages, parmi les plus modestes ».

⁸⁹⁴ A. Aynès, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *RDC* 2008, n° 4, p. 1285 : « Bien sûr, au fond, on est tenté d'approuver une décision qui conduit à cantonner strictement l'exigence de proportionnalité découverte par la jurisprudence et en partie consacrée par le législateur. Ce principe, aux contours flous et imprécis, est d'un maniement difficile et affecte grandement la sécurité du crédit, alors même que c'est ce à quoi tend une sûreté » ; G. Piette, « Sûretés réelles et proportionnalité », *Lexbase Hebdo édition privée* 14 mai 2009, n° 350.

⁸⁹⁵ Ch. Gijsbers, « Persiste et signe : la sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui n'est pas un cautionnement ! », *Defrénois* 2016, n° 18, p. 933.

l'exigence de proportionnalité, que ses modalités d'application en matière de cautionnement, invitent à l'étendre aux sûretés réelles pour autrui.

447. **Réalité du risque.** L'insolvabilité résultant de l'exécution d'une sûreté réelle pour autrui ne menace que les constituants dont le passif est important ou qui engagent par cette sûreté l'essentiel de leur actif. Ainsi, tous les constituants ne pourront se prétendre menacés d'insolvabilité en raison de la disproportion de leur engagement. Seuls seront concernés ceux qui remettent en sûreté un bien indispensable à la pérennité de leur équilibre patrimonial. Il faut reconnaître néanmoins que la sûreté réelle pour autrui est inévitablement consentie sur un bien d'une valeur importante. Si le bien remis en sûreté n'a pas de valeur conséquente, cette sûreté réelle ne présente pas d'intérêt pour le créancier. Il est vrai que la valeur importante du bien remis en sûreté n'est pas, *de facto*, déterminante pour l'équilibre patrimonial du constituant. Seuls les constituants dont l'équilibre patrimonial repose sur la propriété du bien remis en sûreté pourront se prévaloir de la règle de proportionnalité. Toutefois, il est fréquent que les particuliers ne disposent dans leur patrimoine que d'un bien d'une valeur importante : leur logement. Dans ces hypothèses, la réalisation d'une sûreté réelle pour autrui consentie sur leur logement entraînera l'apparition d'une situation d'insolvabilité dès lors qu'ils seront par ailleurs débiteurs. En outre, si seuls les constituants de sûretés réelles pour autrui dont l'équilibre patrimonial repose sur la propriété du bien remis en sûreté verront leur engagement qualifié de disproportionné, d'autres constituants tenteront d'obtenir la réduction de leur engagement en invoquant la règle de proportionnalité. Ainsi, l'extension de la règle de proportionnalité entraînera une augmentation du contentieux relatif à ces sûretés. Malgré l'augmentation prévisible du contentieux, le fait qu'une disproportion puisse être caractérisée entre l'engagement du constituant et ses possibilités de remboursement doit conduire à instaurer une règle de proportionnalité assurant la protection des constituants. Il n'existe aucune raison de refuser aux constituants de sûretés réelles pour autrui la protection par ailleurs offerte aux cautions. Il semble donc que la naissance d'un contentieux nouveau et la perte relative d'efficacité des sûretés réelles pour autrui soient le prix à payer pour assurer la protection des constituants.

448. **Exclusion des constituants aux moyens modestes.** Un dernier inconvénient pouvant résulter de l'extension de la proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui mérite d'être signalé. Cette extension pourrait porter atteinte à la possibilité pour les ménages aux revenus modestes de s'engager pour permettre à des tiers d'obtenir des crédits. En effet, les ménages les plus

modestes sont justement ceux qui lorsqu'ils consentent une sûreté réelle pour autrui, engagent un bien dont la valeur pèse de manière importante sur leur équilibre patrimonial. Pourtant, il n'est pas certain que cet inconvénient en soit réellement un. D'une part, ces personnes auront toujours la possibilité de se porter caution pour un montant proportionné à leurs facultés de remboursement. D'autre part, il n'est pas judicieux de les laisser prendre le risque de perdre un bien indispensable à leur équilibre patrimonial dans le but de permettre à des tiers d'obtenir des crédits. Il est préférable de les protéger contre la perte de ce bien justement parce qu'il représente, au sein de leur patrimoine, une richesse importante.

449. Proposition d'extension de la règle de proportionnalité. Les inconvénients envisagés ne constituent pas des obstacles dirimants à l'extension de la proportionnalité, ils ne font pas le poids face à la nécessité de protéger les constituants de sûretés réelles pour autrui de l'insolvabilité. C'est pourquoi il est inenvisageable de refuser cette extension dans le seul but d'éviter l'apparition de ces inconvénients. En définitive, la mise en évidence de la lacune dans la protection du patrimoine du constituant convainc de l'importance de prévoir une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Les obstacles à l'extension de cette règle ont été écartés et les inconvénients qui pourraient en résulter ne sont pas suffisants pour remettre en cause la nécessité de prévoir une règle de protection des patrimoines des constituants. Pour que l'instauration d'une telle règle puisse voir le jour, son régime doit être adapté.

II. L'adaptation de la règle de proportionnalité

450. Étude des adaptations nécessaires de la règle de proportionnalité. Il serait utile et même nécessaire que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui bénéficie de la protection résultant d'une exigence de proportionnalité de son engagement par rapport à ses capacités financières. Pour que notre proposition d'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui puisse être entendue, il est indispensable de s'interroger quant aux adaptations nécessaires à l'extension de l'exigence de proportionnalité à ces sûretés. L'essentiel du régime de la proportionnalité du cautionnement pourra être transposé sans difficulté aux sûretés réelles pour autrui. Ces éléments du régime de la règle de proportionnalité pourront donc être transposés sans adaptation (A). Seule la sanction de la disproportion du cautionnement devra être adaptée aux sûretés réelles pour autrui (B).

A. Les éléments transposés sans adaptation

451.Éléments à comparer. Comme il a été démontré, les modalités d'appréciation de la disproportion devront être les mêmes pour l'évaluation de la disproportion du cautionnement et des sûretés réelles pour autrui. Aucune adaptation ne sera nécessaire quant aux éléments pris en considération pour l'évaluation de la proportionnalité. L'importance de l'engagement du constituant, lequel sera limité au bien offert en sûreté, sera comparé à ses facultés de remboursement évaluées de manière réaliste en considération tant de ses actifs et de ses ressources, que de son passif et de ses charges. Cette solution constitue la clé du raisonnement permettant d'envisager une disproportion des sûretés réelles pour autrui⁸⁹⁶. Au-delà des éléments mis en balance par le contrôle de proportionnalité l'essentiel du régime retenu en matière de cautionnement se retrouvera à l'identique en matière de sûretés réelle pour autrui.

452.Régime identique à celui de la règle de proportionnalité du cautionnement. Le champ d'application personnel restera inchangé. Seuls les constituants personnes physiques de bonne foi pourront bénéficier de la protection offerte par la règle de proportionnalité. Ces constituants pourront invoquer la règle de proportionnalité quelle que soit la qualité du créancier envers qui ils sont engagés⁸⁹⁷. Par ailleurs, en matière de sûretés réelles pour autrui comme en matière de cautionnement, la proportionnalité devra être évaluée au jour de la constitution de la sûreté. Le retour à meilleure fortune prévu en matière de cautionnement sera également applicable pour la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. En somme, pour l'essentiel les modalités entourant la règle de proportionnalité du cautionnement seront transposées aux sûretés réelles pour autrui sans adaptation. Seule la sanction de la disproportion des sûretés réelles pour autrui mérite d'être précisée.

B. L'adaptation de la sanction

453.Réduction des sûretés disproportionnées. Il a été précisé lors de l'étude de la règle de proportionnalité du cautionnement que la sanction qui semblait la plus appropriée était la réduction des cautionnements disproportionnés⁸⁹⁸. Cette même sanction frappera le créancier

⁸⁹⁶ Précision : si le constituant ment sur la composition de son patrimoine, il est de mauvaise foi. Il ne pourra donc pas se prévaloir de la règle de proportionnalité laquelle est réservée aux personnes physiques de bonne foi. Par exception, si le créancier avait omis d'informer le constituant quant aux conséquences d'une déclaration patrimoniale inexacte lors de la souscription de son engagement, le constituant ne sera pas privé du droit de se prévaloir de la règle de proportionnalité. Néanmoins dans une telle hypothèse, seuls ses biens déclarés seraient pris en considération pour évaluer la proportionnalité de son engagement. v. n° 93 et 94.

⁸⁹⁷ v. n° 126 et s.

⁸⁹⁸ v. n° 195.

bénéficiaire d'une sûreté réelle pour autrui disproportionnée. Toutefois, quelques adaptations sont à prévoir quant à sa mise en œuvre. Si le paiement par la caution d'une partie de sa dette est aisé à concevoir, tel n'est pas le cas pour le constituant d'une sûreté réelle pour autrui. Le droit du créancier bénéficiaire d'un cautionnement est un droit personnel s'exerçant à l'encontre de la caution. Si le montant du cautionnement est réduit, le créancier exerce son droit personnel à l'encontre de la caution, mais il l'exerce pour un montant qui ne correspond qu'à une partie de la somme qui lui était initialement due par la caution. En revanche, le droit du créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle pour autrui est constitué d'une part du droit de saisir le bien objet de la sûreté et d'autre part d'un droit de préférence sur ce bien. La question se pose donc de savoir quelles formes peut recouvrir la réduction de la sûreté réelle pour autrui.

454. Question du blocage du droit de saisi du créancier. Il est à noter que le droit de saisir le bien ne résulte pas d'un droit de gage général, mais de la sûreté réelle pour autrui. Il est dès lors possible de considérer que le créancier, dont le droit d'action à l'encontre du constituant sera réduit ne dispose plus de la faculté de saisir ledit bien. Cette solution serait conforme à l'objectif de protection du patrimoine du constituant. Cette finalité impose que la saisie du bien par le créancier soit interdite lorsque la sûreté réelle pour autrui est déclarée disproportionnée. En effet, la sûreté réelle pour autrui est dangereuse et fait encourir au constituant un risque d'insolvabilité non seulement lorsqu'elle porte sur un bien dont la valeur est tellement importante que sa perte diminuerait l'actif du constituant au point de le rendre inférieur à son passif, mais également lorsqu'elle porte sur un bien générateur de revenus pour le constituant. Dans cette seconde hypothèse, la saisie et la vente du bien provoquerait l'insolvabilité imminente du constituant, dès lors qu'il serait privé de l'une de ses sources de revenus. Ainsi, en perdant un bien générateur de revenus, le constituant pourrait se trouver à terme dans une situation d'insolvabilité. La finalité de protection du constituant contre l'insolvabilité conduit à envisager que la réduction de la sûreté réelle pour autrui implique que le créancier perde son droit de saisir le bien remis en sûreté.

455. Parallèle avec la proportionnalité des voies d'exécution. Remarquons que cette question ne se pose pas en matière de cautionnement puisque le droit de saisie du créancier porte sur tout le patrimoine de la caution. Pourtant, la combinaison de l'exigence de proportionnalité du cautionnement, modifiée selon nos recommandations, et de l'article L. 111-7 du Code des

procédures civiles d'exécution, permettrait de parvenir à la même solution⁸⁹⁹. D'une part, la règle de proportionnalité du cautionnement entraînerait une réduction du montant du cautionnement. D'autre part, l'exigence de proportionnalité des voies d'exécution interdit au créancier de saisir dans le patrimoine de la caution un bien dont la valeur est disproportionnée à la somme dont le paiement est exigé⁹⁰⁰. Ainsi, l'exigence de proportionnalité des voies d'exécution prenant le relais de l'exigence de proportionnalité des sûretés, permet de renforcer la protection du patrimoine de la caution en interdisant au créancier de sacrifier les éléments essentiels composant l'actif de la caution dans le but d'obtenir la réalisation du cautionnement réduit.

456. Maintien du droit de préférence du créancier. Précisions que même si le créancier n'est plus en mesure de saisir le bien objet de la sûreté réelle pour autrui, cette sûreté demeure efficace en cas de vente du bien par le constituant. Dans cette hypothèse, la revente serait accompagnée d'une purge⁹⁰¹. Les juges devraient fixer la part du prix devant être conservée par le constituant afin qu'il ne se trouve pas en situation d'insolvabilité caractérisée ou imminente. Une partie du prix serait alors reversée au créancier bénéficiant de la sûreté réelle pour autrui à l'occasion de la vente du bien grevé. Il est à noter que le droit du créancier sur le bien du constituant ne disparaîtrait pas intégralement. Même privé de son droit de saisir le bien du constituant, le créancier resterait titulaire de son droit de préférence. La protection du patrimoine du constituant n'impose pas que le droit de préférence tombe avec le droit de saisie. En effet, ce droit de préférence n'a pas de conséquence sur le patrimoine du constituant.

457. Absence d'action offerte au créancier. Ainsi, le créancier bénéficiant d'une sûreté réelle pour autrui disproportionnée serait privé de son droit de saisie du bien objet de la sûreté. Or, le créancier n'a pas de droit sur les autres biens du constituant. La solution rendue par la chambre mixte de la Cour de cassation le 2 décembre 2005 s'y oppose catégoriquement⁹⁰². Nul ne conteste plus aujourd'hui la limitation de l'assiette sur laquelle s'exercent les droits du créancier. Le créancier se trouvera donc privé de toute action à l'encontre du constituant. Il ne

⁸⁹⁹ Art. L. 111-7 c. proc. civ. d'exéc. : « Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ».

⁹⁰⁰ Sur cette exigence de proportionnalité des voies d'exécution G. Couchez et D. Lebeau, *Voies d'exécution*, Dalloz Université, 12^e éd., 2017, p. 53, n° 83 ; C. Séjean-Chazal, thèse *op. cit.*, p. 219 et s., n° 169 et s.

⁹⁰¹ Sur le mécanisme de la purge des dettes en matière mobilière : M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 798 et s., n° 1084 et s. et en matière immobilière : *ibid.*, p. 790 et s., n° 1070 et s.

⁹⁰² Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. ch. mixte, n° 7, *supra*.

pourra obtenir une exécution partielle de l'engagement du constituant que selon le bon vouloir de ce dernier. En effet, le créancier privé du droit de saisir le bien objet de la sûreté, ne disposera plus d'aucun moyen de pression à l'encontre du constituant dès lors que son seul droit résidait dans cette saisie. Or, il est peu probable que le constituant choisisse d'honorer spontanément son engagement de garantir la dette d'autrui après avoir fait constater en justice la disproportion de cet engagement. Il pourra seulement attendre que le constituant revienne à meilleure fortune pour agir à une date à laquelle la sûreté réelle pour autrui ne présentera plus de caractère disproportionné ou attendre que le bien objet de la sûreté réelle pour autrui soit vendu afin de faire jouer son droit de préférence et son droit de suite.

458.**Alternatives.** La sanction de la réduction des sûretés pour autrui disproportionnées est particulièrement sévère lorsqu'elle s'applique aux sûretés réelles consenties pour autrui. Cette sévérité propre à ces sûretés peut être critiquée. Rien ne justifie qu'en cas de disproportion, le créancier bénéficiant d'une sûreté réelle pour autrui perde tout droit d'agir contre le garant, alors que les créanciers bénéficiant de sûretés personnelles conservent un droit d'agir contre le garant dans la mesure décidée par le juge. La sanction envisagée pourrait être critiquée pour son caractère disproportionné⁹⁰³. Dès lors que la sanction de la perte de son droit de saisie par le créancier semble trop sévère, il est possible d'envisager deux autres sanctions. Les deux sanctions envisagées constituent deux conceptions distinctes de la réduction des sûretés réelles pour autrui disproportionnées. En effet, dès lors que la sûreté réelle ne peut pas être purement et simplement réduite comme peut l'être un engagement personnel, la réduction des sûretés réelles pour autrui doit être aménagée. Il est envisageable, soit de permettre au créancier de saisir le bien objet de la sûreté réelle pour autrui en cantonnant les sommes qu'il pourrait percevoir par le biais de la réalisation de cette sûreté, soit de proposer au créancier la substitution d'une sûreté proportionnée à sa sûreté initiale.

459.**Hypothèse de maintien du droit de saisie du créancier.** Afin que le créancier ne perde pas entièrement la sûreté qui lui a été consentie, il semble possible d'envisager qu'il conserve son droit de saisir le bien objet de la sûreté. Le maintien du droit de saisie du créancier ne lui permettrait pas d'être payé sur l'intégralité de la valeur du bien, auquel cas la disproportion n'aurait engendré aucune sanction. Si le créancier conservait son droit de saisir le bien lui ayant été remis en sûreté, il ne pourrait obtenir qu'un paiement correspondant à une partie de la valeur

⁹⁰³ La déchéance des droits du créancier actuellement retenue par l'art. L. 332-1 c. consom. est critiquée en raison de sa sévérité : v. n° 162.

du bien. Dans cette hypothèse, le constituant conserverait finalement une partie de la somme résultant de la vente du bien. La partie du prix conservée par le constituant devrait lui permettre de conserver un patrimoine équilibré et d'éviter l'insolvabilité. En effet, le droit du créancier apparaîtrait réduit à hauteur de la disproportion. Ainsi, la partie du produit de la saisie revenant au créancier devrait apparaître proportionnée aux facultés de paiement du constituant. Une telle sanction de la disproportion pourrait néanmoins être discutée dès lors qu'elle autoriserait la saisie par le créancier d'un bien apparaissant essentiel au sein du patrimoine du constituant⁹⁰⁴. Pour échapper à cette critique, une dernière acception de la réduction de la sûreté réelle pour autrui peut être envisagée.

460. **Substitution de sûretés.** La sanction de la réduction des sûretés disproportionnées a été retenue en raison de son caractère mesuré qui en fait une sanction équilibrée. Appliquée aux sûretés personnelles, la réduction des sûretés disproportionnées permet d'atteindre un équilibre entre les intérêts du créancier et la protection des garants. La recherche d'un tel équilibre est plus délicate en matière de sûreté réelle pour autrui. La réduction de la sûreté réelle pour autrui pourrait néanmoins constituer une sanction équilibrée si elle prenait la forme de la substitution d'une sûreté de moindre valeur à la sûreté disproportionnée. Afin de procéder à une telle substitution, il semblerait cohérent que soit suivie une procédure similaire à celle qui a été proposée en matière de maintien de la proportionnalité⁹⁰⁵. Cette procédure est intéressante en ce qu'elle donne la priorité aux négociations des parties⁹⁰⁶. Selon cette procédure, le juge pourrait être saisi pour se prononcer sur l'existence d'une disproportion. Si la disproportion alléguée est caractérisée, le juge invitera le créancier et le constituant à entrer en négociation. Les négociations auront alors pour objet le choix d'une nouvelle sûreté consentie au créancier en échange de la perte de la sûreté réelle pour autrui. En cas d'échec des négociations, le juge pourra alors procéder lui-même à la substitution de sûretés. Il lui appartiendra de choisir une sûreté proportionnée aux facultés de paiement du constituant permettant de remplacer la sûreté réelle initiale.

⁹⁰⁴ Une telle saisie si elle est pratiquée sur un bien dont le constituant tire une partie de ses revenus réguliers pourrait conduire le constituant de la sûreté réelle pour autrui à l'insolvabilité malgré le cantonnement de la part du produit de la saisie revenant au créancier.

⁹⁰⁵ Sur la procédure du maintien de la proportionnalité : v. n° 253 et s.

⁹⁰⁶ Il est préférable d'inviter les parties à modifier elles-mêmes leur convention dès lors que cette issue évite qu'il soit porté atteinte à la force obligatoire des contrats.

Article relatif à la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui

La règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui pourrait faire l'objet d'un article du Code civil rédigé comme suit⁹⁰⁷ :

Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui personne physique de bonne foi peut s'opposer à sa réalisation si le respect de cet engagement était disproportionné à ses facultés de paiement au jour de son engagement et le demeure au jour de la poursuite.

Une fois la disproportion constatée judiciairement, les parties choisissent ensemble une sûreté se substituant à la sûreté réelle initiale.

En l'absence d'accord des parties, la substitution de sûreté est prononcée judiciairement.

⁹⁰⁷ L'intervention du législateur sera nécessaire pour que la règle de proportionnalité telle qu'elle existe en matière de cautionnement soit améliorée. Il semblerait cohérent de profiter de cette modification des textes pour intégrer au sein du Code civil l'article relatif à la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Leur place au sein du Code civil se justifie par le fait que ces textes ont vocation à protéger l'ensemble des constituants personnes physiques de bonne foi.

Conclusion du chapitre

Les sûretés réelles pour autrui étaient anciennement connu sous le nom de « cautionnements réels ». Ces sûretés ont connu une histoire mouvementée. Elles ont beaucoup évolué jusqu'à ce que leur technique soit clairement définie par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2005. Depuis, il est incontestable que ces sûretés n'offrent au créancier qu'un droit dont l'assiette est limitée au bien objet de la sûreté. Ces sûretés diffèrent du cautionnement en ce qu'elles n'offrent pas au créancier un droit personnel à l'encontre du constituant. Pour la Cour de cassation, cette distinction justifie que les constituants de sûreté réelle pour autrui soient privés d'une part du droit d'être mis en garde par le créancier lors de leur engagement et d'autre part de la protection offerte par la règle de proportionnalité. En effet, puisque ces sûretés sont limitées dans leur étendue, la Cour de cassation en déduit qu'elles ne peuvent être disproportionnées par rapport aux « biens et revenus » du garant. La doctrine approuve presque unanimement ce rejet de l'extension de la règle de proportionnalité alors même qu'elle est partagée concernant le refus de faire bénéficier les constituants de la protection offerte par le devoir de mise en garde.

Pourtant, les sûretés réelles pour autrui présentent des similitudes importantes avec les sûretés personnelles. En particulier, ces sûretés sont fondamentalement déséquilibrées dès lors que les garants ne perçoivent aucune contrepartie pour leur engagement. C'est précisément ce caractère fondamentalement déséquilibré qui justifie l'existence d'une règle de proportionnalité des cautionnements dès lors que c'est l'exécution d'une obligation sans contrepartie qui fait apparaître un risque d'insolvabilité. La justification de la Cour de cassation qui refuse d'appliquer aux constituants de sûretés réelles pour autrui la protection offerte par la règle de proportionnalité apparaît dès lors inadaptée.

En outre, l'absence de protection des constituants contre l'insolvabilité apparaît parfois rigoureuse. La Cour de cassation elle-même reconnaît le risque que les sûretés réelles pour autrui font peser sur le patrimoine des constituants. Elle retient notamment qu'une société à risque illimité ne peut constituer une sûreté réelle pour autrui portant sur son unique bien en ce

qu'un tel engagement serait contraire à son intérêt social⁹⁰⁸. Pourtant, de telles sûretés peuvent être souscrites par d'autres constituants. L'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui permettrait dès lors que tous les constituants personnes physiques de bonne foi soient mis à l'abri de la constitution de tels engagements. Pourtant, la Cour de cassation refuse de constater que les sûretés réelles pour autrui peuvent être disproportionnées aux facultés de paiement du constituant. Ce refus est fondé sur une appréciation erronée de la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui.

La Cour de cassation envisage une évaluation de cette proportionnalité des sûretés réelles pour autrui en fonction des seuls actifs et ressources des constituants. Une telle évaluation conduit inévitablement à considérer que les sûretés réelles pour autrui sont proportionnées dès lors que le constituant a dans son patrimoine le bien remis en sûreté. Pourtant, l'objectif de protection des patrimoines des cautions impose de prendre en compte tant ses ressources et ses biens, que ses charges et ses dettes.

Tel est le cas aujourd'hui en matière de cautionnement tant lorsque les juges recherchent la disproportion au jour de la conclusion du cautionnement que lorsqu'ils apprécient l'existence d'un retour à meilleure fortune. Tel devrait également être le cas lorsque sur les juges évaluent le montant des dommages-intérêts dus à la caution ayant agi sur le fondement de la règle de proportionnalité jurisprudentielle. Si la proportionnalité était toujours appréciée en considération des facultés de paiement réelles des garants, il ne serait plus possible d'affirmer que les sûretés réelles pour autrui sont toujours proportionnées aux facultés de paiement du constituant. En effet, l'engagement souscrit peut porter sur un bien indispensable au maintien de l'équilibre patrimonial du constituant de sorte que son engagement se trouverait disproportionné à ses facultés de paiement. Ainsi, dès lors que l'on apprécie la proportionnalité non seulement en considération des biens et revenus mais aussi en considération des dettes et des charges du constituant aucun obstacle ne s'oppose à l'extension de la règle de proportionnalité à ces sûretés.

L'absence d'obstacle ne préjuge pas de l'existence d'inconvénient⁹⁰⁹. Il est vrai que l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui ferait naître un contentieux et ce contentieux pourrait porter atteinte à l'efficacité de ces sûretés. Ces inconvénients résultant de

⁹⁰⁸ Sur la jurisprudence relative à l'intérêt social : v. n° 424.

⁹⁰⁹ Sur les inconvénients de l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui : v. n° 446 et s.

la règle de protection des garants doivent être assumés. La finalité de protection de l'ensemble des constituants de sûretés pour autrui contre l'insolvabilité conduit à accepter ces inconvénients. Enfin, la règle de proportionnalité empêcherait les personnes disposant d'un patrimoine tout juste équilibré ou d'un seul bien de valeur, d'offrir ce bien en garantie de la dette d'un tiers. Néanmoins, si cette impossibilité peut être perçue comme un frein du point de vue de l'accès au crédit, elle concrétise la protection des garants. Les débiteurs proches de ces personnes devront trouver d'autres moyens pour offrir des garanties à leurs créanciers.

Aucun obstacle n'empêche l'extension de la règle de proportionnalité. Les inconvénients résultants de cette extension doivent être acceptés. Par suite, nous proposons l'extension de la règle de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui. La sanction du créancier bénéficiant d'une sûreté disproportionnée doit être adaptée en matière de sûreté réelle pour autrui⁹¹⁰. La transposition de la réduction aux sûretés réelles pour autrui apparaît délicate. Le créancier bénéficiant d'une sûreté réelle pour autrui ne dispose d'un droit que sur le bien objet de la sûreté. Si le créancier perd son droit de saisir le bien objet de la sûreté, il ne sera en mesure de saisir aucun autre bien dans le patrimoine du constituant. Une telle sanction apparaîtrait disproportionnée. Si, à l'inverse, le créancier conserve son droit de saisir le bien objet de la sûreté, le constituant ne sera pas à l'abri de l'insolvabilité. Une telle sanction apparaîtrait inefficace. A donc été retenu la substitution d'une sûreté modérée à la sûreté initialement offerte au créancier. Une fois la disproportion constatée judiciairement, le constituant et le créancier seront invités à entrer en négociations pour convenir d'une sûreté remplaçant la sûreté réelle initialement consentie.

⁹¹⁰ Sur l'adaptation de la sanction : v. n° 453 et s.

Conclusion du titre 2

La règle de proportionnalité doit être étendue aux garanties autonomes, aux lettres d'intention et aux sûretés réelles pour autrui. La règle de proportionnalité du cautionnement a pour finalité de protéger les cautions de l'insolvabilité. Cette protection leur a été offerte parce que les cautions souscrivent un engagement dangereux. Il est possible de considérer que le danger du cautionnement trouve sa source soit dans le caractère fondamentalement déséquilibré de cet engagement soit dans le fait que la caution souscrit un engagement personnel. La première de ces hypothèses semble néanmoins plus convaincante. Or d'une part, les garants autonomes, les émetteurs de lettres d'intention et les constituants de sûretés réelles pour autrui s'engagent également sans percevoir aucune contrepartie. Et d'autre part, l'exécution de ces différentes sûretés pour autrui peut placer ses constituants en situation d'insolvabilité.

Cette dernière affirmation a dû être particulièrement démontrée concernant les sûretés réelles pour autrui dès lors que la Cour de cassation s'y oppose. En effet, la Cour de cassation considère que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui est toujours en mesure de respecter son engagement dès lors qu'il est propriétaire du bien grevé de la sûreté. Par conséquent, elle refuse explicitement de faire bénéficier ces constituants de la règle de proportionnalité existante en matière de cautionnement. Pourtant, la réalisation de la sûreté réelle prenant la forme d'une remise du bien grevé au créancier peut placer le constituant en situation d'insolvabilité dès lors que ce dernier ne perçoit aucune contrepartie.

Ainsi, toutes les sûretés pour autrui sont susceptibles de placer leurs constituants en situation d'insolvabilité. Ce risque ayant mené à l'instauration d'une règle de proportionnalité du cautionnement doit aujourd'hui conduire à l'extension de cette règle à l'ensemble des sûretés constituées pour autrui.

Les conséquences de l'extension de la règle de proportionnalité du cautionnement à l'ensemble des sûretés pour autrui ont été envisagées. Il pourrait être reproché aux différentes règles de proportionnalité d'entraîner une perte d'efficacité des sûretés pour autrui. Cet inconvénient doit être accepté pour servir la finalité de protection de l'ensemble des constituants de sûretés pour autrui. Par ailleurs, l'atteinte à l'efficacité des sûretés pour autrui apparaîtra limitée dès lors que seules les personnes physiques de bonne foi pourront invoquer les différentes règles de proportionnalité. Enfin, il est possible que l'extension de la règle existante aux différentes

sûretés personnelles conduise les créanciers à préférer obtenir de la part des garants personnes physiques des cautionnements plutôt que des garanties autonomes ou des lettres d'intention. Cette conséquence indirecte de l'extension de la règle est satisfaisante en ce que la technique du cautionnement est mieux comprise par les personnes physiques non averties que celles des autres sûretés personnelles.

L'extension de la règle de proportionnalité apparaît non seulement nécessaire et opportune mais également possible matériellement. Quelques adaptations seront néanmoins nécessaires concernant les lettres d'intention et les sûretés réelles pour autrui. D'une part, dès lors que l'émetteur d'une lettre d'intention ne s'engage pas à verser une somme d'argent au créancier, il est apparu que la proportionnalité des lettres d'intention ne peut consister dans la proportionnalité d'une somme d'argent due par l'émetteur par rapport à ses facultés financières. Par suite la proportionnalité sera appréciée entre l'obligation de faire ou de ne pas faire souscrite par l'émetteur par rapport à sa faculté à honorer cet engagement. D'autre part, la sanction de la réduction doit être adaptée tant en matière de lettres d'intention qu'en matière de sûretés réelles pour autrui. Si le créancier bénéficie d'une lettre d'intention disproportionnée, la réduction portera sur l'obligation de faire ou de ne pas faire souscrite par l'émetteur. Par ailleurs, s'il bénéficie d'une sûreté réelle pour autrui disproportionnée, la réduction pourra prendre la forme d'une substitution de sûreté.

Conclusion de la partie 1

Il est possible d'améliorer le régime de la règle de proportionnalité du cautionnement.

L'avant-projet de réforme du droit des sûretés soumis par l'Association Henri Capitant propose de supprimer la condition relative à la qualité de professionnel du créancier. Nous adhérons à cette proposition. Nous pensons en outre que le champ d'application personnel de la règle serait plus cohérent avec sa finalité si toutes les cautions personnes physiques de bonne foi pouvaient invoquer la règle de proportionnalité. L'exclusion des cautions de mauvaise foi est inspirée des règles de traitement du surendettement de particuliers. Elle permet de s'assurer que les cautions qui pourront invoquer cette règle méritent la protection qui leur est offerte.

La sanction de la déchéance retenue par la règle de proportionnalité légale doit également être modifiée. La réduction du cautionnement disproportionné proposée par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés apparaît comme une sanction plus mesurée et par conséquent plus juste. Elle a été retenue après avoir été comparée à la paralysie des droits du créancier qui semblait également être une sanction intéressante.

Il a été précisé que la proportionnalité devait toujours s'entendre de la proportionnalité entre les facultés réelles de paiement de la caution et l'importance de son engagement. Le calcul des facultés de paiement de la caution suppose de tenir compte non seulement de l'actif et des revenus de la caution, mais aussi de son passif et de ses charges. Par ailleurs, il apparaît que la date d'appréciation de la proportionnalité peut rester inchangée. Néanmoins un mécanisme spécial est proposé lorsque la disproportion constatée au jour de l'appel de la caution n'existait pas au jour de son engagement. Ce mécanisme du maintien de la proportionnalité a pour objet le remplacement du cautionnement devenu disproportionné par une nouvelle sûreté.

Il ne sera possible d'obtenir la réduction du cautionnement ou sa substitution par une nouvelle sûreté que si le juge constate la disproportion et après une phase de négociations des parties. En effet, le juge ne prononcera pas directement la sanction mais invitera les parties à s'entendre selon les hypothèses soit sur le montant du cautionnement après réduction, soit sur les modalités de la substitution de sûreté. En l'absence d'accord des parties, le juge pourra prononcer lui-même ces sanctions.

Ces modifications apportées au régime de la règle de proportionnalité du cautionnement permettront de restaurer la cohérence de la finalité et du régime de la règle. Ainsi améliorée, la

règle de proportionnalité pourra être étendue aux garanties autonomes, aux lettres d'intention et aux sûretés réelles pour autrui.

Cette extension est à la fois nécessaire, opportune et possible matériellement. Elle est nécessaire en ce que le risque d'insolvabilité résultant du cautionnement se retrouve à l'identique lors de la souscription d'autres sûretés personnelles ou d'une sûreté réelle pour autrui. En effet, l'équilibre patrimonial de tous les constituants de sûretés pour autrui peut être perturbé par la sûreté offerte dès lors qu'ils souscrivent un engagement fondamentalement déséquilibré. L'extension est opportune dès lors qu'elle ne portera pas une atteinte insupportable à l'efficacité des sûretés concernées. En ce sens, il convient de rappeler que seules les personnes physiques de bonne foi pourront se prévaloir de la règle de proportionnalité. Enfin, toutes les sûretés pour autrui peuvent recevoir la règle de proportionnalité au prix de quelques adaptations. Précisément, la proportionnalité des lettres d'intention consistera en une comparaison de l'obligation de faire ou de ne pas faire souscrite par l'émetteur et sa faculté à exécuter cette obligation. Par ailleurs, la réduction prononcée en cas de disproportion portera sur l'obligation souscrite par l'émetteur. La sanction proposée sera également adaptée lorsqu'elle portera sur une sûreté réelle pour autrui. Cette adaptation est nécessaire, dès lors que la réduction d'une sûreté réelle n'est pas aussi aisée que celle d'une créance. La sanction de la sûreté réelle pour autrui prendra donc la forme d'une substitution de sûreté.

Ainsi améliorée et étendue, la règle de proportionnalité permettra de protéger efficacement l'ensemble des garants contre l'insolvabilité.

Rappel des propositions de thèse

Les textes proposés devraient être intégrés au livre IV du Code civil relatif aux sûretés. Les articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation devraient être abrogés.

Article relatif à la réduction du cautionnement disproportionné

Le cautionnement fourni par une caution personne physique de bonne foi peut être réduit s'il est d'un montant manifestement disproportionné à ses facultés de paiement lors de sa conclusion, à moins que la disproportion ne puisse plus être constatée au moment où celle-ci est appelée.

Le juge constatant une telle disproportion invite la caution et le créancier à déterminer ensemble le montant du cautionnement révisé. En l'absence d'accord des parties le juge procède lui-même à la réduction du cautionnement.

Les personnes physiques ayant choisi le statut d'entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ne sont pas admises à se prévaloir de la présente règle.

Article relatif au maintien de la proportionnalité du cautionnement

Lorsque la disproportion manifeste du montant dû par la caution personne physique de bonne foi par rapport à ses capacités financières résulte d'une évolution de sa situation depuis son engagement, le créancier, le débiteur ou la caution peuvent saisir le juge.

Ils sont toutefois privés de cette action lorsque le débiteur principal fait l'objet d'une procédure prévue au livre VI du Code de commerce.

S'il constate une disproportion manifeste, le juge invite le créancier et le débiteur à entrer en négociation afin de substituer une nouvelle sûreté au cautionnement initialement offert au créancier. Le juge peut encadrer ces négociations et fixer un délai au-delà duquel il procédera lui-même à une substitution de sûreté.

En cas d'échec des négociations des parties, le juge peut ordonner la libération totale ou partielle de la caution en contrepartie de l'octroi au créancier d'une sûreté de valeur équivalente prise sur le patrimoine du débiteur.

Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'offrir au créancier une nouvelle sûreté, la caution reste tenue.

La règle de proportionnalité des garanties autonomes et des lettres d'intention pourrait faire l'objet d'articles du Code civil rédigés comme suit⁹¹¹ :

Article relatif à la proportionnalité des garanties autonomes

Le garant autonome personne physique de bonne foi peut obtenir la réduction judiciaire de son engagement si la garantie autonome souscrite est manifestement disproportionnée à ses facultés de paiement au jour de sa souscription.

Si une disproportion manifeste apparaît au cours de l'existence de la garantie autonome, la procédure de maintien de la proportionnalité prévue en matière de cautionnement sera suivie et conduira à la substitution d'une sûreté nouvelle à la garantie autonome initiale.

Article relatif à la proportionnalité des lettres d'intention

L'émetteur d'une lettre d'intention personne physique de bonne foi peut obtenir la réduction judiciaire de son obligation de faire ou de ne pas faire, si cette obligation était manifestement disproportionnée par rapport à sa faculté à l'exécuter lors de son engagement.

Si la disproportion est apparue au cours de l'existence de la lettre d'intention, la procédure de maintien de la proportionnalité prévue en matière de cautionnement sera suivie et conduira à la substitution d'une sûreté nouvelle à la lettre d'intention initiale.

⁹¹¹ L'intervention du législateur sera nécessaire pour que la règle de proportionnalité telle qu'elle existe en matière de cautionnement soit améliorée. Il semblerait cohérent de profiter de cette modification des textes pour intégrer au sein du Code civil les articles relatifs à la proportionnalité des garanties autonomes et des lettres d'intention. Leur place au sein du Code civil se justifie par le fait que ces textes ont vocation à protéger l'ensemble des garants personnes physiques de bonne foi.

Article relatif à la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui

La règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui pourrait faire l'objet d'un article du Code civil rédigé comme suit⁹¹² :

Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui personne physique de bonne foi peut s'opposer à sa réalisation si le respect de cet engagement était disproportionné à ses facultés de paiement au jour de son engagement et le demeure au jour de la poursuite.

Une fois la disproportion constatée judiciairement, les parties choisissent ensemble une sûreté se substituant à la sûreté réelle initiale.

En l'absence d'accord des parties, la substitution de sûreté est prononcée judiciairement.

⁹¹² L'intervention du législateur sera nécessaire pour que la règle de proportionnalité telle qu'elle existe en matière de cautionnement soit améliorée. Il semblerait cohérent de profiter de cette modification des textes pour intégrer au sein du Code civil l'article relatif à la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Leur place au sein du Code civil se justifie par le fait que ces textes ont vocation à protéger l'ensemble des constituants personnes physiques de bonne foi.

Seconde partie

Proportionnalité des sûretés et préservation du crédit des constituants

461. **Limite aux pouvoirs des créanciers.** La proportionnalité des sûretés permet de limiter les pouvoirs du créancier qui se trouve en position de force face à un candidat au crédit. Elle peut recouvrir deux formes. La première consiste dans la proportionnalité des sûretés pour autrui par rapport aux facultés de paiement des garants. La seconde réside dans la proportionnalité des sûretés accordées au créancier par rapport à l'importance du crédit garanti. Ainsi comprise, la proportionnalité permettrait d'éviter le gaspillage des sûretés du débiteur. L'admission de cette seconde facette de la proportionnalité des sûretés n'est toutefois pas évidente en ce qu'elle porterait atteinte aux droits des créanciers. En effet, la limitation du droit pour le créancier d'obtenir des sûretés s'accompagnera de la sanction de la prise de sûretés disproportionnées. Il nous semble néanmoins possible de proposer une règle de proportionnalité des sûretés respectueuse de l'équilibre des intérêts des créanciers et des constituants de sûretés.

462. **Finalité de la règle.** Une règle de proportionnalité des sûretés par rapport à la créance garantie interdirait au créancier de se « surgarantir ». De la sorte, il ne pourrait pas contraindre le

constituant de sûretés à lui fournir des sûretés sans rapport avec le crédit garanti. En consentant moins de sûretés pour obtenir un même crédit, le constituant préserverait des biens non grevés qu'il pourrait offrir en sûreté ultérieurement afin d'obtenir de nouveaux crédits. De même l'économie de sûretés personnelles, permet au garant d'accéder plus facilement à de nouveaux crédits dès lors que son patrimoine n'est pas grevé d'une dette pour autrui. En l'absence de règle limitant la prise de sûretés, le créancier est en mesure d'exiger des sûretés sans limite et n'hésite pas en pratique à se surprotéger au détriment des intérêts des constituants⁹¹³. C'est l'observation de cette pratique qui nous conduit à rechercher une règle qui permettrait aux sûretés de retrouver leur véritable rôle de mécanismes facilitant l'octroi de crédits. Il convient de rappeler que le créancier accepte d'octroyer un crédit à un débiteur lorsqu'il lui accorde sa confiance. L'étymologie même du mot « crédit » atteste de cette réalité. Ce terme issu du latin *credere* qui signifie croire est rattaché à l'idée de confiance⁹¹⁴. Le crédit est donc octroyé par un créancier qui accorde sa confiance à son débiteur⁹¹⁵. Les sûretés doivent permettre d'encourager le créancier à accorder sa confiance au débiteur. Lorsque le créancier se fait consentir des sûretés disproportionnées par rapport au crédit qu'il octroie au débiteur, il apparaît que les sûretés prises sont détournées de cette finalité.

463. Distinction des deux règles de proportionnalité des sûretés. L'excès dans l'exigence de garanties des créanciers a été identifié par un auteur comme l'un des deux maux résultant de l'octroi de crédits. Cet auteur affirme que « "la surgarantie" est, comme le surendettement, le mal d'une société qui vit à crédit »⁹¹⁶. C'est à ces deux maux que les règles de proportionnalité étudiées permettraient de remédier. Les deux règles envisagées présentent des points communs. En effet, ces deux règles ont pour effet de limiter le pouvoir du créancier afin de favoriser la

⁹¹³ Cette pratique est une réalité qui a été qualifiée de « coup de râteau », elle consiste pour le créancier à observer le patrimoine du débiteur pour se faire consentir toutes les sûretés possibles. Sur le « coup de râteau » : V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 962, n° 1339.

⁹¹⁴ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° crédit : « emprunté à l'italien *credito*, du latin *creditum*, du verbe *credere* ». Dans son sens premier il signifie « Confiance qu'une personne inspire sur sa solvabilité (avoir du crédit) ; confiance en la solvabilité du débiteur (faire crédit) ». Dans un deuxième sens : « Soutien financier ; opération par laquelle une personne (généralement un banquier) met ou fait mettre une somme à la disposition d'une autre personne en raison de la confiance qu'elle lui fait. Et seulement dans un troisième sens « Par extension synonyme de prêt consenti par un organisme financier (crédit à long terme, à moyen terme) ; expression générique désignant les diverses formes d'avances et de prêts des banques ».

⁹¹⁵ Sur la notion de confiance expliquée au travers de la fable d'Épouse, « Le renard et le bouc ». E. Netter, *Les garanties indemnitaires*, PUAM, 2014, n° 4 p. 20 et s. Et sur le lien entre l'octroi de crédit et la confiance : *ibid. loc. cit.*

⁹¹⁶ J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. Ph. Le Tourneau, PUAM, 2004, p. 188, n° 196. Selon l'auteur, les incidents de paiement sont une fatalité lorsque la richesse dépensée est toujours supérieure à la richesse existante. Ces incidents conduisent les créanciers à exiger davantage de garanties. Ainsi le crédit conduit naturellement au surendettement d'une part et à l'excès de garanties prises d'autre part.

situation du débiteur. En dehors de cette finalité commune, les deux règles de proportionnalité envisagées doivent être clairement distinguées. La première des deux règles a pour but d'éviter que l'octroi de sûretés fasse apparaître des situations d'insolvabilité⁹¹⁷. La seconde aurait quant à elle pour objectif d'éviter le gaspillage du crédit du constituant. L'avantage de l'économie de sûretés apparaît moins évident que celui de la lutte contre l'insolvabilité visée par la première règle de proportionnalité. En outre, la proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité est aisément perceptible dès lors qu'elle existe en matière de cautionnement. À l'inverse, la règle de proportionnalité permettant de préserver le crédit du constituant semble plus abstraite dès lors qu'elle n'est pas consacrée en droit positif.

464. Absence de règle générale de proportionnalité des sûretés. Pourtant, certaines règles imposent le respect d'un rapport de proportionnalité entre les sûretés obtenues par un créancier et le crédit garanti. Ces règles sont néanmoins isolées. Elles concernent les sûretés judiciaires⁹¹⁸, les hypothèques légales inscrites sur plusieurs immeubles⁹¹⁹ ou encore les hypothèques garantissant des créances éventuelles, conditionnelles ou au montant indéterminé⁹²⁰. Le domaine restreint et la diversité des règles faisant intervenir la notion de proportionnalité par rapport au crédit consenti interdisent d'y voir un principe sous-jacent de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti. Ces règles sont par ailleurs moins fréquemment invoquées que la règle de proportionnalité du cautionnement, de sorte que l'exigence de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti n'apparaît pas comme une règle fondamentale du droit des sûretés.

⁹¹⁷ Cette règle est logiquement réservée à la constitution de sûretés pour autrui dès lors que la constitution de sûretés par le débiteur lui-même n'est source d'aucun endettement. Un auteur analyse en détail le droit octroyé au créancier de saisir les biens de son débiteur en vertu du droit de gage général : C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019, p. 32, n° 21 c.

⁹¹⁸ Art. R. 532-9 c. proc. civ. d'exéc. : « Lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties, le débiteur peut faire limiter par le juge les effets de la sûreté provisoire s'il justifie que les biens demeurant grevés ont une valeur double du montant de ces sommes ».

⁹¹⁹ Art. 2444 c. civ. : « Lorsque les inscriptions prises en vertu des articles 2401 et 2412 sont excessives, le débiteur peut demander leur réduction en se conformant aux règles de compétence établies dans l'article 2442. Sont réputées excessives les inscriptions qui grevent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ».

⁹²⁰ Art. 2445 c. civ. : « Peuvent aussi être réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention. L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur, sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte ».

465. **Refus d'une exigence générale de proportionnalité des sûretés.** Au-delà de l'absence d'une règle générale, peut être constaté le refus de voir consacré un principe général de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti. Plusieurs auteurs se positionnent clairement en ce sens et exposent les avantages de la prise de sûretés sur des biens d'une valeur supérieure au montant de la créance garantie⁹²¹. Les auteurs expliquent qu'en obtenant de telles sûretés, les créanciers se munissent contre différents facteurs tels que la dévaluation du bien ou l'augmentation du montant de la créance garantie⁹²². En outre, la prise de sûretés sur des biens dont la valeur est disproportionnée par rapport au crédit garanti ne semble pas spécialement nuisible au constituant. Cette apparence bénigne sera démentie. Pour l'heure, le législateur donne raison aux auteurs qui refusent que le droit de prendre des sûretés soit restreint. En effet, *de lege lata*, le créancier dispose du droit de se faire consentir des sûretés disproportionnées au crédit consenti. Nous proposerons une règle de proportionnalité permettant de limiter ce droit. Pour justifier l'instauration d'une règle de proportionnalité, il conviendra d'en étudier précisément le domaine (titre 1). Une fois l'instauration de la règle justifiée, son régime pourra être défini (titre 2).

⁹²¹ C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 224, n° 171 : affirme que la disproportion entre la valeur du bien grevé de sûreté et le montant de la créance garantie est « communément admise » et présente un « gage d'efficacité de la sûreté réelle » ; P. Crocq, « Proportionnalité et sûretés », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 298, n° 16 : l'auteur évoque un « besoin légitime d'anticiper les difficultés de réalisation » ; Ph. Dupichot, thèse *op. cit.*, p. 513, n° 673 : l'auteur distingue l'abus lors de la réalisation des sûretés de la prise de sûretés d'une valeur supérieure au montant de la créance garantie. Cette dernière est selon lui justifiée par le risque de dévaluation du bien ou d'accroissement de la créance ; D. Legeais, « principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA*, 30 sept. 1998, n° 117, p. 38 s. : « l'indivisibilité de la sûreté réelle implique que la valeur de la chose donnée pour sûreté puisse excéder ce qui est dû par le débiteur. Traditionnellement, il est donc admis que le créancier a le droit de cumuler les sûretés et même de se surgarantir ».

⁹²² v. spéc. Ph. Dupichot, *op. cit.*, *loc. cit.*

Titre I

Le domaine de la proportionnalité

466. **Distinction entre les différentes sûretés.** La règle de proportionnalité ne s'applique pas avec la même évidence aux différentes sûretés. Certaines sûretés réelles absorbent toute la valeur du bien sur lequel elles sont prises. L'application d'une règle de proportionnalité à ces sûretés apparaît justifiée. Une telle règle permettrait de contraindre le créancier à se faire consentir une sûreté sur un bien d'une valeur proportionnée au montant de la créance garantie. Ainsi, le crédit pouvant être retiré d'un bien dont la valeur est disproportionnée au crédit garanti ne pourrait être entièrement absorbé. À l'inverse, d'autres sûretés permettent au créancier d'acquérir un rang au sein d'un classement des créanciers ayant pris une sûreté sur le même bien. La prise d'une telle sûreté ne semble pas contraignante pour le constituant. Il pourra encore offrir son bien en garantie de nouveaux crédits. La différence entre le montant de la créance garantie par la première sûreté inscrite et la valeur du bien reste disponible. Cette partie de la valeur du bien non affectée par la sûreté peut être offerte en sûreté à d'autres créanciers. En outre, le nombre de créanciers inscrits sur un même bien n'est pas limité de sorte qu'un bien d'une grande valeur peut être affecté au remboursement de nombreuses créances modestes. Enfin, les sûretés personnelles semblent mises à l'écart dès lors qu'elles ne portent pas sur un bien, mais sur l'ensemble du patrimoine du garant. L'évaluation de la proportionnalité de la sûreté offerte par rapport au crédit consenti fait naître des problématiques spécifiques les concernant. En effet, les sûretés personnelles ne sont pas soumises au principe de spécialité. Elles ne sont donc pas limitées par ce principe au montant de la créance garantie. Pourtant, il conviendra de distinguer

entre les différentes sûretés personnelles. En particulier, parce que le caractère accessoire du cautionnement impose une limite similaire à celle du principe de spécialité.

467. **Étude distincte de chaque sûreté et généralisation de la règle.** La diversité des sûretés fait à la fois la richesse et la complexité de la matière⁹²³. En vertu de cette diversité, il est intéressant d'étudier distinctement chaque sûreté afin de vérifier que la règle de proportionnalité doit lui être appliquée (chapitre 1). La grande diversité des sûretés ne doit pas occulter la réalité de la pratique. L'observation des pratiques commerciales et bancaires fait apparaître que les créanciers exigent autant que possible la constitution de plusieurs sûretés. C'est pourquoi, une fois qu'il aura été vérifié que la règle de proportionnalité peut être appliquée à chaque type de sûreté, devra être envisagée une règle de proportionnalité applicable globalement à l'ensemble des sûretés consenties à un créancier (chapitre 2).

⁹²³ Pour remédier à cette complexité, certains auteurs proposent l'instauration d'une sûreté unique. v. notamment : Ch. Juillet, « La sûreté hypothécaire unique en droit français », *RDBF*, n° 2, mars 2016, dossier 12 ; N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *loc. cit.*, dossier 13 ; N. Martial-Braz, « L'opposabilité de l'hypothèque unique », *loc. cit.*, dossier 14 ; M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *loc. cit.*, dossier 15 ; C. Houin-Bressand et F. Pérochon « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *loc. cit.*, dossier 16.

Chapitre 1

L'application de la règle à chaque sûreté

468. **Applicabilité à toutes les sûretés.** La règle de proportionnalité est une règle de protection des constituants. À ce titre elle doit les mettre à l'abri du gaspillage de leur crédit quelles que soient les sûretés qui grèvent leur patrimoine. C'est pourquoi, la règle de proportionnalité doit être applicable à toutes les sûretés. La nature des sûretés est indifférente : il peut s'agir de sûretés réelles ou personnelles (section 1). La source des sûretés est également sans incidence : elles peuvent être d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle (section 2).

Section 1 : L'indifférence de la nature réelle ou personnelle des sûretés

469. **Distinction des sûretés réelles et personnelles.** La disproportion des sûretés prises par rapport au crédit consenti fait naître des problématiques différentes en présence de sûretés personnelles et de sûretés réelles. Alors que la majorité des sûretés réelles sont limitées par le principe de spécialité, les sûretés personnelles pourraient être prises pour des sommes supérieures au montant de la créance garantie. Cette affirmation ne vaut évidemment pas pour le cautionnement qui est limité au montant de la créance principale, non en application du principe de spécialité applicable aux sûretés réelles, mais en raison de son caractère accessoire renforcé. Ainsi, les principes applicables ne sont pas les mêmes en présence de sûretés réelles et de sûretés personnelles. De ce point de vue, les constituants de sûretés réelles pour autrui se verront appliquer les mêmes règles que celles applicables aux débiteurs constituant des sûretés pour eux-mêmes. En effet, en application de la règle de proportionnalité visant à préserver le crédit des constituants, les éléments à prendre en considération sont le montant de la créance à garantir, la nature et la valeur des sûretés consenties en contrepartie. Ainsi, la personne du constituant est indifférente. Les sûretés réelles consenties pour autrui ne seront donc pas

étudiées spécifiquement. La règle de proportionnalité leur sera applicable comme elle l'est en présence de toute sûreté réelle. Néanmoins, les problématiques liées à la personne du bénéficiaire de la règle de proportionnalité sont propres aux sûretés consenties pour autrui. De ce point de vue, les sûretés réelles pour autrui pourront se voir appliquer les règles dégagées en matière de sûretés personnelles. Seront étudiées distinctement la proportionnalité des sûretés réelles (§ 1) et la proportionnalité des sûretés personnelles (§ 2).

§ 1 : La proportionnalité des sûretés réelles

470. **Utilité de la distinction entre les sûretés.** Parmi les sûretés réelles, certaines sont réputées gaspiller le crédit du constituant alors que d'autres seraient sans incidence sur la capacité du constituant à obtenir de nouveaux crédits. Il apparaît dès lors nécessaire de différencier ces deux catégories de sûretés dans le cadre de l'étude d'une règle visant à lutter contre le gaspillage du crédit du constituant (I). Pourtant, les règles de proportionnalité existantes conduiront à douter de la pertinence de la distinction entre les sûretés selon qu'elles absorbent ou non le crédit du constituant. Les doutes relevés conduiront finalement à admettre que toutes les sûretés réelles participent à la disproportion, ce qui nous conduira à rejeter cette distinction pour envisager une règle de proportionnalité applicable à toutes les sûretés réelles (II).

I. La distinction entre les sûretés

471. **Notion de gaspillage du crédit.** La règle de proportionnalité des sûretés a pour but de lutter contre le gaspillage du crédit des constituants. Il semble dès lors indispensable d'identifier les sûretés réelles qui en elles-mêmes portent atteinte au crédit du constituant. Les sûretés réelles gaspillent le crédit du constituant lorsqu'une fois offertes à un créancier, elles empêchent la constitution de nouvelles sûretés sur le bien qui constitue leur assiette. Tel est le cas par exemple de la fiducie. Ainsi, certaines sûretés réelles en raison de leur technique absorbent le crédit du constituant. La prise de telles sûretés gaspille le crédit du constituant si le bien grevé est d'une valeur disproportionnée au montant de la créance garantie. En effet, le constituant se prive de la possibilité d'affecter ce bien au remboursement de plusieurs créances ou d'une créance d'un montant plus important. Ces sûretés sont à distinguer de celles qui s'inscrivent sur un bien sans priver le constituant de la possibilité d'affecter son bien au remboursement d'autres créances. En apparence, ces sûretés sont sans incidence sur la faculté du constituant à obtenir des crédits dès lors que la différence entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie peut être réutilisée. En raison de leurs différences, il convient d'étudier distinctement les sûretés

absorbant le crédit et les sûretés qui permettent la garantie de plusieurs créances sur un même bien. L'application de la règle de proportionnalité semble naturelle pour les premières (A), alors qu'il serait possible de douter du bien-fondé de l'application de la règle de proportionnalité pour les secondes dès lors qu'elles ne gaspillent pas le crédit du constituant (B).

A. *L'identification des sûretés réelles gaspillant le crédit*

472. Identification des sûretés réelles gaspillant le crédit. Deux auteurs ont élaboré un tableau mettant en évidence les avantages et inconvénients des différentes sûretés réelles⁹²⁴. Parmi les critères de comparaison des sûretés, les auteurs ont retenu le fait qu'une sûreté gaspille ou non le crédit du constituant. Ce tableau met en évidence le fait que plusieurs sûretés absorbent le crédit du constituant. Tel est le cas du gage avec dépossession et des sûretés reposant sur la propriété du bien.

473. Gaspillage du crédit résultant de la dépossession. En transférant la possession de la chose gagée à son créancier, le constituant s'empêche de constituer une nouvelle sûreté sur ce même bien⁹²⁵. Ainsi, la différence entre la valeur du bien et le montant de la créance garantie ne pourra être affectée à la garantie d'un autre crédit⁹²⁶. Le gage avec dépossession est la plus classique des sûretés entraînant la dépossession du bien grevé. Repose également sur cette méthode le gage immobilier. Néanmoins, cette sûreté est rarement utilisée en pratique dès lors que l'hypothèque apparaît moins contraignante lorsqu'est envisagée la constitution de sûreté sur un immeuble⁹²⁷. Bien que le recours au gage immobilier soit marginal, les inconvénients liés à la dépossession sont réels tant pour le gage avec dépossession que pour cette sûreté immobilière.

⁹²⁴ L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd., 2018, p. 20, n° 7.

⁹²⁵ Il est vrai que l'entierement ou l'accord du premier créancier gagiste de posséder pour lui-même mais également pour le compte des autres créanciers gagistes permettaient de consentir des gages successifs en présence d'un gage avec dépossession, toutefois ce mécanisme était relativement complexe. En ce sens : N-H. Aymeric, « Gages et nantissements divers », *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 2960, spéc. n° 26 : « peu praticable dans le cadre du gage avec dépossession : il fallait que le bien gagé fût mis en possession d'un tiers ou encore que le premier gagiste acceptât de posséder aussi, – outre pour son propre compte, pour celui de tiers – les gagistes suivants, solutions qui l'une et l'autre posaient un certain de nombre de difficultés ayant pour inévitable conséquence de rendre la pratique du gage successif malaisée ».

⁹²⁶ En ce sens : J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 157, n° 227 : « ces sûretés avec dépossession privaient le débiteur de l'usage de son bien et aboutissaient à un gaspillage du crédit puisque le même bien ne pouvait être l'objet que d'une sûreté ».

⁹²⁷ Autrefois appelé antichrèse. Ce vocabulaire devrait faire son retour : l'article 2388 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés énonce que « les sûretés sur les immeubles sont les privilèges généraux immobiliers, l'hypothèque, l'antichrèse ». Sur cette sûreté : N. Borge, « L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus », *D.* 2006, p. 2090 ; M. Mignot, « La nature juridique du gage immobilier, *LPA*, 4 déc. 2014, p. 7 ; P. Crocq, « Antichrèse », *Lamy. Droit des sûretés*, n° 224-1 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 3^e éd., 2016, p. 457 et s., n° 350 et s. ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 13^e éd., 2019, p. 447 et s., n° 642 et s. ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 861 et s., n° 1215 et s.

Que la sûreté porte sur un meuble ou sur un immeuble, l'effet de la dépossession est le même : elle empêche le constituant d'offrir plusieurs sûretés sur un même bien⁹²⁸. Une technique a été imaginée pour remédier à cet inconvénient⁹²⁹. Cette technique, nommée entiercement consiste à remettre le bien gagé à un tiers ou à l'un des créanciers gagistes qui est réputé posséder pour l'ensemble des créanciers auxquels un gage a été consenti sur le bien⁹³⁰. Cette technique permet donc, malgré la dépossession du constituant, d'offrir un gage sur le bien à plusieurs créanciers gagistes. Bien que le recours à l'entiercement se soit développé, les sûretés avec dépossession restent de nature à gaspiller le crédit du constituant⁹³¹. En ce sens le professeur Jean-Baptiste Seube affirmait que les « sûretés avec dépossession privaient le débiteur de l'usage de son bien et aboutissaient à un gaspillage du crédit puisque le même bien ne pouvait être l'objet que d'une sûreté »⁹³².

474. Sûretés reposant sur la propriété. De façon encore plus évidente, absorbent le crédit du constituant toutes les propriétés-sûretés⁹³³. Il s'agit précisément de la clause de réserve de propriété, de la fiducie sûreté, du crédit-bail et de la cession Dailly⁹³⁴. En effet, les

⁹²⁸ Sauf l'hypothèse dans laquelle le constituant offre à deux créanciers distincts une sûreté avec dépossession et une sûreté sans dépossession sur un même bien. Le conflit en résultant est réglé à l'article : 2340 al. 2 c. civ.

⁹²⁹ Avant la généralisation du gage sans dépossession en 2006, seul l'entiercement permettait d'éviter le gaspillage du crédit du constituant. Cette technique était permise par l'ancien article 2076 du c. civ. : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties ». Sur le régime du gage avec entiercement : J.-F., Quievy, « Du gage avec dépossession, par tierce personne, de la chose d'autrui », *Gaz. Pal.* 2009, n° 279, doct., p. 3 ; G.-A. Likillimba, « La possession *corpore alieno** », *RTD civ.* 2005, p. 1, spéc. n° 16 et s. ; V. Brémond et M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey 7^e éd., 2020, p. 648, n° 908.

⁹³⁰ La dépossession se traduit en réalité par une perte de pouvoir du constituant sur le bien qui ne doit plus être en mesure d'en user librement et non par une emprise matérielle du gagiste sur le bien gagé. Ainsi le bien peut être conservé dans les locaux du constituant à condition qu'il n'y ait pas librement accès. Pour une espèce particulière dans laquelle la Cour de cassation a admis que deux salariés du constituant se voient confier la garde des biens gagés, entreposés dans les locaux du constituant, sans que la dépossession ne soit invalidée : Cass. com. 12 janv. 2010, n° 08-17420, inédit ; *RDC* 2010, p. 1336, obs. A. Aynès ; *RD banc. et fin.* 2010, n° 2, p. 63, obs. D. Legeais ; *JCP éd. G* 2010, doct. 708, n° 15, obs. Ph Delebecque.

⁹³¹ Sur le développement du recours à l'entiercement : F.-X. Lucas, « Conditions d'efficacité d'un gage avec dépossession et entiercement », *LEDEN* juin 2015, n°6, p. 6 parle de « pratique courante ». La jurisprudence a admis l'entiercement à domicile que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose de consacrer au sein du nouvel article 2337 du Code civil. v. A. Hontebeyrie, « Le gage et le nantissement », in Y. Blandin et V. Mazeaud (sous dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 21 et s., spéc. p. 36, n°13 : « l'entiercement à domicile s'entend de la technique par laquelle la dépossession est assurée entre les mains d'un tiers convenu au sein des locaux du constituant ».

⁹³² J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 157, n° 227.

⁹³³ En ce sens : Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 34 : malgré les inconvénients générés par les sûretés négatives, les auteurs reconnaissent que « dans le transfert de propriété à titre de garantie, le gaspillage de crédit est plus grand ». Cet inconvénient des sûretés reposant sur le droit de propriété est mis en évidence par le tableau synthétisant les différents avantages et inconvénients des sûretés élaboré par les professeurs Crocq et Aynès : L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 20, n° 7.

⁹³⁴ Il est vrai que le crédit-bail n'est pas une sûreté à proprement parlé. Le mécanisme du crédit-bail présente une autre finalité. La loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 a d'ailleurs réglementé le crédit-bail « sans s'attacher au rôle de

propriétés-sûretés ont la particularité de conférer au créancier la propriété du bien sur lequel elles portent⁹³⁵. Les biens grevés de propriété-sûretés ne font pas encore ou ne font plus partie du patrimoine du constituant⁹³⁶. Ces biens n'appartenant pas au constituant ne peuvent être offerts par lui en garantie d'autres crédits⁹³⁷. Ainsi, même si le crédit garanti par la propriété-sûreté est d'un montant très largement inférieur à la valeur du bien offert en sûreté, le surplus de valeur du bien ne pourra être offert par le constituant à d'autres créanciers en garantie d'autres crédits. Le fait pour le constituant de ne pas devenir immédiatement propriétaire du bien ou de perdre la propriété du bien porte atteinte à sa faculté d'obtenir des crédits dès lors que la valeur du bien est supérieure au montant de la créance garantie.

475. Fiducie-sûreté et cession Dailly. La fiducie-sûreté consiste en un transfert de plusieurs biens, droits et sûretés dans un patrimoine fiduciaire⁹³⁸. Ces biens, droits et sûretés sortent donc du patrimoine du constituant au jour de la constitution de la sûreté. Il en résulte que le crédit qui aurait pu être retiré de ces biens, droits et sûretés est absorbé par la constitution de la fiducie. Ainsi, la fiducie-sûreté apparaîtra disproportionnée si la valeur des biens, droits et sûretés transmis est largement supérieure au montant de la créance garantie. De la même manière, la cession Dailly ou la cession de créance de droit commun utilisée à titre de garantie permettent à un créancier de transférer la propriété de sa créance à son propre créancier à titre de sûreté⁹³⁹. Dès lors que la constitution d'une telle garantie fait sortir la créance remise en sûreté du patrimoine du constituant, l'existence d'une disproportion entre le montant de cette créance et celui de la créance garantie fait de la cession de créance une garantie disproportionnée.

garantie qu'y joue pourtant la propriété » : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* p. 523, n° 728. Sur le crédit-bail v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* p. 531 et s., n° 737 et s.

⁹³⁵ Sur l'usage de la propriété comme sûreté : P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 248, 1995.

⁹³⁶ Ils en sortent ou ne l'intègrent pas : la propriété peut être réservée au créancier qui est initialement propriétaire du bien : tel est le cas du crédit-bail ou de la clause de réserve de propriété. Sur ces garanties : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* p. 524 et s., n° 730 et s. et p. 483 et s., n° 737 et s. La propriété peut également être transférée hors du patrimoine du constituant comme dans le cadre de la fiducie-sûreté. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 537 et s., n° 745 et s.

⁹³⁷ Les sûretés constituées sur les biens d'autrui sont nulles. Cette règle est prévue pour chaque sûreté réelle. v. notamment pour le gage : art. 2335 c. civ., pour l'hypothèque : art. 2413 c. civ.

⁹³⁸ Sur la fiducie-sûreté : S. Farhi, *La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, bibl. dr. des entreprises en difficulté, t. 6, 2016 ; M. Tarchichi Abou Chahine, *Les garanties fiduciaires*, thèse Clermont-Ferrand, 2009 ; P. Crocq, « Le cœur du dispositif fiduciaire », in *Réflexions croisées : fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif*, *Revue Lamy*, 2007, n° 40 ; F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *JCP éd. E*, 2009, n° 1808 ; A.-N. Charvillat-Carrez, « Introduction de la fiducie française », *RLDA*, avril 2007, p. 31 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd., 2018, p. 463 et s., n° 774 et s.

⁹³⁹ Sur la cession de créance utilisée comme garantie de paiement : T. Jacob, *Cession de créance et opposabilité*, thèse Strasbourg, 2015 ; M. Sakho, *Le crédit par cession de créance*, thèse Orléans, 1990. Par ailleurs, la cession de créance de droit commun a été facilitée par la réforme du droit des obligations de 2016. v. notamment Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis 3^e éd., 2016, p. 520 et s., n° 415.

476. **Clause de réserve de propriété**⁹⁴⁰. La clause de réserve de propriété est également une sûreté reposant sur la propriété et pourtant elle semble devoir échapper à la règle de proportionnalité des sûretés. Cette sûreté présente la particularité d'être toujours initialement proportionnée au montant de la créance garantie. Cette proportion infaillible résulte du fait que le bien remis en sûreté est celui-là même qui est vendu à crédit⁹⁴¹. Par suite, la valeur de la sûreté est nécessairement équivalente au montant du crédit consenti. Si la proportionnalité de la clause de réserve de propriété est infaillible au jour de l'acquisition du bien, elle n'a pas vocation à demeurer. Une disproportion apparaîtra entre la valeur de la sûreté et le montant du crédit garanti au fur et à mesure du remboursement du crédit. En effet, chaque paiement partiel diminue le montant du crédit restant dû, de sorte que la disproportion a vocation à croître au cours de l'existence de la clause de réserve de propriété.

477. **Attrait des sûretés malgré leur capacité à absorber le crédit**. Les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès ont élaboré un tableau récapitulatif des avantages et les inconvénients des différentes sûretés⁹⁴². La lecture de ce tableau invite à penser qu'il serait inopportun de se passer de certaines sûretés sous prétexte qu'elles sont susceptibles de gaspiller le crédit des constituants. Certaines sûretés qui ne sont pas adaptées au montant du crédit qu'elles garantissent présentent en revanche tous les autres avantages sélectionnés comme critères de comparaison des sûretés. Tel est le cas de la cession Dailly et de la réserve de propriété. Ces deux sûretés sont de constitution simple et peu onéreuse, elles peuvent être réalisées simplement et rapidement et sont efficaces. Il serait incohérent de proposer la suppression pure et simple de ces sûretés sous prétexte qu'elles absorberaient le crédit du constituant si elles étaient prises sur des biens dont la valeur est disproportionnée au crédit garanti. En outre, affirmer qu'un type de sûreté absorbe le crédit pouvant être obtenu en contrepartie de l'octroi d'un bien en garantie, ne signifie pas nécessairement que la sûreté est disproportionnée. La disproportion n'apparaît en présence des sûretés absorbant le crédit du constituant, que si la valeur du bien remis en garantie est largement supérieure au montant de la créance garantie. Ainsi, la prise de ces sûretés ne sera pas interdite, elle sera seulement sanctionnée sur le fondement de la règle de

⁹⁴⁰ Sur la clause de réserve de propriété : F. Perochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988 ; S. Roose, *La réserve de propriété : un mécanisme pour l'immatériel*, thèse Montpellier 2008 ; C. Amouriq, *La banque et les clauses de réserve de propriété*, thèse Nantes, 1986 ; L. Andreu, « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », *JCP éd. N*, 2016, n° 12, 1105 ; M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.*, p. 524 et s., n° 730 et s.

⁹⁴¹ Il s'agit d'une sûreté monovalente selon la distinction proposée par M. Dagot. Selon cet auteur, les sûretés monovalentes « ne peuvent garantir que [les créances] pour la garantie desquelles elles ont été instituées » : M. Dagot, « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP éd. N*, n° 8, 26 février 1999, p. 381.

⁹⁴² L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 20, n° 7.

proportionnalité si l'atteinte au crédit du constituant est manifestement disproportionnée par rapport au crédit consenti.

478. Application justifiée aux sûretés absorbant le crédit. La règle de proportionnalité apparaît évidemment légitime lorsqu'elle s'applique à des sûretés absorbant le crédit du constituant. Il est possible de penser qu'à l'inverse, les sûretés n'absorbant pas le crédit pouvant être retiré du bien grevé pourraient échapper à la règle de proportionnalité. En effet, l'atteinte au crédit du constituant n'est pas évidente en présence de sûretés n'absorbant pas la valeur du bien grevé. Pourtant, une sûreté peut participer à la caractérisation d'une prise de sûretés disproportionnées, y compris lorsqu'elle n'empêche pas que des sûretés successives soient inscrites sur le bien grevé. Dans de telles hypothèses, la caractérisation d'une disproportion résultera du cumul des sûretés offertes au créancier.

B. L'identification des sûretés réelles ne gaspillant pas le crédit

479. Doute sur l'application de la règle aux sûretés réelles n'absorbant pas le crédit. Certaines sûretés réelles absorbent le crédit pouvant être obtenu en contrepartie de l'offre de sûretés sur le bien grevé. Dans ces hypothèses, la différence importante entre la valeur du bien et le crédit garanti est gênante puisqu'elle gaspille le crédit du constituant. À l'inverse, concernant les sûretés qui n'interdisent pas au constituant d'offrir des sûretés ultérieures sur le bien grevé, il est possible de penser que la disproportion entre la valeur du bien et le montant du crédit consenti ne pose aucune difficulté. En ce sens, un auteur a affirmé que « certaines sûretés réelles semblent réfractaires à l'idée même de disproportion » notamment parce que « leur régime juridique n'empêche pas l'emprunteur de garantir un nouveau crédit avec le même bien »⁹⁴³. Se pose donc la question de savoir s'il faut distinguer entre ces différentes catégories de sûretés. La règle de la proportionnalité des sûretés semble en effet justifiée pour les sûretés qui absorbent le crédit du constituant, mais pas pour les sûretés qui n'empêchent pas que la valeur du bien soit affectée en garantie de différentes créances⁹⁴⁴. Avant de vérifier que ces sûretés ne doivent pas être soumises à la règle de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti, il convient d'identifier les sûretés qui n'absorbent pas le crédit pouvant être retiré du bien grevé.

⁹⁴³ P. Hoang « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034.

⁹⁴⁴ Il est vrai que la disproportion des sûretés n'absorbant pas le crédit du constituant pourra poser problème au moment de leur réalisation. Toutefois, cette acception de la disproportion correspond au principe de proportionnalité des voies d'exécution et n'implique aucun gaspillage du crédit du constituant. Sur la distinction entre la règle de proportionnalité proposée et le principe de proportionnalité des voies d'exécution : v. n° 728 et s.

Tel est le cas de toutes les sûretés réelles constituées sans dépossession, ni transfert de propriété⁹⁴⁵.

480. Principe de spécialité de l'hypothèque⁹⁴⁶. Dès lors que plusieurs hypothèques peuvent être constituées sur un même immeuble, cette sûreté ne gaspille pas le crédit du constituant⁹⁴⁷. Cette possibilité découle de la technique de la sûreté. Cette technique, combinée au principe de spécialité de l'hypothèque relatif à la créance garantie, permet de s'assurer qu'elle ne gaspille pas le crédit du constituant⁹⁴⁸. En vertu de ce principe, l'hypothèque ne peut garantir qu'une créance déterminée. Seule la valeur de l'immeuble correspondant au montant de la créance est affectée à sa garantie. Il en résulte que l'hypothèque est nécessairement limitée au montant de la créance garantie. Le principe de spécialité instaure une certaine mesure au sein du mécanisme de l'hypothèque. Ainsi, le principe de spécialité des hypothèques participe à la protection du crédit du constituant. En effet, lorsque l'immeuble a une valeur supérieure au montant de la créance garantie, le surplus de valeur peut être libre de toute sûreté ou offert en garantie d'autres crédits par le biais de la constitution d'autres hypothèques⁹⁴⁹.

481. Règle de proportionnalité propres à certaines créances. Peuvent être garanties par hypothèque des créances éventuelles et des créances d'un montant seulement déterminable.

⁹⁴⁵ P. Cagnoli, « Le créancier peut se prévaloir de l'article L. 650-1 du Code de commerce à l'encontre de la caution », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 1, janv. 2013 : « L'ensemble des sûretés réelles classiques sans dépossession, pouvant être proposées à plusieurs créanciers, chaque fois qu'il est indiqué à quelle hauteur la garantie est constituée ».

⁹⁴⁶ L'avant-projet de réforme du droit des sûretés réaffirme le principe de spécialité. En effet diverses règles reproduisent les exigences de spécialité appliquées aux différentes sûretés : cf. art. 2333 pour la spécialité des créances garanties dans le gage ; art. 2356 pour la spécialité des créances nanties et des créances garanties dans le nantissement de créance ; art. 2366-2 pour la spécialité des créances garanties et des comptes bloqués dans le nantissement de monnaie scripturale ; art. 2374 pour la spécialité des créances garanties et des créances cédées dans la cession de créance à titre de garantie ; art. 2377 pour la spécialité quant à la créance garantie dans la fiducie ; art. 2426 pour la spécialité de l'hypothèque quant aux immeubles grevés ; art. 2427 pour la spécialité de l'hypothèque quant à la créance garantie et enfin l'article 2393 renvoyant à l'art. 2427 pour la spécialité des créances garanties dans l'antichrèse.

⁹⁴⁷ Les articles relatifs au gage et à l'hypothèque mettent en évidence la possibilité de constituer plusieurs hypothèques successives sur un même bien. L'article 2336 c. civ. relatif au gage dispose que : « Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ». Et l'article 2423 c. civ. dispose que : « L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité ».

⁹⁴⁸ Le principe de spécialité de l'hypothèque est le principe en vertu duquel une hypothèque ne peut être consentie que pour la garantie d'une créance déterminée et sur un ou plusieurs immeubles déterminés. Le principe de spécialité s'entend donc comme la spécialité de la créance garantie par l'hypothèque d'une part et comme la spécialité de l'immeuble affectée en garantie d'autre part. Pour une présentation plus détaillée de ce principe v. J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018, p. 209, n° 346 ; P.-F. Cuif, « Hypothèque conventionnelle », *Juris-Cl.*, sept. 2014, n° 20 s. et n° 40 s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ 12^e éd., 2018, p. 388 et s., n° 662 et s.

⁹⁴⁹ Ou même par le rechargement de l'hypothèque initialement constituée sur l'immeuble si la convention d'hypothèque fait apparaître une clause prévoyant la possibilité de recharger. Sur l'hypothèque rechargeable : v. n° 483.

Dans ces hypothèses, même en application du principe de spécialité des hypothèques quant à la créance garantie, il est impossible de limiter précisément l'hypothèque à un montant précis correspondant au montant de cette créance. En effet, le principe de spécialité contraint seulement le créancier à préciser lors de l'inscription de l'hypothèque quelle est la créance garantie. Celle-ci doit être déterminée ou déterminable, elle peut être visée bien que son montant ne soit pas encore connu. Or il est difficile de limiter le montant de la créance inscrite à celui de la créance à garantir lorsque celle-ci est éventuelle ou d'un montant indéterminé. Il est intéressant de remarquer que dans ces hypothèses dans lesquelles le principe de spécialité des hypothèques ne permet pas de limiter précisément l'étendue de l'hypothèque au montant de la créance garantie, le législateur a prévu un correctif en autorisant le juge à réduire le montant des hypothèques inscrites. Ce correctif prévu à l'article 2445 du Code civil est d'autant plus remarquable qu'il fait intervenir l'outil de la proportionnalité⁹⁵⁰. Ainsi, dans les hypothèses dans lesquelles le principe de spécialité des hypothèques atteint ses limites et ne permet pas de cantonner le montant de l'hypothèque au montant de la créance garantie, une règle de proportionnalité prend le relais pour sauvegarder le crédit du constituant. Lorsque la créance est définie, le principe de spécialité participe à la prise d'hypothèques proportionnées, par suite l'observation du déclin du principe de spécialité des hypothèques pourrait dès lors sembler inquiétant pour la préservation du crédit des constituants.

482. Garantie de créances futures. Si le principe de spécialité de l'hypothèque quant à la créance garantie explique que l'hypothèque ne puisse gaspiller le crédit du constituant, le déclin de ce principe pourrait signifier que l'hypothèque peut dans certaines hypothèses, gaspiller le crédit du constituant⁹⁵¹. Le déclin du principe de spécialité des hypothèques se traduit notamment par l'admission de la garantie par hypothèque de créances futures. En effet, le principe de spécialité des hypothèques quant aux créances garanties semblait logiquement conduire à l'impossibilité de garantir par hypothèque des créances futures⁹⁵². En vertu de ce principe, les créances garanties doivent être désignées dans l'acte constitutif d'hypothèque or les créances futures ne semblaient pas pouvoir être désignées dans un tel acte. Toutefois, la jurisprudence a admis de longue date le recours à des pratiques permettant d'échapper à l'interdiction de garantir des

⁹⁵⁰ Art 2445 c. civ. : « Peuvent aussi être réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention ».

⁹⁵¹ Sur le déclin du principe de spécialité : P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.*, avr. 2001, p. 58 et s.

⁹⁵² Les créances futures sont des créances qui ne sont pas encore nées. Elles se distinguent des créances à terme, prévues à l'article 1305 c. civ., qui sont nées mais ne sont pas encore exigibles.

créances futures⁹⁵³, au point que les auteurs se sont demandé si la Cour de cassation admettait finalement la garantie de créances futures par hypothèque⁹⁵⁴. Cette possibilité de constituer des hypothèques en garantie de créances futures a été consacrée en 2006⁹⁵⁵. Bien qu'encadrée, cette possibilité met fin au recours à l'hypothèque exclusivement réservée à la garantie de dettes déterminées⁹⁵⁶. Ainsi, l'une des limites à la constitution d'hypothèque résultant du principe de spécialité a cédé sous la volonté du législateur de 2006. La possibilité consacrée de constituer des hypothèques en garantie de créances futures restaure l'importance de la règle posée à l'article 2445 et adoptée dès 1804⁹⁵⁷. En effet, les créances éventuelles concernées par cet article sont nécessairement des créances futures, leur caractère éventuel impliquant qu'elles ne soient pas encore nées. Les créances dont le montant est indéterminé seront également souvent des créances futures. Enfin, les créances conditionnelles sont des créances futures en présence de conditions suspensives, et sont des créances présentes lorsque la condition dont elles sont assorties est une condition résolutoire. Ainsi, la possibilité de constituer des hypothèques en garantie de créances futures contribue à la constitution d'hypothèques pour des montants supérieurs à ceux des créances à naître. Ce constat n'est pas gênant dès lors que les hypothèses dans lesquelles l'inscription est supérieure au montant de la créance garantie, sont corrigées par la règle de proportionnalité prévue à l'article 2445 du Code civil permettant de protéger le crédit du constituant. De manière plus générale, le professeur Crocq lorsqu'il anticipait « le déclin du principe de spécialité » affirmait : « l'élargissement de la possibilité de constituer une sûreté sur des biens futurs devrait, tout d'abord, logiquement impliquer que le juge se voie reconnaître un pouvoir de réduction des sûretés excessives »⁹⁵⁸. Étaient mises en relation d'une part la possibilité élargie d'offrir des sûretés grevant des biens futurs, et d'autre part l'instauration d'un droit de réduction des sûretés plus largement ouvert que celui prévu à l'article 2445 du Code civil.

⁹⁵³ Le remboursement du solde débiteur d'un compte était considéré comme une créance déterminée pouvant être garantie par une hypothèque, les créanciers ont pu ouvrir des comptes au profit de leurs futurs débiteurs, afin de créer artificiellement une créance d'ores et déjà déterminable. Pour la description de cette pratique v. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, p. 399, n° 663 ; Y. Picod, *op. cit.*, p. 407, n°309 : affirmant que « ce principe était néanmoins largement atténué par la pratique bancaire ».

⁹⁵⁴ L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ 12^e éd., 2018, p. 389, n° 663.

⁹⁵⁵ Art. 2421 c. civ. « L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables. La cause en est déterminée dans l'acte ». Il est à noter toutefois que cet article précise que les créances futures garanties par une hypothèque doivent être déterminables.

⁹⁵⁶ Selon l'article 2421 c. civ. les créances futures garanties par hypothèques doivent être déterminables.

⁹⁵⁷ Ancien article 2162 c. civ.

⁹⁵⁸ P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.*, avr. 2001, p. 58 et s.

483. **Hypothèques rechargeables.** À la suite de la consécration de l'hypothèque en garantie de créances futures, la création de l'hypothèque rechargeable a mis en évidence le déclin du lien existant entre la créance garantie et l'hypothèque, fruit du principe de spécialité des hypothèques⁹⁵⁹. En effet, l'hypothèque rechargeable est constituée sur un immeuble pour un montant déterminé et non pour le remboursement d'une créance déterminée. L'hypothèque, bien que constituée initialement pour la garantie d'une créance précise, pourra être ultérieurement affectée à la garantie du remboursement d'autres créances⁹⁶⁰. Il est à noter néanmoins que l'article 2422 du Code civil, offrant aux débiteurs la possibilité de constituer sur leurs immeubles des hypothèques rechargeables, est complété par l'article 2423. Ce second article prévoit que ces sûretés peuvent garantir différentes dettes seulement à hauteur d'un montant mentionné dans l'acte notarié nécessaire à leur constitution⁹⁶¹. La prévision d'un plafond, indispensable à la validité de ces hypothèques rechargeables, limite le bouleversement résultant de l'instauration de cette nouvelle catégorie d'hypothèques. En effet, l'instauration en droit français des hypothèques rechargeables ne permet pas qu'une hypothèque unique garantisse plusieurs créances sans que cette sûreté ne soit limitée dans son montant. Pourtant, sur un plan théorique, cette innovation traduit de manière évidente l'atteinte portée au lien entre l'hypothèque et la créance qu'elle garantit⁹⁶². En matière d'hypothèque rechargeable, la somme garantie est le seul élément qui doit être impérativement plafonné. Cette limite remplace la détermination de la créance garantie exigée en matière d'hypothèque classique. L'hypothèque rechargeable autorise une inscription pour un montant supérieur à la première dette garantie. Cette hypothèque pourrait sembler dangereuse du point de vue du constituant. Elle porte une atteinte à sa capacité à obtenir de nouveau crédit par le biais d'une hypothèque prenant un rang inférieur. En ce sens, l'hypothèque rechargeable semble favoriser le gaspillage du crédit du

⁹⁵⁹ L'hypothèque rechargeable a été créée par l'ordonnance de 2006, elle était alors prévue à l'art. 2422 c. civ. Elle a ensuite été supprimée par l'article 46 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014. Enfin elle a été rétablie mais uniquement pour la garantie de créances professionnelles par l'art. 48 de la loi n° 2014-1545 de simplification de la vie des entreprises du 20 décembre 2014. v. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ 11^e éd., 2017, p. 383 et s. ; J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018, p. 210, n° 348 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 783, n° 1120 ; M. Grimaldi, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, dossier 1294 ; S. Becqué-Ickowicz, « Les réformes de l'hypothèque », in *Actes du colloque relatif à l'évolution des sûretés réelles : regards croisés, universités-notariat*, Litec, 2007, p.79 et s.

⁹⁶⁰ Art. 2422 al. 1 c. civ. : « L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément ».

⁹⁶¹ Art. 2423 al. 1 c. civ. : « L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée, pourvu que l'acte le mentionne » ; v. D. Legeais, p. 401 et 402, n° 562 ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ 11^e éd., 2017, p. 382 : les auteurs parlent de « charge hypothécaire ».

⁹⁶² Il est particulièrement frappant de constater que l'hypothèque rechargeable peut exister sans créance. cf. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ 11^e éd., 2017, p. 385.

constituant. Cette analyse ne reflète pourtant pas la réalité. Il est impossible de voir dans l'hypothèque rechargeable un mécanisme portant atteinte au crédit du constituant. Au contraire, l'hypothèque rechargeable a pour objectif de favoriser l'octroi de nouveaux crédits au constituant. L'inscription d'un montant à garantir supérieur au montant de la première créance inscrite permet de « laisser de la place » sur l'hypothèque afin de permettre l'inscription en garantie de nouvelles créances. Ainsi, bien que l'hypothèque rechargeable porte atteinte au principe de spécialité, lequel implique une limite à l'inscription hypothécaire, cette sûreté en ce qu'elle est rechargeable, permet de favoriser l'octroi du crédit au constituant.

484.Privilèges immobiliers. En dehors de leur source légale, les privilèges immobiliers sont proches des hypothèques⁹⁶³. Tout comme ces dernières, les privilèges immobiliers doivent être inscrits au registre de la publicité foncière⁹⁶⁴. Le principe de spécialité quant à la créance garantie s'applique aux privilèges comme aux hypothèques. Ainsi, le privilège ne peut être inscrit que pour le montant de la créance si celui-ci est déterminé au jour de l'inscription. Par suite la différence entre la valeur de l'immeuble et le montant de la créance garantie reste disponible pour l'inscription d'hypothèques ultérieures⁹⁶⁵. Il en résulte que, de manière générale, l'existence de privilège immobilier n'absorbe pas le crédit du constituant.

485.Gage sans dépossession. Le gage peut être ou non source de gaspillage du crédit, selon qu'il est consenti avec ou sans dépossession. Lorsque le constituant reste en possession du bien gagé, la constitution du gage initial n'empêche pas la constitution de gages postérieurs, lesquels s'inscrivent en rangs ultérieurs⁹⁶⁶. Le gage sans dépossession se rapproche de l'hypothèque. Ainsi, contrairement au gage avec dépossession, le gage sans dépossession n'épuise pas la

⁹⁶³ Certains privilèges immobiliers devraient d'ailleurs changer de nature pour devenir prochainement des hypothèques légales. Cette modification est prévue par l'avant-projet de réforme des sûretés présenté par l'association Henri Capitant en 2017 : art. 2418 relatif aux hypothèques spéciales. À l'heure actuelle, les privilèges immobiliers se distinguent des hypothèques légales par l'effet rétroactif de leur inscription. En effet, dès lors qu'ils sont inscrits dans un délai fixé par la loi, les privilèges prennent rang non à la date de cette inscription mais à une date antérieure.

⁹⁶⁴ Sur la publicité foncière : M. Azrak, *Les Attributs et l'assiette de la propriété foncière en droit français et marocain*, thèse Besançon, 1989 ; L. Courtot, *La preuve de la propriété immobilière*, thèse Lyon 2002 ; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016 ; M. Mignot, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, 3^e éd., 2017 ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd., 2018.

⁹⁶⁵ Échappent néanmoins à l'obligation d'inscription l'ensemble des privilèges pleinement généraux et les privilèges mobiliers v. M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 622, n° 867 et p. 737, n° 1032. Il en est de même de deux privilèges immobiliers spéciaux : le privilège du syndicat des copropriétaires et le privilège de l'opérateur mentionné à l'article L. 615-10 du Code de la construction et de l'habitation. Ces privilèges conserveront leur caractère occulte à la suite de la transformation des privilèges immobiliers en hypothèques légales proposée par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés. Ces privilèges grevent le bien immobilier de manière occulte. Ils n'empêchent pas la constitution de sûretés sur le bien.

⁹⁶⁶ Sur la possibilité de consentir des gages successifs sur un même bien : N-H. Aymeric, « Gages et nantissements divers », *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 2960, spéc., n° 27.

possibilité d'utiliser la valeur du bien grevé pour obtenir des crédits. C'est justement cet effet qui a été recherché lorsque la possibilité de consentir des gages sans dépossession a été généralisée. Le législateur de 2006 a modifié le régime du gage de manière à permettre au propriétaire d'un bien meuble d'optimiser les avantages que lui offre la propriété de son bien. Précisément, à l'occasion de la réforme des sûretés intervenue le 23 mars 2006, le législateur a généralisé le gage sans dépossession⁹⁶⁷. Le constituant d'un gage peut désormais rester en possession de son bien⁹⁶⁸. Pour remplacer la dépossession, la sûreté consentie sur le bien est publiée afin que les tiers puissent en avoir connaissance⁹⁶⁹. Depuis 2006, le gage avec dépossession et le gage sans dépossession coexistent de sorte que les constituants ont le choix concernant cette modalité du gage. Le gage sans dépossession a pour avantage d'être plus mesuré. Il contraint le constituant à remettre au créancier le bien dans son entier, y compris lorsqu'il existe une différence importante entre la valeur de ce bien et le montant de la créance garantie. Cette sûreté est donc particulièrement contraignante pour le constituant qui ne peut profiter de la valeur importante de son bien pour l'offrir en garantie de plusieurs créances. Cette possibilité de multiplier les gages offerts sur un bien évite le gaspillage du crédit du constituant⁹⁷⁰. En effet, le bien n'est affecté au remboursement du gage inscrit que pour une partie de sa valeur correspondant au montant de la créance garantie. Le reste de la valeur du bien n'est pas affecté au remboursement du gage inscrit et peut être offert en garantie à d'autres créanciers gagistes. Cette possibilité favorise l'utilisation optimale des facultés d'emprunt du constituant⁹⁷¹.

486. Autres sûretés offrant un rang au créancier. Le gage sans dépossession apparaît comme une sûreté ajustée parce que la sûreté ainsi consentie sur un bien meuble n'affecte pas l'intégralité

⁹⁶⁷ v. notamment : D. Legeais, « Le gage de meuble corporel », *JCP* 17 mai 2006, n° spéc. p. 12 ; L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* juill.-août 2007. 48.

⁹⁶⁸ Évidemment l'avant-projet de réforme des sûretés n'entend pas revenir sur cette possibilité de constituer un gage sans dépossession : art. 2337 du Code civil al. 1 et 2 : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet ».

⁹⁶⁹ Art. 2337 c. civ. al. 1 : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite ».

⁹⁷⁰ Le gaspillage du crédit du constituant est un inconvénient des sûretés réelles mobilières avec dépossession relevé par J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 157, n° 227 ; D. Legeais, « Gage de meubles corporels », *Juris-Cl. Civil code*, Art. 2333 à 2336, fasc. unique. Cet inconvénient figure dans le tableau des différents avantages et inconvénients des sûretés élaboré par les professeurs L. Aynès et P. Crocq : L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 20, n° 7.

⁹⁷¹ Laquelle correspond à l'esprit du droit des sûretés issu de la réforme de 2006, mis en lumière à l'occasion du colloque organisé sous la direction de Y. Picod et P. Crocq en 2006. L. Aynès, « Rapport de synthèse », in Y. Picod et P. Crocq (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Collection Droit et Procédures, 2006, p. 131, n° 212 : « les biens sont assujettis à la jouissance viagère du propriétaire. S'il veut les affecter à l'obtention d'un crédit, pour lui-même ou pour autrui, il n'y a qu'à s'en réjouir, c'est une manière d'en disposer qui favorise la croissance ».

de la valeur de ce bien. Le même constat peut être fait pour l'ensemble des sûretés qui n'affectent pas entièrement la valeur du bien grevé. Tel est le cas du nantissement de fonds de commerce⁹⁷². Ainsi, bien que cette sûreté porte sur une universalité de sorte qu'elle grève plusieurs biens, elle n'affectera que la partie de la valeur de cette universalité nécessaire à la garantie du crédit envisagé⁹⁷³. Tel est également le cas des autres nantissements à l'exception des nantissements de créances qui offrent au créancier nanti un droit exclusif au paiement de la créance⁹⁷⁴.

487. **Question du pacte comissoire.** Il a été démontré que l'hypothèque comme le gage sans dépossession sont des sûretés qui n'absorbent pas le crédit du constituant. Néanmoins, doit être posée la question de savoir si la conclusion d'un pacte comissoire ne remet pas en cause cette affirmation. Les modalités attachées à une sûreté peuvent déterminer sa capacité à absorber le crédit du constituant. Pour exemple, le gage peut absorber le crédit du constituant ou non selon qu'il est conclu avec ou sans dépossession. De même, le recours à l'entiercement peut permettre d'éviter que le gage avec dépossession entraîne le gaspillage du crédit du constituant. Ici se pose la question de savoir si, à l'inverse, la conclusion d'un pacte comissoire fait de l'hypothèque et du gage sans dépossession des sûretés absorbant le crédit du constituant. Cette idée semble légitime dès lors que la conclusion d'un pacte comissoire permet au créancier de devenir automatiquement propriétaire du bien remis en sûreté. Pourtant, la prévision d'un pacte comissoire ne remet pas en cause la possibilité pour le constituant d'offrir d'autres sûretés sur le bien grevé. Néanmoins, dans cette hypothèse la réalisation des différentes sûretés peut se révéler problématique. Ainsi, l'existence d'une sûreté assortie d'un pacte comissoire ne crée aucun trouble jusqu'à la date de sa réalisation⁹⁷⁵. Avec ou sans pacte comissoire, la sûreté reste identique tant que l'heure de sa réalisation n'est pas arrivée. Lors de sa réalisation, le pacte comissoire entraîne-t-il une absorption du crédit du constituant ? Il semble que la question ne soit pas pertinente. En effet, l'absorption de son crédit n'est nuisible au constituant que tant que

⁹⁷² Sur le nantissement de fonds de commerce : P. De Coulboeuf, « Le nantissement de fonds de commerce », *Droit et patrimoine*, septembre 1995, p. 35 ; M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 711 et s., n° 998 et s.

⁹⁷³ CA Bordeaux, 2^e ch. civ., 20 juin 2012, RG n° 10/06196, refusant de qualifier la prise de garantie de disproportionnée en application de l'article L. 650-1.

⁹⁷⁴ À condition d'être notifié au débiteur nanti à moins que ce dernier ne soit intervenu à l'acte de nantissement v. art. 2362 c. civ. : « Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte. À défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance ».

⁹⁷⁵ Le pacte comissoire peut d'ailleurs être perçu comme une voie d'exécution. En ce sens : C. Séjean Chazal, *op. cit.*, p. 176 et s., n° 128 et s.

la sûreté existe⁹⁷⁶. Il est vrai que la disproportion entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie peut apparaître problématique au jour de la réalisation de la sûreté. Précisément, la réalisation d'une sûreté d'une valeur disproportionnée par rapport au montant de la créance garantie porte inutilement atteinte aux intérêts du constituant⁹⁷⁷. Néanmoins, cette disproportion pourra être sanctionnée sur le fondement du principe de proportionnalité des voies d'exécution⁹⁷⁸. En outre, l'atteinte aux intérêts du constituant résultant de la disproportion peut se caractériser lors de la réalisation de la sûreté qu'un pacte comissoire soit ou non conclu en faveur du créancier.

488. Participation de toutes les sûretés à l'atteinte au crédit du constituant. En définitive, certaines sûretés absorbent le crédit du constituant alors que d'autres peuvent être inscrites sur les biens concernés sans empêcher la constitution d'autres sûretés sur ces biens. Ce constat amène à penser que seules les sûretés absorbant le crédit du constituant devraient être concernées par la règle de proportionnalité. Pourtant, toutes les sûretés, quelle que soit leur nature, participent à l'atteinte au crédit des constituants. En effet, l'octroi de sûretés permettant aux créanciers d'acquérir un rang n'est pas sans effet sur la faculté du constituant à offrir des sûretés et donc à obtenir des crédits.

II. Le manque de pertinence de la distinction

489. Remise en cause de la pertinence de la distinction. Les sûretés réelles peuvent être classées selon qu'elles absorbent ou non le crédit du constituant. Il est néanmoins possible de douter de la pertinence de cette distinction (A) et d'envisager que toutes les sûretés puissent participer à la disproportion (B).

A. Le doute quant à la pertinence de la distinction

490. Démonstration du manque de pertinence de la distinction. Deux éléments instaurent un doute quant à la pertinence de la distinction entre les sûretés réelles selon qu'elles absorbent ou non le crédit. Il s'agit d'une part du principe d'indivisibilité des sûretés qui implique que toutes les sûretés peuvent devenir disproportionnées, et d'autre part de l'observation des règles de proportionnalité des sûretés existantes. En effet, ces règles portent sur des sûretés qui

⁹⁷⁶ v. n° 731.

⁹⁷⁷ Le caractère inutile de l'atteinte portée aux intérêts du constituant apparaît en particulier lorsque d'autres voies peuvent être empruntées par le créancier pour obtenir le paiement de sa créance.

⁹⁷⁸ Sur la distinction de la règle de proportionnalité des sûretés et du principe de proportionnalité des voies d'exécution : v. n° 728 et s.

n'absorbent pas le crédit du constituant. Le doute quant à la pertinence de la distinction envisagée est légitime (1). Ce doute conduira à envisager que toutes les sûretés puissent participer à la disproportion. Cette participation de toutes les sûretés à la disproportion sera expliquée (2).

1. La disproportion résultant de l'indivisibilité des sûretés

491. **Indivisibilité des sûretés réelles.** L'indivisibilité des sûretés réelles encourage la disproportion des sûretés par rapport à la créance garantie⁹⁷⁹. En effet, en vertu du caractère indivisible des sûretés réelles, d'une part chaque bien grevé ou chaque portion du bien grevé répond de la sûreté⁹⁸⁰. D'autre part, la division active de l'obligation principale permet à chaque créancier de saisir la totalité du bien remis en sûreté. Réciproquement, la division passive de l'obligation n'empêche pas le créancier de saisir le bien en son entier⁹⁸¹. La disproportion pouvant résulter du caractère indivisible des sûretés réelles a été soulignée par un auteur à l'occasion de l'arrêt du 20 mars 2001⁹⁸². Par cet arrêt, la Cour de cassation a admis la validité d'une cession de créances futures à titre de garantie à condition que cette cession soit réalisée dans la mesure du crédit consenti⁹⁸³. L'auteur constate que l'adaptation de la sûreté à l'emprunt contracté est

⁹⁷⁹ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° Indivisibilité, sens 2 : « État de ce qui ne peut être divisé sous un rapport donné (spéc., de ce qui ne peut être admis ou fourni en partie) et qui doit être considéré ou payé globalement comme un tout, même (s'il s'agit d'une dette) par les héritiers du débiteur (chacun étant tenu au tout c. civ., a. 1223. comp. solidarité). Ex. indivisibilité d'un aveu, d'un compte courant, d'une servitude, d'une obligation ». Sur l'indivisibilité des hypothèques : Y. Picod, *op. cit.*, p. 261 et s., n° 159 ; J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018, p. 208 et 209, n° 342 ; J. Souhami, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD civ.* 2008, p. 27 et s. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés, élaboré par la commission présidée par Michel Grimaldi et présenté en septembre 2017 propose de consacrer le caractère indivisible des sûretés réelles à l'art. 2326 c. civ. : « La sûreté réelle est indivisible : elle subsiste en entier et sur tous les biens affectés jusqu'au complet paiement, nonobstant la division de l'assiette ou de la créance garantie » - les auteurs de l'avant-projet indiquent dans le commentaire associé à cet article que : « Le principe d'indivisibilité, actuellement énoncé en matière d'hypothèque et de gage, est volontiers présenté comme une règle générale, applicable à toute sûreté. Le présent article vient précisément asseoir la généralité de la règle ».

⁹⁸⁰ Si le principe de l'indivisibilité des sûretés réelles est rappelé de manière générale au sein de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés au sein de l'art. 2326, ses conséquences sont précisées pour le gage à l'art. 2349 et à l'art. 2404. Art 2349 : « Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. L'héritier du débiteur qui a payé sa portion de dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée. Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de créance, peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés » et art. 2404 : « L'hypothèque est indivisible, nonobstant la division de la dette : celui des codébiteurs qui possède l'immeuble hypothéqué est, sur cet immeuble, tenu pour le tout ; et chacun des créanciers a l'entier immeuble pour sûreté de sa part dans la créance. L'hypothèque est encore indivisible, nonobstant la division de l'immeuble ou la pluralité d'immeubles : chaque partie de l'immeuble divisé, chacun des immeubles est affecté à la sûreté de la totalité de la dette ».

⁹⁸¹ Expriment cette idée Dumoulin affirmait au XVI^e siècle : « *Hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte* » : les hypothèques portent sur les immeubles tout entiers.

⁹⁸² L. Aynès, « Une discrète consécration de la cession de créance future à titre de garantie », *D.* 2001, p. 3110.

⁹⁸³ Cass. 1^e civ. 20 mars 2001, n° 99-14982, Bull. civ. I, n° 76 ; *cah. D. aff.* 2001, n° 38, jur. p. 3111, note L. Aynès ; *JCP éd. G* 2002, n° 10124, note I. Goaziou.

permis par l'objet de la sûreté⁹⁸⁴. Il précise qu'une hypothèque ou un gage peuvent au contraire faire courir au constituant un risque disproportionné par rapport au crédit garanti, dès lors que le créancier dispose d'un droit réel accessoire indivisible sur le bien remis en sûreté.

492. Apparition d'une disproportion résultant de l'indivisibilité des sûretés réelles. Il résulte par ailleurs de cette indivisibilité qu'une sûreté proportionnée au montant de la dette garantie au jour de sa conclusion, peut, au cours de son existence et en raison de la diminution de la créance garantie, se trouver disproportionnée. Le rapport de proportionnalité se trouve en effet modifié par la réduction de la dette garantie et le maintien de la sûreté dans son intégralité. En vertu du principe d'indivisibilité, la sûreté reste entière en dépit d'un paiement partiel de la dette garantie⁹⁸⁵. Ainsi, le remboursement progressif de la dette garantie pourra faire naître une disproportion entre la sûreté et la créance restant à garantir. Il résulte de cette démonstration que l'exigence de la prise de sûreté proportionnée ne préjuge pas du maintien de la proportionnalité. Néanmoins, si la sûreté n'est pas automatiquement réduite au fur et à mesure du remboursement de la créance garantie⁹⁸⁶, il est possible pour le débiteur souhaitant obtenir un nouveau crédit de demander que son créancier hypothécaire lui consente une réduction volontaire de cette sûreté. En effet, la mainlevée de l'hypothèque peut être partielle. Toutefois, la réduction de l'hypothèque est soumise à des règles de forme strictes⁹⁸⁷. Pour pouvoir être publiée, la réduction doit être consentie par le créancier dans un acte authentique. Un auteur affirme qu'en raison du principe d'indivisibilité, « le créancier qui consent à une telle réduction abandonne en réalité une partie de son droit »⁹⁸⁸. Toutefois, lorsque la réduction porte sur la créance garantie et qu'elle fait suite à un paiement partiel, elle ne constitue pas un acte de

⁹⁸⁴ L. Aynès, « Une discrète consécration de la cession de créance future à titre de garantie », *D.* 2001, p. 3110 : l'auteur constate que la possibilité de céder des créances futures à titre de garanties est soumise à une condition relative à la mesure de l'aliénation : « À notre époque de crédit généralisé, l'intérêt que peut avoir le cédant au prêt qui lui est consenti justifie un tel engagement de l'avenir, pourvu précisément que l'aliénation future demeure dans les limites du crédit ("dans la limite de ses dettes d'emprunt", souligne justement l'arrêt). Ce que permet l'objet - des sommes d'argent - de la créance cédée. Au contraire, l'indivisibilité du droit réel accessoire consenti à un créancier hypothécaire ou gagiste peut faire courir au constituant un risque disproportionné par rapport au montant de sa dette ».

⁹⁸⁵ J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018, p. 235, n° 406.

⁹⁸⁶ Il est par ailleurs impossible de prévoir une clause d'écêtement permettant de prévoir conventionnellement la réduction de l'hypothèque au fur et à mesure du remboursement de la créance garantie en raison de la publicité nécessaire des actes portant sur les immeubles.

⁹⁸⁷ La mainlevée partielle comme la mainlevée totale de l'inscription hypothécaire doit être faite par acte notarié sauf lorsqu'elle est consentie par un dirigeant de société. v. L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 405 et s., n° 676 et 677.

⁹⁸⁸ S. Piedelièvre, « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Défrenois*, 30 juin 2000, n° 12, p. 737.

disposition du patrimoine du créancier garanti⁹⁸⁹. Si la réduction d'hypothèque est rare en raison de la nécessité d'un acte authentique, il suffira parfois, en pratique, au débiteur d'informer son nouveau créancier du remboursement partiel de la créance garantie par l'hypothèque inscrite à un rang antérieur, pour que celui-ci accepte d'être garanti par une hypothèque postérieure.

493. Règles résultant de la technique du droit. Le caractère indivisible des hypothèques s'oppose de manière pratique à la limitation de la prise de sûretés. Ainsi, cette règle va incontestablement à l'encontre du respect de la proportionnalité des sûretés prises. Toutefois, il est intéressant de remarquer que cette règle résulte de la technique du droit des sûretés. Elle n'est pas issue de la volonté délibérée du législateur d'encourager la prise de sûretés disproportionnées. Bien que cette règle ne favorise pas la mesure des sûretés, elle ne s'oppose pas de front à l'instauration d'une règle de proportionnalité⁹⁹⁰. Ainsi, le principe d'indivisibilité des sûretés réelles n'est pas un obstacle à l'instauration d'une règle de proportionnalité. Ce principe invite à questionner la pertinence de la distinction entre les sûretés absorbant le crédit du constituant et les autres. En effet, quelle que soit la sûreté offerte au créancier, une disproportion peut apparaître entre la valeur de la sûreté et le montant de la créance garantie en raison de l'application du principe d'indivisibilité des sûretés. Les sûretés sont égales face à ce principe. Le doute instauré quant à la pertinence de la distinction entre les sûretés selon qu'elles absorbent ou non le crédit du constituant est nourri par l'observation des règles de proportionnalité existantes.

2. Le paradoxe des règles de proportionnalité existantes

494. Intérêt de l'étude des règles existantes. *De lege lata*, des règles imposent le respect d'une proportionnalité entre les sûretés consenties et le crédit garanti. L'étude de ces règles est intéressante dès lors qu'elle permet de relativiser l'intérêt de la distinction entre les sûretés qui par leur méthode absorbent le crédit du constituant et celles qui ne l'épuisent pas. En effet, ces règles de proportionnalité sont applicables à des sûretés qui ne gaspillent pas le crédit du constituant.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, *loc. cit.* L'auteur précise que dans ce cas elle peut être consentie par une personne qui a la capacité pour recevoir le paiement et donner quittance, il n'est pas nécessaire dans cette hypothèse que la réduction soit consentie par une personne disposant d'un pouvoir de disposition sur le patrimoine du créancier dont la créance est garantie.

⁹⁹⁰ En sens contraire : N. Borga, « Le "cautionnement réel" exclut le devoir de mise en garde », *D.* 2009, p. 1661. L'auteur affirme qu'un principe « général de correction des sûretés réelles disproportionnées [...] heurterait le principe d'indivisibilité des sûretés réelles » ; Ph. Dupichot, thèse, *op. cit.*, n° 670. L'auteur considère que les sûretés réelles ne peuvent être concernées par un contrôle de proportionnalité en raison de leur nature indivisible.

495. Proportionnalité des sûretés judiciaires conservatoires⁹⁹¹. À ce titre, l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution permet de réduire toutes les sûretés judiciaires conservatoires « lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties »⁹⁹². Cette règle exige le respect de la proportionnalité entre la valeur des biens grevés par la sûreté judiciaire et le montant de la créance garantie par cette sûreté. Il est vrai que les termes « manifestement supérieure » ne sont pas explicites. La lecture partielle de l'article R. 532-9 pourrait laisser penser que le juge peut limiter les effets de la sûreté judiciaire dès lors qu'il est évident que la valeur des biens grevés est supérieure au montant des sommes garanties. La lecture stricte des termes « manifestement supérieure » pourrait conduire à une telle solution. Pourtant, même évidente, la seule supériorité de la valeur des biens grevés par rapport au montant des sommes dues est insuffisante. En effet, la suite de l'article R. 532-9 impose le constat d'une véritable disproportion pour que le juge soit autorisé à limiter les effets de la sûreté en cause.

496. Exigence de proportionnalité incontestable. L'article R. 532-9 impose au débiteur de justifier que les biens demeurant grevés suite à la réduction de l'assiette demandée au juge, auront une valeur double du montant des sommes garanties. Le législateur a ainsi posé un seuil en-deçà duquel il est impossible pour le juge de réduire l'assiette de la sûreté. Ce seuil est suffisamment important pour que l'on qualifie de disproportionnée la sûreté admise à la réduction judiciaire. En effet, pour pouvoir être réduite, la sûreté doit initialement porter sur une assiette dont la valeur est supérieure au double du montant des sommes dues. Il semble que ces sûretés peuvent être qualifiées de disproportionnées, elles ne sont donc pas simplement « manifestement supérieures » au montant garanti. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution pose une règle de proportionnalité des sûretés judiciaires conservatoires. Ce texte est d'ailleurs unanimement perçu en doctrine comme un texte posant une exigence de proportionnalité des sûretés judiciaires⁹⁹³. Précisons que toutes les règles exigeant le respect d'un rapport de proportionnalité ne posent pas de seuil au-delà duquel la

⁹⁹¹ Sur les sûretés judiciaires conservatoires : D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 12^e éd., 2017, p. 385 et s., n° 533 et s. ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 14, n° 19. Plus particulièrement, sur l'hypothèque judiciaire conservatoire, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 442 et s., n° 711 et s.

⁹⁹² Art. R. 532-9 C. pr. exéc. : « Lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties, le débiteur peut faire limiter par le juge les effets de la sûreté provisoire s'il justifie que les biens demeurants grevés ont une valeur double du montant de ces sommes ».

⁹⁹³ v. notamment : J. Etter et S. Gobin, « Sûretés consenties en garantie d'un crédit et proportionnalité », *RD banc. et fin.*, n° 5, sept. 2015, étude 15 ; O. Salati et C. Tirvaudey, « Mesures conservatoires. – Sûretés judiciaires. – Principes généraux. Publicité provisoire et définitive », *juris-Cl.*, fasc. 1700-30, juill. 2017 ; O. Salati, *Code des procédures civiles d'exécution annoté*, Dalloz, 2018, v° art. R. 532-9.

sûreté doit être qualifiée de disproportionnée⁹⁹⁴. Au sein de l'article R. 532-9, l'exigence d'un seuil a simplement permis de vérifier que la sûreté d'une valeur « manifestement supérieure » au montant des sommes dues pouvait être qualifiée de sûreté disproportionnée.

497. Champ d'application de la règle de proportionnalité. Cette règle de proportionnalité des sûretés est applicable à l'ensemble des sûretés judiciaires. Seules quelques sûretés peuvent être octroyées à un créancier par le juge. Il s'agit de l'hypothèque, du nantissement de fonds de commerce, du nantissement de parts sociales, d'actions et de valeurs mobilières⁹⁹⁵. Seules ces sûretés pourront être concernées par la règle de proportionnalité prévue à l'article R.532-9 du Code des procédures civiles d'exécution. Il est intéressant de constater que toutes ces sûretés sont soumises à la règle de proportionnalité alors même que toutes n'absorbent pas le crédit du constituant. En effet, l'hypothèque, quelle que soit sa source, n'absorbe pas le crédit pouvant être retiré de son immeuble par le constituant. L'hypothèque judiciaire prend rang au jour où elle est publiée, tout comme l'hypothèque légale ou l'hypothèque conventionnelle. De même, la garantie d'une créance par le nantissement de fonds de commerce permet au créancier d'inscrire sa créance et n'interdit pas au débiteur d'offrir ultérieurement à un autre créancier un second nantissement sur le même fonds de commerce. Le nantissement de fonds de commerce doit dès lors être classé parmi les sûretés qui n'absorbent pas le crédit du constituant. Contrairement au nantissement de créance qui offre au créancier nanti un droit exclusif au paiement de la créance nantie, le nantissement de valeurs mobilières n'épuise pas le crédit pouvant être retiré des valeurs mobilières offertes en sûretés. En somme, parmi les sûretés judiciaires, seul le nantissement de créances est de nature à absorber le crédit du constituant⁹⁹⁶. Il est dès lors intéressant de constater que la règle de proportionnalité prévue à l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution n'est pas réservée aux sûretés absorbant le crédit du constituant. Les sûretés concernées sont relativement indolores. L'existence d'une telle règle met en évidence le caractère paradoxal de l'absence de règle de proportionnalité applicable aux

⁹⁹⁴ Cf. Par exemple concernant la proportionnalité permettant de protéger la caution contre l'insolvabilité, le législateur parle d'engagement de la caution « manifestement disproportionné » à ses biens et revenus. De même concernant la proportionnalité comme outil de préservation du crédit du constituant : l'article L. 650-1 du Code de commerce indique seulement que la responsabilité du créancier fautif pourra être engagée « si les garanties prises [par lui] en contrepartie [des] concours [consentis] sont disproportionnées à ceux-ci », aucune indication de seuil au-delà duquel les garanties pourront être qualifiées de disproportionnées n'apparaît dans ce texte.

⁹⁹⁵ L. 531-1 c. proc. civ. d'exéc. : « Une sûreté judiciaire peut être constituée à titre conservatoire sur les immeubles, les fonds de commerce, les actions, parts sociales et valeurs mobilières ».

⁹⁹⁶ Il n'absorbe le crédit pouvant être obtenu en contrepartie de la remise de la créance en garantie qu'à condition que toute la créance soit offerte en garantie. Il est néanmoins possible que le juge offre au créancier agissant un nantissement portant sur une partie de la créance. Dans cette hypothèse, le nantissement de créance n'entraîne pas de gaspillage du crédit.

sûretés absorbant le crédit du constituant. En effet, l'instauration d'une règle de proportionnalité apparaîtrait d'autant plus justifiée en présence de sûretés épuisant le crédit. Ainsi, l'article R. 532-9 démontre qu'il serait injustifié de limiter l'application de la règle de proportionnalité aux sûretés absorbant le crédit du constituant. Ce constat est confirmé par l'existence de deux autres règles de proportionnalité qui ne concernent que des sûretés n'absorbant pas le crédit du constituant : les hypothèques.

498. Règle de proportionnalité des hypothèques légales et judiciaires. L'article 2444 du Code civil permet au débiteur dont le créancier a inscrit une hypothèque légale sur plusieurs de ses immeubles, de demander au juge le cantonnement de l'hypothèque sur un ou quelques-uns de ces immeubles⁹⁹⁷. Cette demande sera reçue par le juge si les immeubles sur lesquels l'hypothèque a été initialement inscrite par le créancier ont une valeur supérieure à 233 pourcents du montant de la créance garantie augmentée de ses accessoires⁹⁹⁸. Cette règle permet au juge de cantonner l'assiette de l'hypothèque en cas de disproportion entre la valeur des biens sur lesquels une hypothèque légale a été inscrite et le montant de la créance garantie par cette hypothèque. L'existence de cette règle démontre clairement que l'inscription d'une hypothèque unique sur plusieurs immeubles est plus gênante pour le débiteur que l'inscription d'une hypothèque sur un immeuble unique. Si l'hypothèque grève plusieurs immeubles, le créancier prendra un rang sur chaque immeuble et empêchera les créanciers ultérieurs de bénéficier d'un rang plus favorable et donc d'une sûreté plus efficace. Cette atteinte au crédit du constituant apparaît inutile lorsque la valeur des immeubles grevés est supérieure à 233 pourcents du montant de la créance garantie et que le cantonnement de l'hypothèque à une partie des immeubles initialement grevés permet d'assurer la garantie de la créance. Le législateur conscient de l'impact de la prise de sûretés disproportionnées sur le crédit du constituant a instauré une règle de proportionnalité en matière d'hypothèque légale⁹⁹⁹. Cette règle démontre que l'étendue des hypothèques prises n'est pas sans conséquence sur le crédit du constituant. En l'absence de conséquence de la prise d'hypothèques grevant plusieurs immeubles, la règle posée à l'article 2444 du Code civil n'aurait pas de raison d'être. Le même raisonnement peut être mené à propos de l'article 2445 du Code civil.

⁹⁹⁷ Nous qualifierons d'hypothèques légales toutes les hypothèques offertes par la loi, y compris l'hypothèque résultant des jugements de condamnation que le législateur lui-même qualifie de « judiciaire ».

⁹⁹⁸ Art. 2445 c. civ. applicable lorsque « la valeur d'un seul ou de quelques-uns [des immeubles grevés] excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ».

⁹⁹⁹ En présence d'une hypothèque légale, le « constituant » est nécessairement le débiteur.

499. Règle de proportionnalité des hypothèques inscrites par le créancier seul. L'article 2445 du Code civil, applicable aux hypothèques inscrites par les créanciers seuls, exige le respect d'un rapport de proportionnalité entre le montant de la créance garantie et le montant inscrit. L'article 2445 du Code civil s'applique à toute hypothèque quelle que soit sa source : conventionnelle, judiciaire ou légale. Cette règle ne s'applique toutefois que lorsque le créancier a déterminé seul le montant de la créance inscrite alors que la créance est éventuelle, conditionnelle ou d'un montant indéterminé¹⁰⁰⁰. Dans cette dernière hypothèse, le principe de spécialité imposant de limiter l'importance de l'hypothèque au montant de la créance ne peut impliquer que l'hypothèque soit cantonnée au montant de la créance garantie. En effet, en présence d'une créance dont le montant est indéterminé, il est impossible d'affirmer que le montant de la créance constitue une limite à l'inscription de la créance à garantir. Dès lors que le principe de spécialité quant à la créance n'entraîne pas la limitation de l'hypothèque à hauteur de la créance garantie, le créancier pourrait être en mesure d'inscrire en garantie une créance d'un montant très largement supérieur au montant susceptible de lui être dû par le débiteur. Ce faisant, le créancier s'assurerait que l'hypothèque ne se révélera pas insuffisante au jour où la créance qu'il détient contre le débiteur sera liquidée. Un tel comportement nuirait évidemment au constituant. L'hypothèque grevant son immeuble serait d'un montant bien plus élevé que le montant potentiel de la créance à garantir. Son crédit s'en trouverait nécessairement affecté. Plus une hypothèque est prise pour un montant important, plus elle représente un pourcentage important de la valeur de l'immeuble et moins les sûretés postérieurement inscrites sont fiables et attractives. Il est logique qu'une règle de proportionnalité vienne pallier la lacune résultant de l'impossibilité d'appliquer strictement le principe de spécialité des hypothèques quant aux créances garanties. En application de cette règle de proportionnalité, le juge pourra réduire le montant de la créance garantie par l'hypothèque.

500. Critique de la règle existante. Si la règle posée à l'article 2445 du Code civil est parfaitement justifiée en présence d'une créance dont le montant est indéterminé, elle semble plus énigmatique en présence d'une sûreté éventuelle ou conditionnelle. Le caractère éventuel ou conditionnel de la créance garantie par une hypothèque ne devrait pas remettre en cause l'application du principe de spécialité quant à la créance garantie. Dès lors que le montant de la

¹⁰⁰⁰ Pour une critique de ce champ d'application : considérant que la disposition n'a de sens que pour les créances dont le montant est indéterminé : S. Piedelièvre, « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Défrenois*, 30 juin 2000, n° 12, p. 737 : « Cette solution se justifie pour les créances d'un montant indéterminé. Il est toujours possible qu'un créancier exagère leur montant lors de l'inscription hypothécaire. Elle est plus discutable pour les créances conditionnelles ou éventuelles, car certaines d'entre elles sont déterminées dans leur montant ».

créance est connu, ce principe peut matériellement s'appliquer et doit dès lors être respecté par les créanciers lorsqu'ils procèdent à l'inscription de leur hypothèque. Or, le respect du principe de spécialité des hypothèques quant aux créances garanties limite l'inscription de l'hypothèque au montant de la créance garantie. Dès lors que le principe de spécialité quant à la créance garantie est respecté, l'inscription ne peut être disproportionnée au montant de la créance réelle¹⁰⁰¹. Le texte de l'article 2445 du Code civil invite à penser que le caractère éventuel ou conditionnel de la créance garantie peut impliquer que la créance a peu de chance d'exister, de sorte que la prise d'une hypothèque, même limitée au montant de la créance conditionnelle ou éventuelle, pourrait apparaître disproportionnée par rapport aux chances d'existence de la créance. Cette règle permettrait alors de préserver le crédit du constituant lorsque celui-ci est affecté au remboursement d'une créance qui a peu de chance de voir le jour. Cette conception de l'hypothèque disproportionnée semble critiquable. La disproportion n'est pas ici évaluée de manière objective entre le montant de la créance garantie et la valeur des sûretés obtenues en contrepartie. En l'absence d'une telle disproportion, la réduction de l'hypothèque n'apparaît pas comme la sanction la plus appropriée. La règle de proportionnalité des sûretés permettant de préserver le crédit du constituant devrait être réservée aux hypothèses dans lesquelles est constatée une disproportion objective entre le montant de la créance garantie et la valeur des sûretés.

501. Confirmation de l'atteinte au crédit. Bien que la règle posée à l'article 2445 du Code civil soit critiquable en présence de créances éventuelles ou conditionnelles, l'existence d'une seconde règle de proportionnalité des hypothèques témoigne de l'existence de conséquences de l'hypothèque nuisibles pour le constituant. En effet, si la constitution d'hypothèque était sans effet pour le constituant, le législateur n'aurait pas pris soin de poser deux règles de proportionnalité réservées à ces sûretés. Ces deux règles démontrent que la constitution d'hypothèque est nocive au crédit du constituant. Ainsi, le fait que plusieurs hypothèques puissent être constituées sur un même bien n'empêche pas ces sûretés de participer à l'atteinte au crédit du constituant. Il convient d'expliquer en quoi la constitution d'hypothèque peut s'avérer nuisible au constituant alors même que d'autres hypothèques peuvent être ultérieurement inscrites sur le même bien.

¹⁰⁰¹ Elle ne peut dépasser le montant de la créance et ne peut donc être ni supérieure, ni disproportionnée à ce montant.

502. Participation de toutes les sûretés réelles à l'atteinte au crédit. L'existence de règles de proportionnalité des sûretés applicables à des sûretés qui n'absorbent pas le crédit du constituant conduit à constater que ces sûretés ne sont pas totalement indolores pour le constituant. Il convient d'expliquer en quoi ces sûretés participent à l'atteinte au crédit du constituant. Concernant les sûretés absorbant le crédit du constituant, l'atteinte à sa capacité à obtenir des crédits est évidente. En offrant au créancier une sûreté sur un bien, le constituant s'interdit d'offrir à d'autres créanciers des sûretés sur le même bien. Il se prive ainsi d'offrir des sûretés ce qui nuit à sa capacité à obtenir des crédits. Si elle est moins évidente, l'atteinte à la capacité du constituant à obtenir des crédits n'est pas moins réelle en présence d'une sûreté n'absorbant pas le crédit du constituant. Lorsqu'il offre à un créancier le droit d'inscrire une sûreté sur l'un de ses biens, le constituant se prive de la possibilité d'offrir une sûreté identique à un nouveau créancier. En effet, bien que le constituant soit encore en mesure d'offrir des sûretés sur le même bien, ces sûretés se verront attribuer des rangs ultérieurs¹⁰⁰². Ainsi, l'octroi d'une sûreté signifie *a minima*, l'octroi d'un rang au créancier bénéficiaire et par suite, l'impossibilité d'offrir ce rang à un créancier ultérieur. Le classement des créanciers est une donnée primordiale, il détermine en grande partie l'efficacité de la sûreté. Lorsque la sûreté choisie permet au constituant d'utiliser son bien en garantie de plusieurs créances, les rangs attribués aux différents créanciers ne se valent pas. Une hiérarchie s'instaure entre les créanciers en fonction de la date à laquelle leur sûreté a été publiée. Meilleur est le rang attribué à un créancier muni d'une sûreté réelle, meilleures sont ses chances d'être désintéressé lors de la réalisation de la sûreté. Il résulte de ce classement des créanciers que les sûretés de second rang ou de rangs ultérieurs ne sont pas aussi efficaces que les sûretés de premier rang. Ces sûretés n'offrent pas une priorité absolue sur le bien à leur bénéficiaire. Leur efficacité dépend d'une part de la validité, du maintien et du montant de la créance garantie en premier rang ou des créances garanties par des rangs antérieurs, et d'autre part du montant perçu à la suite de la réalisation du bien grevé. Dès lors que l'efficacité des sûretés réelles dépend du rang attribué au créancier sur le bien grevé, l'octroi de sûretés réelles n'est pas sans effet sur la capacité du constituant à obtenir des crédits. En effet, bien qu'il soit possible d'offrir plusieurs sûretés sur un même bien, l'offre d'une sûreté de premier rang à un premier créancier réduit l'efficacité des sûretés ultérieures. Ainsi, il est compréhensible que les créanciers ne se contentent pas de sûretés réelles

¹⁰⁰² À condition que le créancier bénéficiant d'une sûreté offerte antérieurement ait pris soin de procéder à l'inscription de cette sûreté. C'est la date d'inscription de la sûreté qui détermine le rang du créancier.

sur lesquelles ils sont primés par de nombreux autres créanciers. L'offre d'une sûreté réelle n'est pas attrayante lorsque plusieurs créanciers sont d'ores et déjà classés sur ledit bien. Il en résulte que toutes les sûretés réelles, qu'elles absorbent ou non le crédit pouvant être obtenu en contrepartie de l'octroi de sûretés sur le bien grevé, participent à l'atteinte au crédit du constituant. Les sûretés qui semblent indolores parce qu'elles n'absorbent pas toute la valeur du bien grevé ne le sont finalement qu'en apparence.

503. Utilité de la distinction entre sûretés absorbant ou non le crédit. Bien que les sûretés qui n'absorbent pas le crédit du constituant ne soient pas totalement indolores, elles ne sont pas égales aux autres sûretés concernant l'application de la règle de proportionnalité. En effet, en présence d'une sûreté unique, les sorts de ces deux catégories de sûretés diffèrent. La sûreté absorbant le crédit du constituant peut apparaître disproportionnée en elle-même si la valeur du bien grevé est disproportionnée au crédit consenti. En revanche, en application du principe de spécialité, la sûreté n'absorbant pas le crédit du constituant est limitée au montant de la créance garantie. Ainsi, cette dernière sûreté ne pourra être disproportionnée au crédit garanti. En l'absence de limite posée par le principe de spécialité, la valeur de la sûreté épouse la valeur du bien grevé. C'est pourquoi, en l'absence du principe de spécialité, l'écart entre la valeur du bien et le montant de la créance garantie est problématique. Cet écart fait naître en lui-même un gaspillage du crédit. Ainsi, la distinction entre les sûretés absorbant le crédit et les autres permet d'identifier les sûretés qui en elles-mêmes pourraient être sanctionnées en raison de leur disproportion. Cette distinction n'a pas plus de portée. En particulier, elle ne signifie pas que les sûretés n'absorbant pas le crédit ne peuvent pas participer à la disproportion des garanties offertes au créancier.

504. Distinction de l'absorption du crédit et de la disproportion. La disproportion entre la valeur du bien et le montant de la créance garantie n'est pas problématique en elle-même lorsque les sûretés consenties n'absorbent pas le crédit. Toutefois, la créance peut bénéficier d'une garantie disproportionnée y compris lorsque les sûretés offertes au créancier n'absorbent pas le crédit à condition que plusieurs sûretés soient offertes au créancier. Les sûretés attribuant un rang au créancier garanti participent à la disproportion. En présence de plusieurs garanties offertes au créancier, toutes les garanties obtenues par lui participent à la caractérisation d'une disproportion. Dans ce contexte, la disproportion n'apparaît plus indolore mais gênante. Un exemple concret permet d'illustrer cette gêne. Si cinq garanties sont offertes à un créancier alors que deux de ces garanties auraient été évidemment suffisantes, les trois autres sont inutiles. La

disproportion apparaît en raison de l'observation de l'ensemble des garanties. Cette disproportion est gênante dès lors que si les trois sûretés inutiles n'avaient pas été octroyées, le créancier n'aurait pas pris de rang et le rang dont il bénéficie aurait pu être octroyé à d'autres créanciers. L'octroi de ces sûretés participe à affaiblir les sûretés pouvant être ultérieurement consenties sur le même bien. En somme, il est primordial de bien comprendre que si toutes les sûretés n'absorbent pas le crédit pouvant être retiré du bien offert en sûreté, toutes peuvent participer à la disproportion des garanties offertes au créancier. Dès lors que toutes les sûretés peuvent participer à la disproportion des sûretés prises en contrepartie d'un concours, toutes les sûretés seront prises en considération dans l'appréciation de la proportionnalité des garanties. Aucune distinction ne doit dès lors être faite entre les sûretés absorbant le crédit et les sûretés permettant au créancier de prendre un rang. En définitive, toutes les sûretés réelles doivent être soumises à la règle de proportionnalité. Pour vérifier que la règle de proportionnalité concernera toutes les sûretés, il convient de s'assurer qu'elle pourra également être applicable aux sûretés personnelles.

§ 2 : La proportionnalité des sûretés personnelles

505. **Problématiques liées à la disproportion des sûretés personnelles.** Les sûretés réelles sont toujours gênantes quelles que soit leur nature, elles grèvent le patrimoine du constituant de sorte que l'octroi d'une sûreté réelle ne peut laisser au constituant la possibilité de consentir à un nouveau créancier la même sûreté assortie de la même efficacité. Concernant les sûretés personnelles, l'atteinte au crédit du garant prend une forme différente. En effet, les sûretés personnelles ne grèvent aucun bien de sorte qu'il pourrait sembler possible d'offrir un nombre illimité de sûretés personnelles. À leur sujet, deux questions seront posées. D'une part, comme pour les sûretés réelles, sera posée la question de savoir si chaque sûreté personnelle peut être disproportionnée en elle-même (I). D'autre part, sera posée la question de savoir qui, du débiteur ou du garant, sera en droit d'invoquer la règle de proportionnalité (II).

I. L'identification des sûretés personnelles disproportionnées

506. **Étude distincte du cautionnement et des autres sûretés personnelles.** Le cautionnement se distingue des autres sûretés personnelles en raison de son caractère accessoire renforcé. Il ne peut être offert pour un montant supérieur à celui de la dette garantie, de sorte qu'aucune disproportion ne pourra être caractérisée entre le montant du cautionnement et celui de la créance garantie. À son égard la règle de proportionnalité des sûretés semble inutile.

Néanmoins, en présence de sûretés multiples, cette conséquence du caractère accessoire renforcé du cautionnement ne préjuge pas de la possibilité de prendre en considération le cautionnement parmi les différentes sûretés offertes au créancier (A). Contrairement au cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention bénéficient d'un caractère accessoire simple¹⁰⁰³. Ce caractère n'implique pas que la sûreté soit limitée en considération de l'importance de la créance garantie. Il est dès lors intéressant de se poser la question de savoir si ces sûretés personnelles peuvent être disproportionnées par rapport au crédit consenti au débiteur (B).

A. *La disproportion douteuse du cautionnement*

507. Disproportion réservée au cas de cumul des sûretés. Dès lors que le cautionnement est envisagé seul, sa disproportion est impossible (1). Toutefois, le cautionnement ne doit pas être exclu du domaine d'application de la règle de proportionnalité des sûretés. En effet, le cautionnement peut être offert au créancier avec d'autres sûretés. En particulier, plusieurs cautionnements peuvent garantir une même créance. Il convient de préciser que dans ces hypothèses, les cautionnements seront pris en compte pour évaluer la proportionnalité des sûretés offertes au créancier (2).

1. L'impossible disproportion du cautionnement seul

508. Proportionnalité du cautionnement par rapport à la dette principale. Le cautionnement connaît déjà une règle de proportionnalité. Il convient de bien distinguer la règle envisagée de la règle existante. *De lege lata*, la règle de proportionnalité du cautionnement s'entend d'une exigence de proportionnalité entre le montant du cautionnement et les capacités financières de la caution. Cette règle a pour but d'éviter que les cautions se trouvent en situation d'insolvabilité. La protection du crédit du garant doit être distinguée de la protection de ses actifs. D'une part, empêcher le créancier d'obtenir un cautionnement disproportionné par rapport aux facultés de paiement de la caution vise à préserver la caution de l'apparition d'une situation d'insolvabilité. D'autre part, la protection du crédit de la caution n'implique pas de

¹⁰⁰³ Le caractère accessoire simple est une caractéristique de toutes les sûretés dès lors que les sûretés sont nécessairement attachées à une créance. Ce caractère apparaît dans la définition de la sûreté proposée par le professeur Crocq : « une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire à de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement » : P. Crocq, thèse, *op. cit.*, p. 23, n° 282.

s'assurer que le montant du cautionnement n'est pas trop élevé par rapport à ses facultés de paiement, mais qu'il est proportionné par rapport au crédit garanti.

509. Critique de la disproportion. L'atteinte au crédit de la caution est justifiée si elle résulte de l'octroi d'un cautionnement proportionné au crédit garanti. Le même raisonnement peut être tenu pour toutes les sûretés personnelles. En effet, chaque sûreté personnelle offerte par un garant entraînera une diminution de sa capacité à obtenir des crédits. Cette conséquence n'est pas condamnable. Seule l'offre de sûretés personnelles disproportionnées par rapport à la créance garantie peut être critiquée. En revanche, la disproportion entraîne une atteinte injustifiée au crédit du garant.

510. Limite tenant au caractère accessoire du cautionnement. Pour appliquer la règle de proportionnalité visant à protéger le crédit de la caution, il convient d'évaluer la proportionnalité entre l'importance du crédit consenti et le montant du cautionnement. Toutefois, perçue sous cet angle, aucune règle ne faisant intervenir la notion de proportionnalité ne peut prospérer. En effet, le montant de la créance garantie est une limite que le cautionnement ne peut en aucun cas dépasser. Cette limite est l'un des effets du caractère essentiellement accessoire du contrat de cautionnement¹⁰⁰⁴. C'est parce que le cautionnement est l'accessoire de la dette principale qu'il ne peut être consenti pour un montant plus important que celle-ci. Cette limite est posée à l'article 2290 du Code civil¹⁰⁰⁵. En application de cet article, le cautionnement excédant le montant de la dette garanti doit être réduit. Ainsi, le montant du cautionnement consenti ne peut être supérieur au montant du crédit garanti de sorte qu'il ne peut jamais être disproportionné par rapport à ce montant. La doctrine et la jurisprudence ont eu l'occasion de rappeler cette solution logique¹⁰⁰⁶. La proportionnalité du cautionnement par rapport à la dette principale est donc à la fois stricte et évidente.

¹⁰⁰⁴ V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 86, n° 134 et s. Les auteurs parlent de caractère accessoire « renforcé » du cautionnement ; n° 202 les auteurs qualifient la règle posée à l'art. 2290 c. civ. de « pure expression du caractère accessoire renforcé du cautionnement » ; v. également : Ph. Simler, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (sous dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 85 s., spéc. p. 92 : « Le caractère accessoire [...] signifie essentiellement que la caution ne doit que ce que doit le débiteur ».

¹⁰⁰⁵ Art. 2290 al. 1 : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ».

¹⁰⁰⁶ En ce sens à propos de la proportionnalité prévue à l'article L. 650-1 c. com. : P. Cagnoli, « Le créancier peut se prévaloir de l'article L. 650-1 du Code de commerce à l'encontre de la caution », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, n° 1, janvier 2013 : « Quant au cautionnement, on peut se demander si le grief de disproportion a un sens. D'une part, la caution n'est pas le bénéficiaire du crédit. D'autre part et surtout, même pour un cautionnement indéfini (C. civ., art. 2293), la caution paiera, par hypothèse, exactement ce que doit le débiteur, de sorte qu'on voit mal en quoi le cautionnement pourrait être disproportionné au crédit

511. **Limite immuable.** Cette règle aujourd'hui prévue à l'article 2290 du Code civil n'est pas récente. En effet, cette limite existait déjà en droit romain¹⁰⁰⁷. À cette époque, le cautionnement d'un montant supérieur à la créance principale garantie était entièrement nul¹⁰⁰⁸. Selon Pothier, les jurisconsultes romains estimaient qu'un « cautionnement par lequel la caution s'oblige à quelque chose de plus, pêche dans sa forme essentielle de cautionnement, et doit par conséquent être une nul »¹⁰⁰⁹. Un autre auteur voit dans cette sanction du cautionnement excédant la créance garantie, une mesure de protection des cautions¹⁰¹⁰. Si la sanction a évolué, la limite attachée au caractère accessoire du cautionnement semble immuable. Sans surprise, le maintien de cette limite était prévu dans le projet de réforme des sûretés de 2005¹⁰¹¹ et l'est encore dans celui de 2017¹⁰¹².

512. **Lien avec la proportionnalité.** Cette limite historique au montant du cautionnement n'a pas pour finalité le respect de la proportionnalité entre le crédit consenti et les sûretés prises. En effet, la règle de l'article 2290 du Code civil ne traduit pas la volonté du législateur de lutter contre la prise de sûretés excessives. Cette règle découle de la technique du cautionnement et précisément de son caractère accessoire. Toutefois, de manière accidentelle, cette règle œuvre en faveur du respect d'une forme de proportionnalité des sûretés. Concrètement, en vertu de cette règle un cautionnement, étudié indépendamment des autres sûretés qui peuvent être prises par le créancier, ne peut être disproportionné au montant de la créance garantie. La règle ne fait pas intervenir la notion de proportionnalité, mais elle instaure une limite au montant du

consenti ». La Cour de cassation l'a également rappelé Cass. com. 18 mai 2017, inédit, n° 15-12338 ; *rev. proc. coll.* 2017, comm. 156, obs. A. Martin-Serf ; *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, n° 34, p. 74, obs. J. Lassere-Capdeville.

¹⁰⁰⁷ Les contrats de *sponsio* et de *fidepromissio* donnés pour des montants excessifs n'étaient pas réductibles mais nuls pour le tout. cf. F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998, bibl. dr. privé, t. 294, p. 26, n° 28.

¹⁰⁰⁸ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, p. 178, n° 375 corollaire IV de la définition du cautionnement.

¹⁰⁰⁹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, p. 178, n° 375 corollaire IV de la définition du cautionnement. Toutefois selon l'auteur « ce raisonnement, sur lequel il y a lieu de penser que les jurisconsultes romains se sont fondés, est plus subtil que solide ».

¹⁰¹⁰ Selon F. Jacob le but de cette disposition et d'autres mesures de protection des cautions prévues par les lois *Publia*, *Furia* et *Apulia* était d'améliorer la situation des débiteurs ayant des difficultés à obtenir des crédits. L'auteur affirme que « ce régime très favorable à la caution avait été inspiré par des considérations d'ordre politique. On voulait venir au secours des débiteurs obérés qui ne trouvaient plus personne pour répondre de leurs dettes » : F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998, bibl. dr. privé t. 294, p. 26, n° 28.

¹⁰¹¹ Art 2303 du projet présenté par la commission Grimaldi en 2005 : « La caution ne peut s'engager au-delà de l'obligation du débiteur, ni sous des conditions plus onéreuses, à peine de réduction à la mesure de l'obligation principale ».

¹⁰¹² Art. 2297 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, élaboré par la commission présidée par Michel Grimaldi et présenté en septembre 2017 : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses. Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ».

cautionnement. Cette limite stricte s'avère être plus rigoureuse que la proportionnalité du cautionnement par rapport au crédit garanti. En effet, la notion de proportionnalité permet une certaine marge de manœuvre qui ne se retrouve pas dans la règle prévue à l'article 2290 du Code civil. La limite au montant du cautionnement reposant sur le caractère accessoire de cette sûreté prend une place qui aurait pu être celle d'une règle de proportionnalité fondée sur l'objectif de préservation du crédit du constituant, en l'occurrence, la caution. En effet, si le caractère essentiellement accessoire du cautionnement n'imposait pas que son montant soit limité à celui de la dette principale, aurait pu être proposée l'instauration d'une règle de proportionnalité des cautionnements par rapport au montant du crédit garanti. Dès lors que cette règle résulte du caractère accessoire du cautionnement, le législateur n'a pas exprimé sa volonté de limiter le montant du cautionnement dans un but de protection de la caution. Bien qu'elle ne résulte pas de la volonté du législateur de protéger le crédit de la caution, la règle posée à l'article 2290 du Code civil interdit qu'un cautionnement envisagé seul soit disproportionné à la dette principale. En revanche, en cas de pluralité de sûretés garantissant une même créance, le cautionnement peut participer à la disproportion des sûretés offertes au créancier.

2. Le cautionnement participant à la disproportion

513. **Question du cumul de cautionnements.** Envisagé seul, le cautionnement ne peut jamais être disproportionné au crédit garanti. Toutefois, il peut être exigé par un créancier disposant par ailleurs d'autres sûretés. Dans une telle hypothèse, l'exigence de proportionnalité des sûretés sera applicable. En cas de cumul de sûretés, le cautionnement sera pris en compte parmi les sûretés offertes au créancier. En effet, le cautionnement comme toute autre sûreté peut participer à la disproportion lorsque celle-ci résulte d'un cumul de sûretés¹⁰¹³. Si une sûreté personnelle ou une sûreté réelle pour autrui est consentie à un créancier alors que sa constitution n'était pas nécessaire, l'atteinte au crédit du constituant résultant de la constitution de cette sûreté n'apparaîtra pas justifiée. Ce constat invite à étudier spécialement le cumul de cautionnements dès lors que la prise de plusieurs cautionnements consentis par des personnes physiques est extrêmement fréquente. Mérite donc d'être traitée la question de savoir s'il est possible de parler de disproportion en présence d'une créance garantie par plusieurs cautionnements¹⁰¹⁴. En

¹⁰¹³ Cass. com. 27 mars 2012, Bull. civ. IV n° 68., n° 10-20077, *supra*. Cet arrêt confirme que le cumul d'un cautionnement et d'une sûreté réelle peut être qualifié de disproportionné.

¹⁰¹⁴ Il convient de rappeler que l'obtention de plusieurs cautionnements en garanti d'une même créance ne permet pas au créancier de s'enrichir. Même si chaque cautionnement est offert pour un montant égal à celui de la dette principale, le créancier ne pourra pas cumuler les sommes obtenues en réalisation des cautionnements. Les cautionnements sont concernés par le principe selon lequel le créancier ne peut s'enrichir par le biais des sûretés.

théorie, l'obtention d'un nombre important de cautionnements en garantie d'une même dette pourra constituer une prise de sûretés disproportionnées. Toutefois, l'évaluation de la proportionnalité impliquera de prendre en compte l'efficacité des sûretés offertes aux créanciers¹⁰¹⁵. Or, l'efficacité des cautionnements consentis par des personnes physiques est douteuse. En effet, les cautionnements de personnes physiques sont quotidiennement contestés devant les tribunaux. Il en résulte que l'obtention de plusieurs cautionnements consentis par des personnes physiques en garantie d'une même dette ne pourra que rarement être qualifiée de disproportionnée. Il est pourtant intéressant de voir qu'une règle ancienne a eu pour objectif de limiter le nombre de cautionnements offerts en contrepartie d'une même dette.

514. Incitation à la mesure par la loi Ciceria. L'une des premières lois qui, sans poser de limite à la prise de sûretés, invitait le créancier à la mesure, a été la loi Ciceria¹⁰¹⁶. Cette loi imposait au créancier qui reçoit l'engagement d'une caution de faire une déclaration¹⁰¹⁷ indiquant les cautionnements qu'il avait préalablement reçus pour la dette en cause¹⁰¹⁸. Cette simple déclaration ne posait pas de limite légale à la prise de cautionnements mais elle a pu jouer un rôle sur la psychologie des créanciers. Le fait de devoir recenser les différents cautionnements obtenus en garantie d'une dette permet au créancier suffisamment protégé de prendre conscience de l'inutilité du cautionnement désiré. La loi Ciceria a donc pu avoir un effet sur le nombre de cautionnements offerts en garantie d'une dette déterminée. Cette règle œuvre dans le sens de la proportionnalité entre les sûretés prises par un créancier et l'importance du crédit consenti au débiteur¹⁰¹⁹. Elle permet donc de constater que l'idée de l'exigence d'une mesure dans la prise de sûretés connaissait des prémices en droit romain¹⁰²⁰.

515. Application de la règle au cautionnement cumulé à d'autres sûretés. La règle de proportionnalité des sûretés ne permettra pas de limiter le montant d'un cautionnement s'il s'agit de la seule sûreté offerte au créancier. Seules les hypothèses dans lesquelles le créancier

¹⁰¹⁵ v. n° 707 et s.

¹⁰¹⁶ Sur cette loi : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 64, n° 63. L'auteur précise notamment que la date exacte de cette loi n'est pas connue de manière certaine mais qu'elle est généralement attribuée au dictateur Cornelius Sylla (138-78 avant JC).

¹⁰¹⁷ Appelée « praedicatio ».

¹⁰¹⁸ Ph. Dupichot, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰¹⁹ Cette même loi posait une autre règle limitant l'octroi de cautionnement. Cette seconde règle interdisait de consentir à un créancier déterminé, un ou plusieurs cautionnements en garantie des dettes d'un débiteur déterminé, au cours d'une même année et pour plus de 20 000 sesterces. La limitation de la possibilité de se porter caution rappelle évidemment la règle de proportionnalité existante en droit du cautionnement. Sur cette règle : Ph. Dupichot, *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur affirme notamment : « laissant subsister l'étrange sentiment que rien de véritablement nouveau ne se crée sous le ciel des sûretés, cette loi présente des similitudes remarquables avec le souci contemporain de prévention du cautionnement manifestement disproportionné ».

¹⁰²⁰ Sur le droit des sûretés en droit romain : Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 2008, p. 5 et s., n° 5 et s.

bénéficiera de plusieurs sûretés pourront entraîner la remise en cause du cautionnement sur le fondement de la règle de proportionnalité des sûretés. À ce titre, le créancier bénéficiant seulement de cautionnements offerts par des personnes physiques ne devrait être sanctionné que de manière exceptionnelle. C'est donc essentiellement le cumul de cautionnements et de sûretés d'autres natures qui pourrait entraîner l'application de la règle de proportionnalité des sûretés. Toutes les sûretés personnelles ne seront pas égales de ce point de vue. En effet, tant les garanties autonomes que les lettres d'intention pourront être disproportionnées au crédit consenti au débiteur y compris lorsqu'elles sont envisagées seules.

B. La disproportion possible des autres sûretés personnelles

516. Garanties autonomes et lettres d'intention. Le cautionnement, dès lors qu'il est envisagé seul, ne peut jamais se trouver disproportionné au crédit garanti. Tel n'est pas le cas des autres sûretés personnelles que sont la garantie autonome et la lettre d'intention. La démonstration de la possibilité pour ces sûretés d'être qualifiées de disproportionnées au crédit consenti n'est toutefois pas évidente. Seront étudiées distinctement les problématiques liées à la proportionnalité des garanties autonomes (1) et des lettres d'intention (2).

1. La disproportion de la garantie autonome

517. Disproportion potentielle de la garantie autonome. Contrairement au cautionnement, la garantie autonome peut être consentie pour une somme plus importante que celle due par le donneur d'ordre au bénéficiaire. En théorie, rien n'empêche le créancier d'exiger que le garant autonome s'engage pour une somme manifestement disproportionnée au montant du crédit accordé au donneur d'ordre¹⁰²¹. Se pose donc la question de savoir s'il est nécessaire d'interdire au créancier de se faire consentir une garantie autonome d'un montant manifestement disproportionné au crédit octroyé au donneur d'ordre. Pour répondre à cette question, il convient d'observer les pratiques afin de savoir si les créanciers exigent des garanties autonomes disproportionnées aux crédits consentis. L'étude de la pratique des garanties autonomes implique de distinguer entre les garanties autonomes prises comme substitut au

¹⁰²¹ Aucune règle similaire à celle posée par l'article 2290 du Code civil en matière de cautionnement n'existe en matière de garantie autonome. Cette règle étant fondée sur le caractère accessoire renforcé du cautionnement, lequel ne se retrouve évidemment pas dans la technique de la garantie autonome. Sur la règle posée à l'article 2290 c. civ. comme fondement du caractère accessoire renforcé du cautionnement : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 86, n° 134.

dépôt d'espèces, dont les montants sont limités et les garanties autonomes données en substitut de cautionnements, pour lesquelles la disproportion est plus à craindre.

518. **Substitut aux indemnités d'immobilisation.** En raison de son automaticité, la garantie à première demande est souvent utilisée comme technique permettant de remplacer le dépôt d'espèces¹⁰²². Ces sûretés sont utilisées notamment dans le domaine des promesses de vente¹⁰²³. Dans ce cadre, elles remplacent le versement de l'indemnité d'immobilisation exigée du bénéficiaire. Lorsque le bénéficiaire de la promesse ne lève pas l'option qui lui est réservée, le promettant subit un préjudice résultant de l'immobilisation de son bien. Il peut être indemnisé pour ce préjudice soit en conservant l'indemnité d'immobilisation si une telle indemnité lui a été préalablement versée par le bénéficiaire, soit en appelant le garant autonome engagé envers lui en substitut de l'indemnité d'immobilisation. Dans ce contexte, lorsqu'une garantie autonome est préférée à l'indemnité d'immobilisation, son montant n'excède pas en pratique la somme qui aurait été réclamée au bénéficiaire s'il avait versé une indemnité d'immobilisation. Concrètement, l'indemnité d'immobilisation ou le montant à hauteur duquel s'engage le garant autonome représente approximativement 10 pourcents du montant du prix du bien objet de la promesse de vente. Les garanties autonomes ainsi consenties ne peuvent donc être qualifiées de disproportionnées. En effet, la proportionnalité des sûretés s'entend de la proportionnalité entre la créance garantie et le montant des sûretés octroyées au créancier. En matière de promesses de vente, la créance garantie est l'indemnité d'immobilisation ayant pour objectif d'indemniser le vendeur du préjudice subi par lui lorsque le bénéficiaire de la promesse de vente décide de ne pas lever l'option. Or, le montant de la garantie autonome n'est précisément pas supérieur à l'indemnité d'immobilisation. Ainsi la créance d'indemnisation garantie, généralement évaluée à 10 pourcents du prix du bien à vendre, constitue une limite au montant de la garantie autonome. En somme, en matière de promesse de vente, la garantie autonome ne peut être accordée pour un montant supérieur à la créance d'indemnisation garantie, de sorte qu'elle ne peut être disproportionnée par rapport à cette dernière. En ce domaine précis la garantie

¹⁰²² Sur cette utilisation des garanties autonomes : v. notamment : J.-L. Courtier, « La garantie à première demande : une nouvelle sûreté pour les créanciers », *LPA* 23 mai 1994, n° 61. La possibilité de remplacer un dépôt d'espèce par une garantie autonome a été consacrée en matière de bail d'habitation par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative au droit des sûretés : une garantie autonome peut être souscrite en lieu et place du dépôt de garantie de l'article 22. Elle est alors offerte pour le montant correspondant à la somme qui aurait pu être exigée en dépôt.

¹⁰²³ Sur la promesse de vente : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2018, p. 83 et s., n° 107 à 142. Ce recours à la garantie autonome a été présenté par Ch. Bastard de Crisnay, « Brèves remarques sur l'application de la garantie à première demande en matière de promesse unilatérale de vente », *Defrénois* 1992, n° 22, p. 1393.

autonome prise seule ne peut être disproportionnée par rapport à la créance garantie. La garantie autonome est également fréquemment utilisée en matière de marché public, il convient de se demander si dans ce domaine, elle est exigée pour des montants disproportionnés aux crédits garantis.

519. Montants limités des garanties autonomes en matière de marché public¹⁰²⁴. En matière de marchés publics, les garanties autonomes remplissent diverses fonctions, elles peuvent notamment remplacer les retenues de garantie¹⁰²⁵. Lorsqu'elles remplissent cette fonction, les garanties autonomes ne peuvent être consenties que pour un montant limité. Les garanties autonomes consenties en matière de marchés publics doivent être rédigées conformément à des modèles fixés par arrêtés ministériels¹⁰²⁶. Ces modèles limitent le montant des garanties autonomes¹⁰²⁷. Précisément, le montant des garanties autonomes consenties en matière de marchés publics est limité, non pas de manière absolue, mais en considération du montant des marchés concernés. Cette limite empêche-t-elle la constitution de garanties autonomes disproportionnées en matière de marchés publics ? La réponse à cette question n'est pas nécessairement affirmative. Pour répondre à la question posée, il convient d'identifier précisément l'importance des garanties autonomes consenties en matière de marché public et la créance garantie par cette sûreté.

520. Identification des éléments à comparer. L'identification du montant garanti est aisée, ce montant est inscrit dans chaque garantie autonome. Le modèle de garantie autonome devant

¹⁰²⁴ Sur les contrats de marchés publics : A. Taillefait, *Les aspects financiers et comptables des marchés publics*, Imprimerie nationale, 2002 ; J.-M. Peyrical, *Les avenants aux marchés publics*, Le Moniteur, 2^e éd., 2002 ; N. Charrel, M. Guibal, (sous dir.), *Code commenté des marchés publics*, Le Moniteur, 8^e éd., 2014.

¹⁰²⁵ Le recours aux garanties autonomes est prévu aux art. 61 c. marchés, art. 123 déc. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et art. 110 déc. 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité. Le recours à la garantie autonome en ce domaine a été étudié par le professeur Simler : Ph. Simler, « Garanties autonomes – nature juridique. Caractères. Typologie », *JCl. Contrats – Distribution*, fasc. 2910, nov. 2015.

¹⁰²⁶ Art. 61 c. marchés : « Les marchés publics peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire ». Renvoyant à l'arrêté du 3 janv. 2005, pris en application du Code des marchés publics et fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire (arr. 28 août 2006, art. 1^{er}).

¹⁰²⁷ La limite prend la forme d'un pourcentage qui ressort de la combinaison des articles 123 déc. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et 122 du même décret. Art. 123 déc. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent ». Le modèle de garantie autonome imposé par arrêté prévoit également que le montant garanti « ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie que la présente garantie remplace ». Cet article et cet arrêté doivent être lus avec l'art. 122 c. marchés qui prévoit que : « Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché public en cours d'exécution ». Ainsi le montant de la garantie à première demande ne peut être supérieur à 5% du montant initial du marché initial augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché public en cours d'exécution.

être suivi en matière de marchés publics interdit que ce montant soit supérieur à celui de la retenue de garantie que la garantie autonome remplace¹⁰²⁸. Or cette retenue de garantie est elle-même limitée par le Code des marchés publics et ne peut être supérieure à 5 pourcents du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché public en cours d'exécution. Par exception, la retenue de garantie peut atteindre 10 pourcents du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché public en cours d'exécution concernant les marchés publics de défense et de sécurité¹⁰²⁹. Pour vérifier que cette limite au montant des garanties autonomes empêche la constitution de garanties autonomes disproportionnées, il convient de mettre en relation le montant de ces sûretés avec celui des créances garanties¹⁰³⁰. La garantie autonome envisagée garantit le paiement des réserves à la réception des travaux, des fournitures ou des services ainsi que des réserves formulées pendant le délai de garantie¹⁰³¹. La difficulté résulte alors du fait que le montant de cette créance ne peut être connu au jour de la constitution de la garantie autonome. Ce constat fait naître une question qui peut être généralisée à toutes les hypothèses dans lesquelles une garantie autonome est utilisée comme sûreté d'une créance dont le montant ne peut être déterminé au jour de sa constitution. La proportionnalité de la garantie autonome doit-elle être évaluée en considération du montant prévisible de la créance garantie au jour de la constitution de la sûreté ou en considération du montant exact de la créance garantie au jour où il sera connu ? L'exemple des garanties autonomes remplaçant les retenues de garanties en matière de marchés publics permettra de justifier le choix de l'appréciation de la proportionnalité des garanties autonomes au regard des sommes qui pourraient être dues par le donneur d'ordre au bénéficiaire. Il est en effet impossible d'attendre la liquidation de la somme garantie pour s'assurer de la proportionnalité de la garantie autonome. Il est vrai qu'une fois la

¹⁰²⁸ Art. 123 déc. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent ».

¹⁰²⁹ Art. 109 décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

¹⁰³⁰ L'identification de la dette garantie peut s'avérer complexe. Cette complexité provient de ce qu'un auteur a qualifié de « conflit entre les deux finalités » des garanties autonomes : Ch. Mouly, « De la garantie indépendante en droit interne français », in *Mélange en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991. Cet auteur met en évidence le fait que les garanties autonomes sont perçues par les donneurs d'ordre comme des mécanismes permettant de remplacer la consignation de fonds, alors qu'elles sont perçues par les bénéficiaires comme des indemnités.

¹⁰³¹ Comme le précise l'article 123 déc. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics « La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande », il est clairement affirmé que la garantie autonome remplace la retenue de garantie. Le même article précise que l'objet des garanties autonomes « est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent ». Ainsi l'objet des garanties autonomes est nécessairement « de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie » puisque l'art 122 déc. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise que tel est l'objet de la retenue de garantie.

liquidation faite, on pourrait envisager que le garant demande que le montant de la garantie autonome soit adapté à la créance en considération de laquelle la garantie autonome a été octroyée¹⁰³². Néanmoins la liquidation de la créance garantie ne pourra avoir lieu qu'après la réalisation des travaux. Précisément, bien que des réserves puissent être émises au cours de la réalisation des travaux et donc pendant l'existence de la garantie, il sera possible d'ajouter des réserves à la réception des travaux. Ainsi, la liquidation de la créance garantie ne pourra avoir lieu qu'après la réception des travaux. Or, le garant sera rapidement appelé après la réception des travaux. L'adaptation du montant de la garantie autonome au montant de la créance garantie ne sera donc pas utile pendant l'existence de la garantie autonome tant cette adaptation serait proche de la date de la réalisation de la garantie autonome.

521.Évaluation de la proportionnalité. Concrètement, en matière de garanties autonomes remplaçant les retenues de garanties, les garanties sont consenties pour un montant représentant 5 pourcents voire 10 pourcents du prix du marché. Ces sûretés garantissent les sommes dues par le titulaire du marché en raison des potentiels défauts dans l'exécution. Si l'on tient compte de la valeur prévisible des réserves qui pourraient être émises à la réception, la garantie autonome d'une valeur de 5 pourcents de la valeur du marché apparaît proportionnée au montant prévisible de la créance garantie. En revanche, si l'on compare le montant de la garantie autonome avec le montant réel dû par le titulaire du marché en raison des réserves émises à la réception des travaux, une disproportion pourra apparaître. En effet, la limite de 5 pourcents ou 10 pourcents du prix du marché ne préjuge pas de la disproportion de la garantie par rapport à la somme réellement due par le titulaire du marché. Si le préjudice subi par la collectivité territoriale est largement inférieur à 5 pourcents du prix des travaux, la constitution d'une garantie autonome pour un montant représentant 5 pourcents du prix des travaux peut apparaître disproportionnée. De manière plus radicale, si l'on évalue la proportionnalité au regard de la créance effective, l'absence de réserve lors de la réception des travaux devrait faire dire que la constitution d'une garantie autonome d'un montant égal à 5 ou à 10 pourcents du prix des travaux était disproportionnée. Au-delà du caractère indéterminé de la créance qui pourrait être due, son caractère éventuel devrait conduire à y voir une garantie disproportionnée à chaque fois que la créance potentielle ne se matérialisera pas. Cette seconde conception de la proportionnalité pose problème car il sera impossible de fixer une limite de la garantie autonome en considération des sommes dues par le donneur d'ordre au bénéficiaire dès lors que

¹⁰³² La proportionnalité des sûretés étant évaluée au jour où le juge statue : v. n° 760 et s.

ces sommes ne peuvent être connues par avance. En effet, la dette du titulaire des travaux envers la collectivité territoriale est seulement éventuelle et son montant dépendra des réserves émises par la collectivité territoriale à la réception des travaux, des fournitures ou services ou encore des réserves formulées pendant le délai de garantie. Ainsi, il est impossible de s'assurer par avance de la proportionnalité des garanties autonomes remplaçant la retenue de garantie exigée des titulaires de marchés publics par rapport aux sommes effectivement dues par le titulaire au jour de la réception des travaux. C'est pourquoi la proportionnalité des garanties autonomes assurant le paiement de dettes éventuelles et au montant indéterminé ne pourra être évaluée qu'en considération des sommes qui pourraient être dues par le donneur d'ordre au bénéficiaire. Cette conception de la proportionnalité des garanties autonomes fait apparaître que les garanties autonomes remplaçant les retenues de garantie ne sont pas disproportionnées. Ces garanties autonomes sont limitées à 5 pourcents voire à 10 pourcents du montant des travaux. Or, les réserves émises lors de la réception des travaux donnent lieu à des indemnisations dont les montants peuvent atteindre des sommes équivalentes ou supérieures à ces pourcentages¹⁰³³.

522. Garanties de la bonne fin des marchés. Dans le domaine des marchés publics, les garanties autonomes sont également utilisées pour garantir la bonne fin des marchés¹⁰³⁴. Dans cette hypothèse, elles peuvent garantir toutes les sommes dues au titre du marché mais, en pratique, leur montant n'excède pas 20 pourcents du montant du marché¹⁰³⁵. Nous tiendrons compte de cette limite bien qu'elle ne soit pas imposée par la loi mais résulte d'un usage. Ainsi, comme en matière de garanties autonomes remplaçant les retenues de garanties, le montant de la garantie autonome ne peut dépasser un certain pourcentage du montant du marché. Le ratio à respecter ne lie pas directement le montant de la garantie autonome et le montant de la créance garantie. Comme en matière de garantie autonome remplaçant les retenues de garanties, le montant de la créance garantie ne peut être déterminé à l'avance. Il conviendra donc d'évaluer la proportionnalité en tenant compte du montant probable de la créance qui pourrait être due par le donneur d'ordre au créancier garanti.

¹⁰³³ Rien n'empêche en effet que les défauts de l'ouvrage créent un préjudice dont la réparation représente une somme supérieure à 5% du prix du marché. Le montant du préjudice résultant du défaut de l'ouvrage dépend des circonstances de chaque espèce.

¹⁰³⁴ Ph. Simler, « Garanties autonomes. – Nature juridique. Caractères. Typologie », *Juris-Classeur*, fasc. 2910, nov. 2015, spéc. n° 65.

¹⁰³⁵ En ce sens : *Ibid, loc. cit.* : « Cette garantie peut couvrir, suivant les cas, la simple livraison, la bonne exécution d'obligations de faire, voire même la retenue de garantie, ou tout cela à la fois. Son montant correspond généralement à une fraction du montant du marché (5 à 20 %) ».

523. **Proportionnalité de la garantie pour absence de connaissance**¹⁰³⁶. La garantie autonome demandée par le transporteur maritime est particulière. Le transporteur n'est pas autorisé à délivrer les marchandises transportées si l'acquéreur de ces marchandises ne lui présente pas le connaissance¹⁰³⁷. Le transporteur acceptant de délivrer les marchandises sans connaissance engage sa responsabilité, c'est pourquoi il n'accepte de prendre ce risque qu'en contrepartie d'une garantie couvrant les sommes qu'il pourrait éventuellement avoir à payer à titre de dommages-intérêts. Cette garantie autonome lui est consentie par l'acquéreur des marchandises qui souhaite les recevoir malgré l'absence de connaissance et est doublée d'une garantie autonome consentie au transporteur par un établissement de crédit. En raison de l'indétermination et de l'importance probable du préjudice subi¹⁰³⁸, l'armateur qui est légalement responsable, a besoin d'une garantie qui ne soit limitée ni en montant, ni en durée¹⁰³⁹. Le professeur Philippe Simler précise que la personne à qui les marchandises sont remises s'engage à « indemniser intégralement [le transporteur] au cas où sa responsabilité serait engagée »¹⁰⁴⁰. Dans ce contexte, l'établissement bancaire consentant une garantie autonome s'engage également sans limite. La proportionnalité permettant de sanctionner la prise de sûretés exagérément importante par rapport au montant de la créance garantie ne devrait pas permettre de sanctionner la prise d'une garantie autonome illimitée dans son montant dès lors que l'importance de cette sûreté est justifiée par l'importance de la créance garantie. En effet, dans une telle situation, la créance de dommages intérêts pourrait être d'un montant extrêmement important. La recherche de la proportionnalité implique de retenir la créance potentiellement due par le garant autonome au transporteur et non la créance qui lui sera effectivement due, dès lors que le montant réel de cette créance ne peut être déterminé à l'avance. Selon cette conception, la garantie pour absence de connaissance même illimitée en

¹⁰³⁶ Utilisation de la garantie autonome présentée par *Ibid.*, spéc. n° 67. Et description des enjeux de la garantie pour absence de connaissance par Ph. Simler : *ibid.*, spéc. n° 28.

¹⁰³⁷ Pour ne définition du connaissance : « l'acte écrit faisant preuve de la réception par le capitaine à bord de son navire des marchandises désignées et décrites dans l'acte » in V. Égéa, « Vente maritime », *Rép. dr international*, janv. 2016.

¹⁰³⁸ En cette matière, la valeur des marchandises peut être largement inférieure au préjudice subi par l'armateur dès lors que la perte des marchandises être à l'origine d'un préjudice distinct. Pour des arrêts dans lesquels le préjudice a été évalué à une somme plus importante que la valeur des marchandises v. : M. Rémond-Gouilloud, « La lettre de garantie pour absence de connaissance. Une institution en quête de qualification », *Bull. transp.* 1986, p. 69.

¹⁰³⁹ La Cour de cassation ayant précisé que l'obtention par le transporteur d'une telle garantie ne remplaçait pas le connaissance, de sorte que le transporteur demeurerait responsable pour avoir accepté de délivrer les marchandises sans connaissance : Cass. com., 19 juin 2007, n° 05-19646, Bull. civ. 2007, IV, n° 171 ; *JCP éd. G* 2007, II, 10165, note Kenfack ; *Banque et droit* nov.-déc. 2007, p. 48, obs. Affaki et Stoufflet.

¹⁰⁴⁰ Ph. Simler, « Garanties autonomes. – Nature juridique. Caractères. Typologie », *Juris-Classeur*, fasc. 2910, nov. 2015, spéc. n° 67.

son montant ne pourra être qualifiée de disproportionnée si elle est mise en balance avec cette créance potentielle due à l'armateur¹⁰⁴¹.

524. Disproportion évaluée par rapport à la créance prévisible. Dans toutes les hypothèses dans lesquelles la créance garantie ne peut être chiffrée au jour de la constitution de la sûreté, la garantie autonome sera qualifiée de disproportionnée si elle est prise pour un montant évidemment disproportionné au montant potentiel de la créance garantie¹⁰⁴². L'évaluation de la proportionnalité de la garantie autonome par rapport à la créance qui risque de naître permet d'éviter que l'efficacité de cette sûreté soit atteinte par la règle de proportionnalité. La prise de sûretés superflues sanctionnée par la règle s'entend de la prise de sûreté au-delà du risque prévisible. Ainsi comprise, l'instauration d'une exigence de proportionnalité des sûretés ne portera donc pas atteinte à l'efficacité de cette sûreté.

525. Garanties autonomes se substituant aux cautionnements. Les garanties autonomes sont également utilisées en droit interne, où elles sont exigées en remplacement des cautionnements parfois jugés trop peu efficaces par les créanciers¹⁰⁴³. Dans ces hypothèses, en exigeant une garantie autonome plutôt qu'un cautionnement, le créancier se libère de la contrainte posée à l'article 2290 du Code civil, interdisant que les cautionnements soient consentis pour des montants supérieurs aux créances garanties¹⁰⁴⁴. Pourtant, en pratique lorsque les montants des créances garanties sont connus, les créanciers se contentent généralement de garanties autonomes de montants égaux à ceux des créances garanties¹⁰⁴⁵. Dans ces hypothèses, les garanties autonomes souscrites en remplacement des cautionnements ne sont pas disproportionnées. Néanmoins, aucune règle n'interdit qu'une différence importante puisse être

¹⁰⁴¹ Une disproportion pourrait en réalité apparaître si la valeur des marchandises transportées était insignifiante et que leur perte ne pouvait entraîner de préjudice important. Dans une telle hypothèse, même si la responsabilité du transporteur était engagée, le montant des dommages-intérêt dus par lui serait faible, de sorte que la garantie autonome obtenue pour se faire rembourser des dommages-intérêts versés pourrait apparaître disproportionnée si elle était d'un montant illimité.

¹⁰⁴² cf. note précédente.

¹⁰⁴³ Sur cette pratique : Ph. Delebecque, « Les garanties autonomes en droit interne (brèves remarques) », *BJS* avril 1992, n° 4, p. 374 ; D. Houtcieff, « La garantie autonome ou le complexe du cautionnement », *RDC* 2019, n° 2, p. 38.

¹⁰⁴⁴ Art. 2290 al. 1 c. civ. : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ».

¹⁰⁴⁵ Ph. Simler, « Garanties autonomes. – régime », *Juris-Classeur*. fasc. 2920, nov. 2015, spéc. n° 27 : « Suivant les cas, le montant initialement fixé correspondra à celui de l'obligation garantie, si celle-ci est elle-même d'une somme d'argent (par exemple, garantie d'un prêt ou de la restitution d'un acompte) ou à une fraction du montant estimatif du rapport de base (par exemple, garantie de soumission ou garantie de bonne fin) ».

constatée entre le montant dû par le donneur d'ordre et le montant offert en garantie. Une telle différence sera plus fréquente en présence d'une créance indéterminée.

526. Proportionnalité des créances garanties indéterminées. Le créancier souhaitant se faire consentir une sûreté d'un montant égal à la dette garantie, ne pourra le faire que s'il a connaissance du montant de la dette du débiteur à son égard. En pratique, l'exigence d'une garantie autonome d'un montant égal à celui de la dette garantie est impossible lorsque le montant dû par le donneur d'ordre au bénéficiaire est ignoré au jour de l'engagement du garant. Le recours aux garanties autonomes pour garantir des créances dont le montant est indéterminé apparaît inadapté¹⁰⁴⁶. La somme due par le garant est fixée au jour de son engagement, le garant ne peut s'engager à payer la dette du donneur d'ordre¹⁰⁴⁷. La somme qui sera versée au bénéficiaire s'il appelle le garant autonome doit donc être déterminée au jour de la souscription de la garantie autonome alors même que la dette du donneur d'ordre ne peut être chiffrée à cette date. Malgré cette difficulté, les garanties autonomes sont utilisées en pratique, y compris lorsque la créance du bénéficiaire à l'encontre du donneur d'ordre n'est que potentielle et indéterminée dans son montant.

527. Absence de sanction du créancier. Dans ces hypothèses, le créancier ne se montre pas déraisonnable ou égoïste dans sa prise de sûretés. En effet, le créancier qui exige une garantie autonome d'un montant équivalent à la dette qui pourrait lui être due par le débiteur, ne cherche pas à obtenir une sûreté disproportionnée à la créance garantie mais seulement à obtenir une sûreté couvrant intégralement sa créance potentielle. Cependant, l'exigence de proportionnalité ne doit pas avoir pour objet la sanction du comportement du créancier, mais la préservation du crédit du constituant¹⁰⁴⁸. Il importe donc peu que l'attitude du créancier ne mérite pas d'être sanctionnée. La caractérisation d'une disproportion objective entre le montant de la garantie autonome et la créance finalement due par le débiteur devrait en conséquence être affectée par l'exigence de la prise de sûretés proportionnées. Faut-il alors sanctionner le bénéficiaire qui se

¹⁰⁴⁶ Défaut mis en évidence par le professeur Simler : « Cette hypothèse permet de souligner que la garantie autonome n'est pas nécessairement un bon substitut au cautionnement, dont le caractère accessoire autorise une plus grande souplesse, en particulier lorsque l'obligation principale n'est pas déterminée au moment de l'engagement » : Ph. Simler, « Garanties autonomes. – Régime », *Juris-Classeur*, fasc. 2910, nov. 2015, spéc. n° 28.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, spéc. n° 21 : « la détermination de l'objet de la garantie autonome ne peut être dépendante, au stade de son exécution, de l'obligation garantie. La garantie ne peut être réellement autonome que si son objet est lui-même autonome, c'est-à-dire s'il est précisément déterminé par la convention de garantie ou s'il est du moins déterminable en fonction de paramètres que cette convention fournit, sans qu'il soit nécessaire de se référer à ce que doit réellement le débiteur garanti ».

¹⁰⁴⁸ v. n° 30.

surprotégerait en calculant largement la créance qui pourrait lui être due par le donneur d'ordre, exigeant ainsi une garantie autonome disproportionnée à la somme qui lui sera finalement due ? La souscription de la garantie autonome couvrant la protection intégrale du bénéficiaire pourrait être disproportionnée à la créance finalement due par le donneur d'ordre. Cette disproportion résulte de la garantie intégrale d'une créance seulement éventuelle ou d'un montant indéterminé¹⁰⁴⁹.

528.Solution. Dans ce contexte, la proportionnalité doit pouvoir être évaluée sans attendre la liquidation de la créance garantie. C'est pourquoi il faut prendre en compte dans le calcul de la proportionnalité non les sommes réellement dues, mais les sommes prévisibles. Comme pour toutes les garanties autonomes garantissant des créances indéterminées dans leur montant, le respect de la proportionnalité devra être calculé en considération du montant qui pourrait être dû par le donneur d'ordre au bénéficiaire. Notre proposition ne permettra donc pas de préserver exactement le crédit du garant autonome pendant l'existence de la garantie. Ce défaut rappelle que le propre des sûretés est de garantir des créances y compris lorsque celles-ci sont seulement potentielles ou que leur montant est indéterminé¹⁰⁵⁰. Finalement, les mêmes difficultés sont rencontrées que la garantie autonome remplace la retenue de garantie en matière de promesses de vente ou de marchés publics ou qu'elle prenne la place du cautionnement souscrit par des particuliers. Pourtant, il ne faut pas oublier que la garantie autonome remplaçant une retenue de garantie est finalement un moindre mal dans la mesure où la retenue de garantie aurait été plus contraignante pour le constituant¹⁰⁵¹. À l'inverse, la garantie autonome remplaçant le cautionnement aggrave la situation du garant, ce dernier s'engage dans des conditions plus rigoureuses que s'il avait souscrit un simple cautionnement¹⁰⁵². C'est pourquoi la disproportion

¹⁰⁴⁹ La règle posée à l'art. 2445 c. civ. relatif à la réduction des hypothèques relève de cet esprit, la garantie de la créance éventuelle peut être réduite s'il est peu probable que cette créance naisse réellement.

¹⁰⁵⁰ « Pour un créancier, garantie fournie par un personne, ou établie par la loi ou plus rarement résultant d'un jugement, pour l'exécution d'une obligation ; disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance, malgré l'insolvabilité du débiteur » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o sûreté, sens 3. La définition des sûretés fait apparaître que ces mécanismes servent à la garantie de l'exécution des « obligations » de manière générale, sont donc comprises les obligations seulement éventuelles.

¹⁰⁵¹ En effet, si une retenue de garantie avait été versée, le constituant aurait été immédiatement dépossédé des sommes remises. À l'inverse, la constitution d'une garantie autonome permet au garant de rester en possession des sommes jusqu'à ce qu'il soit éventuellement appelé.

¹⁰⁵² En particulier en raison de l'inopposabilité des exceptions par le garant autonome prévue à l'art. 2321 al. 3 c. civ. Sur les différences entre garantie autonome et cautionnement : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 395 et s., n^o 566 et s. La rigueur des garanties autonomes conduit un auteur à se prononcer en faveur d'une interdiction pour les personnes physiques non professionnelles de constituer de telles sûretés : J.-L. Rives-Lange, obs. sous Paris, 5 fév. 1992, *Banque* 1992, p. 844 ; D. Houtcieff admet notamment que « la garantie autonome se signale par son âpreté à l'égard du garant et l'on conçoit mal qu'une personne physique – un consommateur peut-être – puisse contracter un pareil engagement, spécialement si l'on considère le mouvement parallèle de renforcement de la protection de la caution », mais en l'absence d'interdiction formulée par le législateur, l'auteur constate que les

pouvant exister entre la somme qui sera finalement due par le donneur d'ordre au bénéficiaire et le montant de l'engagement du garant autonome pourrait apparaître plus choquante dans cette seconde hypothèse. Un contrôle au jour de l'appel du garant permettra néanmoins de rendre tolérable la disproportion potentielle au cours de l'existence de la garantie autonome.

529. Proportionnalité au jour de l'appel. Le calcul de la proportionnalité sera nécessairement approximatif lorsque la créance garantie sera d'un montant indéfini. Cette approximation ne semble pas gênante car la règle de proportionnalité sera relayée, au jour de l'appel du garant autonome, par la sanction de l'appel abusif du garant¹⁰⁵³. En application de l'article 2321 alinéa 2 du Code civil, le créancier ne pourra appeler le garant pour un montant supérieur à la créance finalement existante¹⁰⁵⁴. Il ne pourra donc pas appeler le garant pour un montant disproportionné par rapport à cette créance. Bien que les cas d'abus ou de fraude soient rarement admis en jurisprudence¹⁰⁵⁵, cette limite interdit l'appel du garant pour un montant manifestement disproportionné à la créance réellement due au créancier par le donneur d'ordre. En effet, le garant pourra aisément démontrer la conscience qu'a le créancier de son absence de droit dès lors que la disproportion entre le montant que le garant sera appelé à payer et la créance garantie liquidée devra être manifeste¹⁰⁵⁶. Par suite, si au stade de l'appel du garant, une disproportion manifeste apparaît entre la somme qui lui est réclamée et le montant de la créance que le bénéficiaire détient contre le donneur d'ordre, l'appel pourra être qualifié de manifestement

garanties autonomes peuvent être souscrites par des personnes physiques : D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s. ; comp. D. Legeais, *Sûretés et garantie du crédit*, LGDJ, 9^e éd. 2013. Critiquant le recours aux garanties autonomes utilisées comme substitut au cautionnement, D. Legeais propose de recourir au cautionnement à première demande. Selon lui si ces sûretés étaient admises, leur souscription devrait être réservées aux établissements de crédit. Ainsi, même pour une sûreté moins rigoureuse que la garantie autonome, l'auteur n'admet pas que les personnes physiques puissent s'engager dans les termes d'une sûreté plus dangereuse que le cautionnement classique.

¹⁰⁵³ Sur la sanction de l'appel abusif ou frauduleux du garant : Rép. com., Dalloz, v° Garantie à première demande, n° 114 et n° 151 et s., par S. Piedelièvre qui parle de « garantie d'équité ». Sur l'appel manifestement abusif de la garantie : Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, p. 1049 et s., n° 1024 et s. ; Ph. Simler, *J-Cl. Civil*, v° Code, art. 2321, fasc. 15, n° 79 ; Ph. Simler, « Garanties autonomes. – régime », *JCl.* fasc. 2920, nov. 2015, n° 73 à 81 ; M. Cabrillac, Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd., 2015, p. 384 et s., n° 527 et s. ; S. Piedelièvre, *Droit des sûretés*, Ellipses, 2^e éd. 2015, p. 167 et s., n° 261 et s. ; F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd. 2008, p. 298 et s., n° 1842 et s.

¹⁰⁵⁴ Art. 2321 al. 2 c. civ. : « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ».

¹⁰⁵⁵ En ce sens : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 6^e éd. 2018, p. 407, n° 589 et s. « La jurisprudence n'admet qu'avec parcimonie le caractère abusif ou frauduleux de la garantie ».

¹⁰⁵⁶ La démonstration de la connaissance par le créancier de son absence de droit suffit à prouver sa conscience de causer un préjudice au garant et donc sa mauvaise foi : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, *loc. cit.* : « Si l'intention du créancier de nuire au donneur d'ordre ou au garant n'est pas exigée, il faut que soit démontrée la mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie, c'est-à-dire la conscience qu'a celui-ci du préjudice qu'il cause au garant en exigeant le paiement. Dit autrement, il doit être établi que le bénéficiaire agit en toute conscience de son absence de droit ».

abusif¹⁰⁵⁷. Finalement, la proportionnalité de la garantie autonome pourra être évaluée non seulement dès la constitution de cette sûreté, mais également au jour de l'appel du garant autonome, par le biais de la répression de l'appel manifestement abusif.

530. **Garantie glissante**¹⁰⁵⁸. Il est possible que la disproportion apparaisse au cours de l'existence de la sûreté. Tel pourra être le cas notamment lorsqu'un contrat à exécution successive sera garanti par une garantie autonome. Dans ces hypothèses, l'exécution successive entraîne une réduction progressive de l'importance de l'inexécution potentielle du contrat. De telles situations peuvent être anticipées. Doit alors être encouragée l'insertion dans les garanties autonomes de clauses permettant de réduire progressivement le montant de la garantie autonome. De telles clauses font des garanties autonomes des garanties dites « glissantes » ou « réductibles ». Ces clauses permettent de limiter le risque de disproportion au cours de la garantie. La garantie glissante ou réductible est un outil permettant d'adapter l'importance de la garantie autonome à celle de la créance garantie. Lorsqu'elle est glissante, la garantie autonome peut être réduite au fil du temps¹⁰⁵⁹. Ainsi, il serait intéressant d'inciter les créanciers à instaurer ce type de clause au sein de leurs garanties autonomes. Ces clauses améliorent la situation du garant sans porter atteinte à celle du créancier. Ces clauses sont des outils au service de la proportionnalité du montant de la garantie autonome par rapport au montant dû par le donneur d'ordre. En effet, elles permettent d'éviter qu'une disproportion apparaisse ou s'aggrave au fur et à mesure des paiements effectués par le donneur d'ordre.

531. **Hypothèses marginales de disproportion des garanties autonomes**. L'étude de la pratique des garanties autonomes a mis en évidence le fait que dans de nombreux cas, les dettes garanties ne pouvaient être chiffrées au jour de l'octroi de la garantie autonome. Dans ce contexte, nous proposons que la proportionnalité soit entendue de la proportionnalité du montant de la garantie autonome par rapport au montant qui pourrait être dû par le donneur d'ordre au bénéficiaire. En pratique, les garanties autonomes sont exigées pour des montants correspondant au risque encouru par le bénéficiaire, c'est pourquoi il est probable que la règle de proportionnalité ne

¹⁰⁵⁷ Rappelons que l'abus dans l'appel du garant doit nécessairement être manifeste pour être sanctionné. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit., loc. cit.* : Les auteurs en déduisent d'une part que la simple probabilité ou le seul risque d'une fraude est insuffisant pour que l'appel soit qualifié de manifestement abusif. Ils en déduisent d'autre part que l'absence de droit du bénéficiaire de la garantie autonome devra apparaître de façon « évidente et immédiate » pour que l'appel puisse être qualifié de manifestement abusif.

¹⁰⁵⁸ Sur ces clauses : Ph. Simler, « Garanties autonomes. – Régime », *Juris-Classeur*. fasc. 2910, nov. 2015, spéc. n° 29.

¹⁰⁵⁹ Soit de manière automatique, soit sur production d'autorisation du bénéficiaire : cf. Ph. Simler, « Garanties autonomes. – Régime », *Juris-Classeur*. fasc. 2910, nov. 2015, spéc. n° 29.

corrige que des hypothèses marginales. Malgré la rareté des garanties autonomes disproportionnées, la règle de proportionnalité des sûretés devrait être applicable y compris lorsque la garantie autonome aura été la seule sûreté consentie au créancier.

532. Absence d'atteinte à l'autonomie de la garantie autonome. Afin d'admettre que la règle de proportionnalité des sûretés puisse être appliquée à une garantie autonome, il semble indispensable de vérifier qu'une telle application de la règle de proportionnalité ne portera pas atteinte à l'autonomie de cette sûreté. Se pose concrètement la question de savoir s'il est possible d'établir un rapport de proportionnalité entre le montant de la dette garantie et celui de la garantie sans porter atteinte à l'autonomie de l'engagement du garant par rapport à celui du donneur d'ordre. Il semble qu'il faille répondre à cette question par l'affirmative. Il est vrai que l'évaluation de la proportionnalité de la garantie autonome implique de mettre en balance le montant de la créance garantie, soit la somme due par le donneur d'ordre au créancier et le montant de la garantie autonome. Toutefois, il semble que cette démarche ne remette pas en cause l'indépendance de la garantie autonome par rapport à la créance garantie. L'indépendance de cette sûreté est caractérisée par la distinction de l'objet de la garantie autonome et de l'objet de l'obligation du donneur d'ordre¹⁰⁶⁰. L'évaluation de la proportionnalité de la garantie autonome par rapport à la créance garantie ne remet pas en cause cette distinction entre les objets des obligations du garant et du donneur d'ordre. Ainsi, l'évaluation de la proportionnalité ne remet pas en cause l'autonomie de la garantie autonome laquelle n'implique pas de nier le lien naturel existant entre la sûreté et la créance garantie¹⁰⁶¹. En effet, bien qu'elle ait été conçue comme indépendante par rapport à la dette garantie, la garantie autonome demeure une sûreté, il existe dès lors indéniablement un lien ineffaçable entre la dette et sa garantie¹⁰⁶². Ce lien est palpable même si le garant ne s'engage pas à payer la dette garantie mais une dette qui lui est propre. Il justifie que soit exigé le respect d'une proportionnalité entre les deux montants envisagés. Tout comme la disproportion des garanties autonomes porte atteinte au crédit des

¹⁰⁶⁰ v. notamment : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 395 et s., n° 566.

¹⁰⁶¹ Sur ce lien naturel résultant de la fonction de sûretés de la garantie autonome : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* p. 396, n° 567 : « Quand bien même son objet est-il indépendant de [la dette principale], la garantie autonome constitue un rapport juridique d'adjonction à un rapport juridique originel à l'exécution duquel elle est au service exclusif ».

¹⁰⁶² De manière générale les sûretés sont des accessoires des créances qu'elles garantissent. En ce sens : la définition des sûretés proposée par P. Crocq : « une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire à de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement » : P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 248, 1995, p. 234, n° 282.

garants, l'émission de lettres d'intention disproportionnées porte atteinte au crédit de leurs émetteurs.

2. La disproportion des lettres d'intention

533. **Éléments à comparer.** Se pose la question de savoir si la proportionnalité envisagée comme outil permettant de lutter contre l'atteinte au crédit du constituant a également un rôle à jouer en matière de lettres d'intention. Pour remplir cette fonction, la proportionnalité devra être entendue en un sens différent de la proportionnalité permettant de protéger l'émetteur de la lettre d'intention contre l'insolvabilité¹⁰⁶³. Rappelons que, considérant la proportionnalité comme un outil de lutte contre l'insolvabilité, il a été retenu que devait être mis en balance d'une part l'obligation comportementale souscrite par l'émetteur et d'autre part sa faculté à exécuter cette obligation¹⁰⁶⁴. Appartenant à une logique différente, la proportionnalité comme outil de préservation du crédit du constituant sera évaluée par le biais d'une mise en balance du montant de la dette garantie et de la gêne ressentie par l'émetteur dans sa quête d'obtention de nouveaux crédits.

534. **Élargissement de la finalité de la règle de proportionnalité.** Dans certaines hypothèses, l'obligation de faire ou de ne pas faire de l'émetteur entraîne une nuisance pour lui sans porter atteinte à son crédit. Tel est notamment le cas de l'obligation de faire le nécessaire pour favoriser une solution amiable en cas de difficulté de paiement du créancier par le débiteur¹⁰⁶⁵. Dans de telles hypothèses, le but de la règle de proportionnalité ne pourra pas être de protéger le crédit du constituant. Se pose donc la question de savoir s'il faut apprécier la proportionnalité des obligations souscrites par les émetteurs de lettres d'intention lorsque celles-ci ne portent pas atteinte au crédit du constituant. Il pourrait être intéressant d'instaurer une règle de proportionnalité générale entre la gêne engendrée par les obligations de l'émetteur et le montant

¹⁰⁶³ Sur la règle de proportionnalité des lettres d'intention permettant de lutter contre l'insolvabilité des émetteurs : v. n° 316 et s.

¹⁰⁶⁴ v. n° 351 et s.

¹⁰⁶⁵ Pour des exemples d'obligations souscrites par des émetteurs de lettres d'intention ne portant pas atteinte au crédit du constituant : l'émission d'une lettre d'intention rédigée dans les termes suivant : « fera tout le nécessaire pour la bonne exécution des engagements qui ont été signés ce jour par la société [débitrice], en vous garantissant que nous nous organiserons pour que [la société débitrice], dans laquelle nous avons une participation indirecte, puisse honorer les trois premières semestrialités ». Les juges de la Cour de cassation traduisent que l'émetteur « entend faire le nécessaire pour favoriser toute solution amiable » : Cass. com. 26 janv. 1999, Bull. civ. IV, n° 31, n° 97-10003 ; D. 1999, p. 577, note L. Aynès ; *RTD com.* 1999, p. 433, note B. Petit et Y. Reinhard ; *BJS* mai 1999, p. 540, note F. Barbieri. À l'inverse, diverses obligations souscrites par les émetteurs de lettres d'intention portent atteinte au crédit de l'émetteur. cf. pour exemple : l'émetteur s'engageant à « mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin » : Cass. com. 17 mai 2011, Bull. civ. IV n° 78, n° 09-16186 : *Cont. conc. consom.* août 2011, comm. 185, obs. L. Leveneur ; *BJS* juill. 2011, p. 551, note F. Barbieri qui rapproche l'engagement pris par l'émetteur d'un cautionnement.

du crédit accordé par le bénéficiaire quelle que soit la nature de l'obligation souscrite par l'émetteur de la lettre d'intention. Cette conception de la proportionnalité des lettres d'intention inviterait à élargir la finalité de la proportionnalité des sûretés. Il ne s'agirait pas strictement de préserver le crédit du constituant, mais plus globalement de prémunir le constituant contre les gênes occasionnées par la prise de sûretés disproportionnées. Néanmoins, un tel élargissement de la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés paraît contestable. L'élaboration d'une règle de proportionnalité des sûretés est envisagée dans le but de préserver le crédit des constituants de sûretés. Il ne semble pas souhaitable de permettre qu'elle préserve de manière plus générale la situation du constituant. Pour éviter cette dérive, il convient de réserver l'application de la règle de proportionnalité aux sûretés qui ont des conséquences sur la faculté du constituant à obtenir des crédits. L'applicabilité de la règle de proportionnalité à des lettres d'intention ne portant pas atteinte à la capacité de l'émetteur à obtenir du crédit dénaturerait la règle envisagée. Il en résulte qu'en l'absence d'autres sûretés offertes au créancier, l'émission de lettres d'intention ne pourra pas toujours être concernée par l'exigence de proportionnalité. Il appartiendra au juge saisi de refuser d'appliquer la règle de proportionnalité en présence d'une lettre d'intention qui ne porterait pas atteinte au crédit de l'émetteur¹⁰⁶⁶. Lorsque la lettre d'intention est la seule sûreté offerte au créancier, la règle de proportionnalité ne trouvera pas à s'appliquer si ladite lettre ne porte pas atteinte au crédit du constituant.

535. Participation des lettres d'intention à la disproportion. Si les lettres d'intention n'entraînant aucune atteinte à la capacité de l'émetteur à obtenir des crédits ne peuvent se voir appliquer la règle de proportionnalité lorsqu'elles sont les seules sûretés offertes au créancier, elles sont néanmoins prises en considération lorsque plusieurs sûretés sont offertes au créancier. En effet, les lettres d'intention, y compris celles qui en elles-mêmes n'entament pas le crédit du constituant, sont des sûretés qui par définition, permettent de garantir le paiement des créances. Il en résulte que ces sûretés devront être prises en considération lorsque sera évaluée la proportionnalité de l'ensemble des sûretés obtenues par un créancier en garanti d'une créance.

¹⁰⁶⁶ Il faut reconnaître néanmoins qu'il peut s'avérer complexe de distinguer les obligations souscrites par les émetteurs portant atteinte à leur crédit et les autres. Il est par exemple difficile de dire si la lettre d'intention porte atteinte au crédit du constituant lorsque l'émetteur s'engage dans les termes suivants : « si la société [débitrice] ou deux autres des sociétés qui avaient emprunté ne pouvaient faire face à leurs obligations, toutes mesures utiles seraient prises pour faire en sorte qu'elles aient à leur disposition les fonds nécessaires à l'exécution de leurs engagements » : Cass. com. 7 mars 1995, inédit, n° 92-19186 ; Par ailleurs, l'engagement d'assurer « la couverture des besoins financiers de sa nouvelle filiale en tant que de besoin » ne semble pas porter immédiatement atteinte au crédit de la société mère, pourtant la Cour de cassation sème le doute en précisant que « l'obligation pouvant s'exécuter par un apport en compte courant » : Cass. com. 8 nov. 1994, Bull. civ. IV, n° 330, n° 92-18307 ; *rev. des sociétés* 1995, p. 63, Ph. Delebecque ; *BJS* janv. 1995, p. 31, note J.-L. Médus.

De ce point de vue, toutes les lettres d'intention doivent être prises en considération pour caractériser une prise de sûretés disproportionnées.

536.Sort des lettres d'intention portant atteinte au crédit de l'émetteur. Il est par ailleurs possible qu'une lettre d'intention, en elle-même, porte atteinte au crédit du constituant¹⁰⁶⁷. Se pose alors la question de savoir si, considérée seule, elle peut être qualifiée de disproportionnée au crédit consenti. Pour qu'une lettre d'intention, envisagée seule, soit disproportionnée au crédit consenti, il faudrait précisément que l'importance de l'obligation de l'émetteur soit disproportionnée par rapport au montant du crédit consenti au débiteur. Une telle hypothèse semble envisageable. De manière caricaturale, il serait possible d'envisager que l'émetteur d'une lettre d'intention s'engage, en cas de besoin, à offrir tous ses actifs à sa filiale afin qu'elle soit en mesure d'honorer sa dette d'une somme modique. Il est établi que le fait pour l'émetteur de la lettre d'intention de s'engager à offrir tous ses actifs au débiteur dans le cadre d'une lettre d'intention porterait atteinte à sa capacité à obtenir des crédits. En effet, une telle obligation n'est pas de nature à rassurer ses propres créanciers. Dans ces conditions, la réticence d'un potentiel créancier à offrir du crédit à l'émetteur de la lettre d'intention serait compréhensible. Il est par ailleurs évident que l'obligation comportementale souscrite par l'émetteur de la lettre d'intention pourrait être qualifiée de disproportionnée par rapport au montant de la créance garantie. Dans une telle hypothèse, la disproportion de la lettre d'intention envisagée seule devrait être sanctionnée en application de la règle de proportionnalité.

537. Identification des sûretés personnelles pouvant être disproportionnées à elles seules. En définitive, même envisagé isolément des autres sûretés, l'octroi d'une garantie autonome ou d'une lettre d'intention peut être disproportionné à la créance garantie. Ainsi parmi les sûretés personnelles, seul le cautionnement ne peut jamais être disproportionné au crédit consenti lorsqu'il est la seule sûreté offerte à un créancier. Qu'elles soient considérées seules ou au sein d'une pluralité de sûretés offertes au créancier, les sûretés personnelles pourront être qualifiées de disproportionnées. Se pose alors la question de savoir qui du débiteur ou du garant bénéficiera de la règle de proportionnalité.

¹⁰⁶⁷ Tel est le cas par exemple des lettres d'intention au sein desquelles l'émetteur s'engage à apporter ses actifs à la société débitrice afin qu'elle ne connaisse pas de difficultés financières l'empêchant de rembourser son crédit. En effet, par de telles lettres l'émetteur s'engage à faire sortir des actifs de son patrimoine en cas de besoin du débiteur. Il se trouve donc dans une situation proche de celle de la caution qui contracte une dette potentielle.

II. Le bénéficiaire de la règle de proportionnalité

538. Identification et classement des bénéficiaires. En présence de sûretés personnelles ou de sûretés réelles pour autrui, le débiteur et le constituant de sûretés sont deux personnes distinctes. Il convient alors de se demander qui d'entre eux pourra bénéficier de la règle lorsque des sûretés pour autrui seront disproportionnées à la créance garantie (A). La possibilité offerte aux garants d'invoquer la règle de proportionnalité pose par ailleurs des questions d'articulation des différentes actions soit en présence de sûretés consenties par le débiteur et de sûretés consenties par des garants, soit en présence de plusieurs sûretés consenties par différents garants. Devront donc être posées des règles de priorité en présence d'une pluralité de bénéficiaires de la règle de proportionnalité (B).

A. Le bénéficiaire de la règle en présence de sûretés pour autrui

539. Problématique liée à la dualité du débiteur et du constituant de sûreté. La participation des sûretés personnelles à la disproportion des sûretés bénéficiant au créancier par rapport à l'importance de la créance garantie crée une problématique spécifique. Elle invite en effet à se demander si le garant doit être le seul à pouvoir invoquer la règle de proportionnalité ou si le débiteur doit également être admis à s'en prévaloir. Une telle question ne se pose évidemment pas en matière de sûretés réelles lorsque celles-ci sont offertes par le débiteur lui-même. Dans cette hypothèse la même personne est à la fois débiteur et constituant de la sûreté. Les sûretés réelles pour autrui peuvent en revanche être rattachées à cette problématique. Le constituant d'une sûreté réelle doit bénéficier de la protection de son crédit par la règle de proportionnalité qu'il soit ou non débiteur. L'intérêt de la question réside plus précisément dans le fait de savoir si le débiteur doit être admis à se prévaloir de cette même règle lorsqu'il n'est pas le constituant de la sûreté. Afin de préciser quels seront les bénéficiaires de la règle de proportionnalité des sûretés en cas de non identité du débiteur et du constituant, il convient de répondre à la question de savoir à qui nuit la disproportion des sûretés offertes par rapport au crédit consenti. Seront donc envisagées successivement l'invocation de la règle par le constituant de la sûreté (1) et par le débiteur (2).

1. L'invocation de la règle par le constituant

540. Atteinte aux ressources des constituants. La protection des garants ayant consenti des sûretés personnelles semble évidente dès lors que les ressources du garant sont affectées par la sûreté qu'il consent. Cette atteinte aux ressources du garant et à sa capacité à obtenir des crédits

ultérieurs est évidente lorsque le garant a consenti une sûreté réelle pour autrui. Dans cette hypothèse l'atteinte au crédit du constituant est identique qu'il s'agisse du débiteur ou d'un tiers. Or il a été rappelé que si certaines sûretés absorbent le crédit alors que d'autres non, tout octroi d'une sûreté réelle porte atteinte à la capacité du constituant à obtenir des crédits¹⁰⁶⁸. L'atteinte aux ressources du garant est également caractérisée lorsqu'il octroie une sûreté personnelle. En effet, lorsque le garant souhaitera accéder au crédit, le créancier potentiel examinera sa situation patrimoniale. L'existence de sûretés personnelles consenties par le candidat au crédit et obérant son patrimoine sera prise en compte. Ces dettes potentielles obérant son patrimoine pourront l'empêcher d'obtenir des crédits.

541. Utilité de la double protection. Pourtant, pour admettre que les garants offrant des sûretés pour autrui puissent bénéficier de la règle de proportionnalité des sûretés par rapport à la créance garantie, il convient de s'assurer que ceux-ci ne bénéficieront pas d'une double protection. Cette précaution semble indispensable dès lors que, selon nos propositions, tous les constituants de sûretés pour autrui devraient bénéficier d'une règle de proportionnalité permettant de lutter contre leur insolvabilité¹⁰⁶⁹. Pour pouvoir admettre que les constituants de sûretés pour autrui puissent invoquer chacune des règles de proportionnalité des sûretés, il convient de bien distinguer les deux règles afin de s'assurer qu'elles ne se recoupent pas. Ces règles poursuivent des finalités différentes. En effet, alors que l'une permet de lutter contre l'insolvabilité des garants, l'autre tend à préserver le crédit des constituants de sûretés. Ces finalités différentes impliquent que la proportionnalité soit entendue de manière différente. D'une part, la protection contre l'insolvabilité nécessite que la proportionnalité soit appréciée entre le montant de l'engagement du garant et ses facultés de paiement. D'autre part, la protection du crédit du constituant implique que la proportionnalité soit évaluée entre l'importance des sûretés consenties au créancier et le montant de la créance garantie. En raison de leur objet différent, les deux règles de proportionnalité recourent des réalités distinctes. En somme, les deux règles de proportionnalité ne feront pas « double emploi » à l'égard des constituants de sûretés pour autrui.

542. Question de l'excès de protection. Par ailleurs, dès lors que les constituants de sûretés pour autrui pourront invoquer chacune des deux règles de proportionnalité, il convient de s'assurer

¹⁰⁶⁸ v. n° 472 et s.

¹⁰⁶⁹ *De lege lata*, les cautions bénéficient de la règle de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité, de sorte que même si cette protection n'était pas étendue à l'ensemble des constituants de sûretés pour autrui, la question du cumul des protections se poserait à l'égard des cautions.

que la double protection dont ils bénéficieront ne pourra être qualifiée d'excessive. La possibilité offerte aux constituants de sûretés pour autrui d'invoquer deux règles de proportionnalité afin de faire réduire leur engagement est justifiée par la dualité des reproches pouvant être fait aux créanciers. En effet, le créancier peut adopter un comportement égoïste soit en réclamant une sûreté offerte par un tiers sans se soucier des facultés de paiement de ce tiers, soit en réclamant des sûretés dont l'importance est disproportionnée par rapport à la créance. Ces deux comportements sont répréhensibles et portent atteinte aux intérêts des constituants de sûretés pour autrui de sorte qu'ils doivent être sanctionnés. En outre, ces comportements sont distincts de sorte qu'ils ne peuvent être sanctionnés par une règle unique. Ainsi, l'existence de deux règles de proportionnalité permettant de protéger les constituants de sûretés pour autrui apparaît justifiée. L'une permet de lutter contre les sûretés nuisibles et l'autre contre les sûretés inutiles. Doit par ailleurs être posée la question de savoir si le constituant de sûretés pour autrui doit être le seul à pouvoir invoquer la règle de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti, ou si le débiteur doit également être admis à invoquer cette règle.

2. L'invocation de la règle par le débiteur

543. **Disproportion des sûretés consenties par des tiers**¹⁰⁷⁰. Les sûretés consenties par des tiers peuvent être disproportionnées, qu'elles soient considérées seules ou en raison de leur cumul¹⁰⁷¹. Est également disproportionnée la prise d'une sûreté réelle pour autrui si celle-ci est disproportionnée au crédit consenti. La disproportion peut, plus fréquemment, résulter du cumul de sûretés personnelles ou des sûretés réelles pour autrui garantissant une même dette. Contrairement aux sûretés réelles, la gêne occasionnée pour le débiteur par la prise de sûretés disproportionnées consenties par des tiers n'apparaît pas de manière évidente. Par définition, les sûretés consenties par des tiers ne grèvent pas le patrimoine du débiteur. Elles offrent un droit au créancier à l'encontre des tiers constituants¹⁰⁷². Ainsi, il convient de se demander en quoi la disproportion des sûretés prises est gênante pour le débiteur lorsque les sûretés en cause ne grèvent pas son patrimoine.

¹⁰⁷⁰ Les développements suivants sont valables tant pour les sûretés personnelles que pour les sûretés réelles consenties pour autrui. Sur la notion de sûreté pour autrui englobant l'ensemble des sûretés consenties par des tiers : V. Brémond, M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, p. 14 et 15, n° 20 et 21.

¹⁰⁷¹ Cette hypothèse ne peut concerner le cautionnement puisqu'il ne peut être consenti pour un montant supérieur au crédit qu'il garantit, art. 2290 c. civ. al. 1. v. n° 508 et s.

¹⁰⁷² Le créancier dispose d'un droit de gage général sur le patrimoine de la caution et du garant autonome, d'un droit à l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire par l'émetteur d'une lettre d'intention ou d'un droit réel sur le bien grevé d'une sûreté réelle pour autrui.

544. **Impact des sûretés consenties par des tiers sur le crédit du débiteur.** Bien qu'elles grèvent le patrimoine de différents garants, ces sûretés affectent le crédit du débiteur lui-même. En effet, tout comme il dispose d'actifs identifiables et présents en nombre limité au sein de son patrimoine, le débiteur, s'il est entouré de proches prêts à se porter garants de ses dettes, dispose de garants potentiels identifiables et existants en nombre limité au sein de son cercle social¹⁰⁷³. Ainsi, concrètement, si tous les proches d'un débiteur s'engagent pour garantir l'une de ses dettes, ils ne seront plus « disponibles » pour garantir d'autres dettes du débiteur. Il est vrai qu'en théorie, les proches d'un débiteur peuvent garantir l'ensemble de ses dettes. Néanmoins, d'un point de vue social, il est fréquent que les proches d'un débiteur n'acceptent de se porter garant que de manière exceptionnelle, pour la garantie de l'une de ses dettes. Dans ces conditions, la sûreté personnelle inutilement octroyée au créancier, fait perdre au débiteur sa chance de demander le soutien de son proche pour la garantie d'une autre de ses dettes. Du point de vue des relations sociales, les données ne sont pas fixées. Certains débiteurs sauront convaincre leurs proches de se porter garant à plusieurs reprises¹⁰⁷⁴. Toutefois, dans toutes les hypothèses dans lesquelles le garant d'un jour refusera de s'engager à nouveau, l'utilisation d'une sûreté personnelle qui existait en nombre limité, empêchera le débiteur d'y recourir pour la garantie de créances ultérieures.

545. **Limite technique.** D'un point de vue plus technique, le patrimoine des proches du débiteur est moins intéressant pour les créanciers lorsque ces proches se sont déjà portés garants de dettes antérieures. En effet, tout comme un débiteur, un garant est moins fiable lorsque son passif est important. L'efficacité des sûretés personnelles dépend de la confiance pouvant être accordée au garant. Or, les sûretés personnelles antérieurement consenties sont considérées comme des dettes grevant le patrimoine des garants. Ce constat s'impose, bien que les sûretés personnelles consenties antérieurement constituent seulement des dettes potentielles et que leur réalisation donne naissance à un recours du garant à l'encontre du débiteur¹⁰⁷⁵. À l'appui de ce

¹⁰⁷³ Les proches du débiteur doivent s'entendre de toutes les personnes susceptibles d'accepter de garantir ses dettes, qu'ils s'agissent de son entourage familial, amical ou professionnel. Cette notion non juridique doit être entendue largement.

¹⁰⁷⁴ Notamment lorsqu'il n'aura pas été appelé par le créancier envers lequel il s'est engagé en qualité de garant, dans ces hypothèses, il est fréquent que les garants oublient l'existence de leur engagement. C'est d'ailleurs pour rappeler à la caution qu'elle demeure engagée jusqu'à l'extinction du cautionnement que des obligations d'information annuelle ont été instaurées en matière de cautionnement. cf. art. 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, codifié à l'art. L. 313-22 c. mon. fin. ; art. 101 de la loi du 29 juillet 1998, codifié à l'art. 2993 al. 2 c. civ. ; loi Dutreil 1^{er} août 2003, codifié art. L. 333-2 c. consom., anc. art. L. 341-6.

¹⁰⁷⁵ Règles qui concernent l'ensemble des sûretés consenties pour autrui : admis par l'ensemble de la doctrine même si le recours n'est prévu dans les textes qu'en matière de cautionnement : art. 2305 et s. c. civ. ; cf. en matière de garantie autonome : J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018, qui traite des formes que peuvent revêtir le recours du garant autonome à l'encontre du débiteur sans même préciser que ce recours n'est pas légalement

raisonnement, sera rappelé l'état de la jurisprudence relative à la règle de la proportionnalité posée à l'article L. 332-1 du Code de la consommation. Cette règle implique que le patrimoine de la caution soit mis en rapport avec le montant du cautionnement qu'elle consent, or, lorsque le patrimoine de la caution est évalué, sont pris en considération au sein de son passif, les cautionnements préalablement consentis par elle¹⁰⁷⁶. Concrètement, dans ce cadre, le créancier contraint de limiter le montant du cautionnement en considération des facultés de paiement de la caution, doit se contenter d'un cautionnement d'un montant limité lorsque la caution aura d'ores et déjà consenti diverses sûretés personnelles. Ainsi, il ne fait aucun doute que le créancier prendra en considération les sûretés personnelles déjà consenties par le tiers se proposant de garantir le prêt d'un débiteur.

546. Démonstration de l'impact de la disproportion. D'une part, un débiteur peut obtenir la garantie de ses dettes par certains de ces proches existants en nombre limité et, d'autre part, les sûretés consenties par ces proches affectent l'importance des sûretés personnelles qu'ils seront en mesure d'octroyer par la suite. Par suite, les sûretés personnelles ne peuvent être octroyées sans limite par un débiteur¹⁰⁷⁷. Dès lors qu'un débiteur ne peut consentir des sûretés personnelles de manière illimitée, la prise de sûretés personnelles disproportionnées affecte nécessairement le crédit d'un débiteur. Il est vrai que le raisonnement partant du postulat que le débiteur ne peut obtenir la garantie de ses dettes que par un nombre restreint de personnes s'écroule lorsque l'on envisage le cas des sûretés personnelles octroyées par des garants professionnels. Toutefois, si les garants professionnels sont souvent prêts à garantir les dettes des débiteurs¹⁰⁷⁸,

prévu. En matière de lettre d'intention : cf. D. Legeais, « Lettre d'intention », *JCl. Contrats - distribution*, oct. 2015, fasc. 2850 : l'auteur déduit de la qualification de sûreté personnelle de la lettre d'intention, l'existence d'un recours de l'émetteur à l'encontre du débiteur : « Avant la réforme, le recours semblait devoir être écarté, tout au moins lorsque la lettre n'était pas requalifiée en cautionnement. Aujourd'hui, le recours semble pouvoir être admis dès lors que la lettre d'intention est une sûreté ». v. néanmoins en sens contraire P. Le Cannu, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD com.* 2006, p. 421 qui considère que la lettre d'intention ne peut être qualifiée de sûreté personnelle justement parce que le signataire ne prend pas toujours un engagement de payer le bénéficiaire de la lettre et que le signataire n'a pas un recours contre le débiteur principal. En matière de sûreté réelle consentie pour autrui : v. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 9^e éd., 2015, n° 150 ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, (ss dir. J. Ghestin), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 291.

¹⁰⁷⁶ Cass. com 22 mai 2013, n° 11-24812, Bull. civ. 2013, IV, n° 84 ; *RD banc. et fin.* n° 4, oct. 2013 comm. 130, note A. Cerles ; *Gaz. Pal.* 6 juill. 2013, n° 138, note P. Paillier ; *Gaz. Pal.* 13 juin 2013, n° 132, note M.-P. Dumont-Lefrand.

¹⁰⁷⁷ Ch. Gamaleu Kameni, « Les garanties excessives octroyées par un débiteur placé en procédure collective », *RLDA* n° 95, 1^e juill. 2014 : « Très concrètement, en consacrant la disproportion de la garantie, le législateur permet au débiteur de protéger par exemple toutes les personnes solvables susceptibles de garantir ses dettes ; ce qui lui permet de conserver toutes ses possibilités de crédit ».

¹⁰⁷⁸ Les organismes de caution peuvent refuser leur concours à un débiteur. N. Jachiet, J. Bourquard, V. Champagne, Ch. Rostand et P.-A. de Malleray, *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, novembre 2004. Ce rapport précise à cet égard que « l'accord ou le refus de l'organisme de caution nécessite un minimum de formalités et est connu de la banque dans un délai court, de l'ordre de 48 heures ».

ils n'offrent pas ce service gratuitement¹⁰⁷⁹. Ainsi, lorsque les dettes d'un débiteur sont garanties par des garants professionnels, l'impact de la prise de sûretés disproportionnées sur la situation du débiteur est palpable. Le débiteur est en effet tenu au paiement de commissions pour chaque sûreté personnelle consentie par un établissement de crédit à son créancier¹⁰⁸⁰. Cet impact direct de l'octroi de sûretés personnelles sur le patrimoine du débiteur existe pour toutes les sûretés personnelles onéreuses¹⁰⁸¹.

547. Absence de droit à obtenir des cautionnements. L'impact de l'octroi de sûretés consenties par des tiers sur la situation du débiteur invite à penser qu'il serait cohérent d'offrir au débiteur la possibilité d'invoquer la règle de proportionnalité des sûretés, y compris lorsque les sûretés disproportionnées ont été consentie par un tiers. Toutefois, l'atteinte portée au crédit du débiteur par l'octroi de sûretés consenties par des tiers relève du constat factuel. Il a été constaté que le débiteur ne peut offrir des sûretés consenties par des tiers en nombre illimité. Néanmoins, aucun fondement juridique ne justifierait que le débiteur puisse invoquer à son profit la règle de proportionnalité lorsque les sûretés disproportionnées ont été offertes par des tiers. En effet, le débiteur ne dispose pas d'un droit subjectif à obtenir de ses proches qu'ils se portent garants de ses dettes. Ainsi, le débiteur ne devrait pas être admis à se prévaloir de la règle de proportionnalité lorsqu'il offre à son créancier des sûretés consenties par ses proches bien qu'une atteinte au crédit du débiteur puisse être constatée dans les faits. La protection offerte par la règle de proportionnalité des sûretés devrait donc être réservée aux constituants des sûretés. Précisons néanmoins que les débiteurs ayant obtenu de leurs proches qu'ils consentent à leur créancier des sûretés pour autrui bénéficieront par ricochet de la protection offerte par la

¹⁰⁷⁹ Les cautionnements fournis par des banques donnent lieu au paiement de commissions annuelles, ces commissions représentent généralement 1,5% du montant que la banque pourrait être amenée à payer. cf. M. Dagot, « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP éd. N*, n° 9, 28 février 1986, 100224. Les cautionnements fournis par des sociétés de caution mutuelle génèrent également un coût pour les débiteurs. Ces cautionnements imposent le paiement d'une commission de risque. cf. F.-J, Crédot, *JCl. Banque - Crédit - Bourse*, fasc. 745, n° 35 : « Les sociétés de caution mutuelle demandent, en échange de leur garantie, une participation pour frais de gestion qui couvre le coût de gestion de la garantie et qui est proportionnelle au montant de celle-ci ». Ces cautionnements sont en outre conditionnés par la souscription par l'emprunteur au capital de la société. Enfin, les emprunteurs sont tenus de bloquer une somme au sein de l'établissement garant. Bien que cette somme lui soit restituée lors du remboursement du crédit, elle constitue un coût indirect puisque la somme restituée n'est pas réévaluée en considération de l'inflation. cf. IEJ du Conseil supérieur du Notariat, « L'hypothèque et les sûretés personnelles, brève comparaison », *JCP éd. E*, n° 19-20, 11 mai 2012, 1318.

¹⁰⁸⁰ Le débiteur rémunère le créancier acceptant de se porter garant : Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 3^e éd. 2016, p. 40, n° 25. ; M. Cabrillac, M. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, coll. manuels, 10^e éd., 2015, n° 49 : les auteurs précisent que la commission représente généralement entre 0.5% et 1.5% du total des sommes garanties.

¹⁰⁸¹ La figure du cautionnement consenti par un établissement de crédit est aujourd'hui croissante : Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 3^e éd. 2016, p. 64, n° 39. Elle est la première sûreté conventionnelle consentie en matière de crédit immobilier, avant même l'hypothèque.

règle de proportionnalité des sûretés. En effet, dès lors que la règle permettra de limiter les sûretés offertes par autrui, les tiers constituants pourront éventuellement à nouveau se porter garants des dettes du débiteur. Par ailleurs, le débiteur conservera sa capacité d'agir sur le fondement de la règle de proportionnalité s'il a lui-même consenti des sûretés réelles à son créancier. En présence de diverses sûretés consenties par différentes personnes, qu'il s'agisse de différents garants ou du débiteur lui-même et de garants, se pose la question de savoir qui doit être protégé en priorité par la règle de proportionnalité.

B. La priorité en cas de pluralité de bénéficiaires

548. Dualité des conflits. En présence de sûretés multiples, plusieurs constituants pourront souhaiter se prévaloir de la règle de proportionnalité. Il convient d'anticiper le conflit qui pourrait opposer ces constituants souhaitant que la règle de proportionnalité leur permette de libérer leurs actifs pour obtenir des crédits. Deux situations peuvent être distinguées. Il sera nécessaire d'articuler les actions du débiteur et du tiers constituant ayant offert des sûretés en garantie d'une même dette (1) ou d'articuler les actions des différents garants (2).

1. L'articulation des actions du débiteur et du garant

549. Priorité au constituant agissant. Lorsque le créancier bénéficie à la fois de sûretés offertes par le débiteur et de sûretés offertes par des tiers et en cas d'impossibilité de réduire l'assiette de chacune de ces sûretés, se pose la question de savoir lesquelles de ces sûretés devraient être maintenues et lesquelles devraient être abandonnées par le créancier¹⁰⁸². Dans ce contexte, il semble cohérent d'offrir la priorité à la libération de la personne invoquant la règle de proportionnalité. En effet, la personne qui agit est celle qui souhaite obtenir des crédits mais n'y parvient pas en raison des sûretés qu'elle a d'ores et déjà consenties. Il serait cohérent d'offrir la priorité au constituant agissant. C'est la finalité de protection du crédit du constituant qui conduit à opter pour la mainlevée prioritaire des sûretés grevant le patrimoine du constituant agissant. Ainsi lorsque le débiteur invoquera la règle de proportionnalité, les juges devront opter en priorité pour la mainlevée des sûretés portant sur ses biens. Toutefois, il semble que les juges devraient être tenus d'écouter les indications du débiteur qui désirerait voir libéré en priorité le garant. Cette volonté pourrait répondre à la finalité de protection du crédit du constituant. Tel serait le cas par exemple d'un dirigeant social ayant consenti une sûreté réelle pour autrui à l'un

¹⁰⁸² S'il est possible de réduire l'assiette de chacune des sûretés obtenues par le créancier alors la question de la priorité ne se posera pas. Chacun des constituants pourra bénéficier d'une réduction.

des créanciers de sa société et à qui un autre créancier de la société réclamerait une sûreté sur le même bien. Dans un tel contexte, la libération du garant lui permettra de s'engager à nouveau pour le débiteur et favorisera l'accès au crédit du débiteur. Cette hypothèse pourrait se concrétiser lorsque les biens de la société seront insuffisants pour qu'elle puisse offrir elle-même des sûretés intéressantes à ses créanciers.

550. **Priorité au tiers.** Offrir la priorité au constituant agissant ne permet toutefois pas de remédier à toutes les situations. Il est concevable que le débiteur et les tiers agissent de concert pour faire constater la disproportion des sûretés offertes au créancier. Dans une telle hypothèse, il pourrait être imposé au juge de s'assurer que les deux constituants agissant sont effectivement à la recherche de crédits qu'ils ne parviennent pas à obtenir. Si tel est le cas, peut se poser la question de savoir si le juge devra libérer en priorité le constituant d'une sûreté pour autrui. Instinctivement, il apparaît souhaitable que le constituant d'une sûreté pour autrui soit libéré en priorité. En effet, ce constituant ne reçoit pas de contrepartie pour son engagement. Il est donc possible de souhaiter le protéger particulièrement¹⁰⁸³. L'équité conduit instinctivement à préférer une libération prioritaire des constituants de sûretés pour autrui. Il est vrai que les différentes règles de proportionnalité ne doivent pas être confondues¹⁰⁸⁴. Toutefois, il semble plus injuste qu'une personne ne puisse pas obtenir de crédit parce qu'elle s'est portée garant, plutôt qu'une personne ne puisse pas obtenir de crédit parce qu'elle garantit déjà ses propres dettes. Cette donnée devrait être prise en considération par les juges appliquant la règle de proportionnalité des sûretés lorsque le tiers constituant et le débiteur agiront ensemble pour faire constater la disproportion des sûretés offertes au créancier.

2. L'articulation des actions des différents garants

551. **Priorité au garant agissant.** Tout comme dans le conflit qui oppose le débiteur et le garant qui souhaiteraient tirer profit de la règle de proportionnalité des sûretés, la priorité devra être donnée au garant ayant pris l'initiative d'invoquer la règle de proportionnalité. Le recours à cette règle suppose que ledit garant se trouve dans l'incapacité d'obtenir des crédits et souhaite obtenir la mainlevée des sûretés qu'il a consenti afin d'améliorer sa situation patrimoniale.

¹⁰⁸³ Les nombreuses règles de protection de la caution résultent en partie de cette considération selon laquelle la caution consent à un engagement unilatéral.

¹⁰⁸⁴ La règle de proportionnalité des sûretés pour autrui étudiée dans la première partie de cette étude répondant à un objectif de protection des garants contre l'insolvabilité.

552. **Pluralité de garants agissants.** Il est impossible de prédéfinir une règle de priorité applicable à la situation dans laquelle plusieurs garants agiront ensemble pour faire constater que le créancier bénéficie de sûretés disproportionnées. En effet, les différents garants, qu'ils aient octroyé des sûretés personnelles ou des sûretés réelles pour autrui, se trouvent dans des situations similaires. En présence de sûretés personnelles, il sera alors possible pour le juge de réduire équitablement les engagements de chacun des garants. Une telle réduction pourrait être plus délicate en présence d'une sûreté réelle pour autrui¹⁰⁸⁵. Le juge devra néanmoins s'assurer que chacun des garants agissant bénéficie de la réduction des sûretés faisant suite au constat d'une prise de sûretés disproportionnées.

Section 2 : L'indifférence de la source conventionnelle, légale ou judiciaire des sûretés

553. **Question de l'applicabilité aux sûretés indépendamment de leur source.** *De lege lata*, certaines règles de réduction limitant l'importance des sûretés ne concernent que les sûretés d'origine légale ou judiciaire. Ce constat invite à se poser la question de savoir si les juges peuvent être autorisés à s'immiscer dans la convention des parties en réduisant les sûretés qui y trouvent leur source. Pour répondre à cette question, il sera démontré que l'absence de règle générale permettant au juge de limiter la prise de sûretés conventionnelles ne découle pas d'une impossibilité pour le juge de s'immiscer dans la convention des parties. En réalité, si dans certaines hypothèses, le juge peut réduire l'importance des sûretés prises c'est parce que dans ces situations le créancier exerce seul le choix de l'étendue de sa sûreté (§1). Ainsi, la législation actuelle ne fait pas apparaître d'impossibilité pour le juge de modifier la convention des parties créatrice de sûretés. Une telle possibilité offerte au juge porterait néanmoins atteinte au principe de la force obligatoire des conventions. Cette atteinte doit être justifiée par la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés (§2).

¹⁰⁸⁵ Sur la nécessité d'adapter cette sanction : v. n° 453 et s.

§1 : L'affirmation de l'applicabilité aux sûretés conventionnelles

554. **Rappel des règles existantes.** Des règles de réduction des sûretés réelles existent pour les sûretés judiciaires et légales. Les sûretés réelles conventionnelles ne sont en revanche que très exceptionnellement concernées. Ce constat rend pertinente la question de la source conventionnelle des sûretés comme limite à la possibilité de réduire les sûretés. Il convient de rappeler quelles sont les règles de réduction des sûretés judiciaires et légales, afin de pouvoir en déduire ou non la volonté du législateur de mettre les sûretés conventionnelles strictement à l'abri des règles de réduction. Selon la règle de proportionnalité propres aux sûretés judiciaires prévue à l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution, toutes les sûretés judiciaires conservatoires peuvent être réduites par le juge¹⁰⁸⁶. Le juge ne peut réduire l'assiette de la sûreté inscrite que si celle-ci greève des biens d'une valeur disproportionnée par rapport au montant de la créance garantie. Les biens demeurants grevés après réduction doivent conserver une valeur au moins égale au double du montant de la créance augmentée de ses accessoires. L'article 2444 du Code civil quant à lui autorise le juge à cantonner l'assiette des hypothèques légales¹⁰⁸⁷. Les créanciers bénéficiant d'hypothèques légales peuvent inscrire seuls ces sûretés sur les immeubles de leurs débiteurs. Le juge réduira l'assiette de ces hypothèques si elle est constituée de biens d'une valeur égale ou supérieure au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant. La disproportion entre la valeur des immeubles grevés et la somme garantie justifie l'intervention du juge. Ainsi, les sûretés judiciaires et les hypothèques légales sont soumises à des règles générales faisant intervenir la notion de proportionnalité pour protéger le crédit du débiteur¹⁰⁸⁸. À l'inverse, aucune règle générale ne permet la réduction des sûretés réelles conventionnelles disproportionnées¹⁰⁸⁹. Le constat de l'existence de règles de réduction des sûretés justement lorsqu'elles sont d'origine légale et judiciaire peut inviter à penser que les sûretés

¹⁰⁸⁶ R. 532-9 c. proc. civ. d'exéc. : « Lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties, le débiteur peut faire limiter par le juge les effets de la sûreté provisoire s'il justifie que les biens demeurant grevés ont une valeur double du montant de ces sommes ».

¹⁰⁸⁷ Y compris l'hypothèque résultant des jugements de condamnation que le législateur qualifie maladroitement d'hypothèque judiciaire. Art. 2412 c. civ. : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus ».

¹⁰⁸⁸ Il est vrai que si l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution concerne toutes les sûretés judiciaires, l'article 2444 du Code civil ne concerne pas toutes les sûretés légales mais uniquement les hypothèques légales. Néanmoins, les sûretés légales ne sont que de deux sortes : privilèges ou hypothèques. Par suite, la règle prévue à l'article 2444 du Code civil concerne une part importante des sûretés légales de sorte qu'il peut être affirmé qu'elle présente un caractère général.

¹⁰⁸⁹ L'article 2445 du Code civil permet seulement au juge de réduire l'inscription hypothécaire d'une créance éventuelle, conditionnelle ou au montant indéterminé lorsque le montant de cette créance a été évalué par le créancier seul lors de l'inscription hypothécaire.

conventionnelles ne peuvent faire l'objet d'une telle réduction. Le refus de la réduction des sûretés conventionnelles serait justifié par les principes de la liberté conventionnelle ou de la force obligatoire des conventions. En effet, les contrats prévoyant des sûretés sont soumis à ces principes. Ainsi, d'une part les parties doivent être libres de déterminer elles-mêmes le contenu de leur contrat et donc de choisir les sûretés conventionnelles et d'autre part les sûretés conventionnelles ne peuvent être modifiées sans l'accord de l'ensemble des parties. Ces deux principes sont de nature à expliquer que les sûretés conventionnelles ne soient pas concernées par les règles permettant la réduction des sûretés disproportionnées. Toutefois, le constat de l'existence de règles de réduction des sûretés légales et judiciaires ne suffit pas pour affirmer que la réduction des sûretés conventionnelles a été catégoriquement rejetée par le législateur.

555.Choix commun des parties excluant l'intervention du juge. L'existence de règles de proportionnalité des sûretés en matière de sûretés judiciaires et de sûretés légales ne signifie pas nécessairement que de telles règles doivent être rejetées en matière de sûretés conventionnelles. En effet, l'analyse des règles existantes invite à constater que le législateur a prévu une réduction judiciaire des sûretés uniquement lorsque la sûreté a été formée sans accord des parties. En ce sens, le professeur Philippe Dupichot affirme que les situations concernées par les règles de proportionnalité concernent des hypothèses dans lesquelles le créancier a agi unilatéralement¹⁰⁹⁰. Il en déduit que les dispositions existantes revêtent un caractère exceptionnel et doivent dès lors demeurer d'interprétation stricte. Selon lui, dès lors que les parties concluent une convention, le principe de la liberté contractuelle doit permettre aux parties de choisir librement le nombre, l'importance et l'évaluation des biens grevés. Nous n'approuvons pas la conclusion selon laquelle l'accord des parties est un obstacle dirimant à la réduction judiciaire des sûretés conventionnelles. Le constat de l'existence de règles de proportionnalité réservées aux hypothèses dans lesquelles le créancier a pu décider seul des sûretés qui lui seraient consenties permet de penser que le législateur a volontairement prévu des règles de proportionnalité en l'absence d'accord des parties. Nous proposons de considérer que ce choix résulte du fait que l'absence d'accord des parties implique un risque particulier d'excès du créancier. En ce sens deux auteurs affirment que « s'agissant (...) des sûretés légales, prises à l'initiative du seul créancier, ou des sûretés judiciaires, fondées sur une

¹⁰⁹⁰ Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèse, 2005, p. 507, n° 664.

autorisation du juge, une vigilance judiciaire s'impose naturellement »¹⁰⁹¹. En effet, le créancier opérant seul peut effectuer le choix dans son seul intérêt. Une telle analyse est confortée par la règle prévue à l'article 2445 du Code civil. En vertu de cet article, la réduction d'une hypothèque conventionnelle est possible dans le cas particulier dans lequel le créancier a évalué seul, lors de l'inscription hypothécaire, le montant d'une créance éventuelle, conditionnelle ou au montant indéterminé. Cette règle opère en l'absence d'accord des parties relatif au montant de la créance à inscrire. Une règle permettant la réduction de la sûreté réelle d'origine conventionnelle existe justement lorsqu'en raison des circonstances le créancier a choisi seul le montant pour lequel il souhaitait obtenir une sûreté. Ce constat peut être perçu comme confirmant l'analyse selon laquelle l'accord des parties sur l'assiette ou la somme garantie par la sûreté scelle définitivement les limites de celle-ci. Il apparaît que la source conventionnelle des sûretés n'est pas nécessairement synonyme d'entente des parties quant aux sûretés accordées au créancier. Le créancier peut parfois exiger les sûretés conventionnelles de son choix. Tel est le cas en particulier, dans l'hypothèse visée à l'article 2445 du Code civil. Lorsque le débiteur et le créancier « s'accordent » sur l'assiette de la sûreté ou sur le montant de la créance à inscrire alors que le montant de la créance réelle est encore incertain, il est fréquent en réalité que le créancier effectue un choix que le débiteur accepte par nécessité. Ainsi, l'ensemble des règles de proportionnalité existantes en droit des sûretés concernent des hypothèses dans lesquelles le constituant n'a pas pu négocier avec le créancier.

556. Question de la limitation aux contrats d'adhésion. Le critère déterminant de l'instauration de règles de proportionnalité ne semble finalement pas être celui de la source des sûretés, mais plutôt celui de la démarche du créancier effectuée sans l'avis du débiteur. Dans cette optique, il n'apparaîtrait pas justifié d'exclure l'ensemble des sûretés conventionnelles de la règle de proportionnalité. Certaines conventions sont conclues sans que l'une des parties ne puisse véritablement faire valoir ses intérêts. Tel est le cas des contrats d'adhésion¹⁰⁹². Dans ces contrats l'une des parties est maîtresse de la rédaction du contrat alors que l'autre se contente d'y consentir. Il convient dès lors de se demander si la règle de proportionnalité des sûretés doit concerner toutes les sûretés ou si les sûretés conventionnelles issues d'un contrat de gré à gré

¹⁰⁹¹ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 24, n° 18. Les auteurs citent en exemple : l'article 2444 c. civ., l'article R. 532-9 c. proc. d'exéc. relatif aux sûretés judiciaires conservatoires et l'article 111-7 c. proc. d'exéc. relatif aux voies d'exécution et mesures conservatoires.

¹⁰⁹² Sur les contrats d'adhésion : G. Chantepie, M. Latina (sous dir.), *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, actes du colloque international, 19 octobre 2017, faculté de droit de l'Université de Montréal, Dalloz, 2018 ; N. Blanc, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, n° 02, p. 155 ; L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat* 2018, p. 262 ; M. Latina, « Contrat : généralités – Classifications des contrats », *Rép. dr. civil*, n° 207 à 210.

doivent en être exclues. Si une telle exception était prévue, la règle de proportionnalité s'inscrirait dans la lignée des règles existantes. Elle serait réservée aux situations dans lesquelles le créancier aura pu décider seul les sûretés assortissant sa créance. Une telle exclusion permettrait que la règle soit mieux acceptée. En effet, l'intervention du juge semble plus légitime en présence de contrats d'adhésion. Il est d'ailleurs notable que l'article 1171 du Code civil autorisant le juge à déclarer non écrite une clause contractuelle ne trouve à s'appliquer qu'en présence de contrat d'adhésion et à condition de concerner des clauses non négociées.

557. Rejet de la limitation aux contrats d'adhésion. Il est envisagé de limiter la règle de proportionnalité pour exclure les sûretés offertes au créancier par contrat de gré à gré. Trois raisons conduisent à penser qu'une telle exclusion parmi les sûretés soumises à la règle de proportionnalité ne semble pas souhaitable. La première raison tient dans le fait que le créancier pourrait en pratique être le seul à décider des sûretés bien que le contrat ait été négocié par les parties. En effet, le créancier se trouve fréquemment en position dominante par rapport au constituant de sûretés. Il en résulte que le créancier pourrait imposer son choix de sûretés même si l'octroi de sûretés est en apparence négocié. Dans une telle hypothèse, si l'exclusion des sûretés obtenues par un contrat de gré à gré était retenue, le constituant serait privé de la possibilité d'invoquer la règle de proportionnalité alors même qu'il n'aura pas pu échapper à la volonté du créancier d'obtenir des sûretés disproportionnées. La seconde raison conduisant à rejeter la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion résulte de l'anticipation du contournement de la règle de proportionnalité. Si les contrats de gré à gré sont exclus de l'application de la règle de proportionnalité, il est possible que les créanciers ouvrent artificiellement la négociation relative aux sûretés qui leur seront consenties. Adoptant un tel comportement, les créanciers obtiendraient les sûretés de leur choix tout en se mettant volontairement à l'abri de la règle de proportionnalité. Enfin, la troisième raison expliquant le rejet de la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion résulte de la finalité de protection du crédit des constituants. L'exclusion des contrats de gré à gré nuirait à l'efficacité de la protection. D'une part les constituants consentant exclusivement des sûretés conventionnelles par le biais de contrats négociés ne seraient pas couverts par la règle de protection. D'autre part, en présence de sûretés de sources diverses, les sûretés négociées conventionnellement ne seraient pas prises en compte dans l'appréciation de la proportionnalité. Or il est possible que la prise en compte de ces sûretés soit nécessaire à la caractérisation d'une disproportion manifeste. Si le juge ne prend en considération que les autres sûretés offertes au

créancier, la disproportion manifeste ne pourra pas être constatée alors même qu'elle est réelle si l'on envisage toutes les sûretés offertes au créancier.

558. Refus de la distinction selon l'existence de négociations. En définitive, la possibilité pour le juge de réduire les sûretés offertes à un créancier ne doit pas dépendre de l'absence de discussion entre les parties concernant le choix des sûretés à octroyer au créancier. Ainsi, il importe peu que le contrat conclu soit un contrat d'adhésion ou de gré à gré¹⁰⁹³. Une telle distinction pourrait d'une part se révéler injuste et d'autre part permettre aux créanciers de contourner la règle de protection offerte aux constituants. Il en résulte que toutes les sûretés conventionnelles seront prises en compte dans le calcul de la proportionnalité. Dès lors que la règle de proportionnalité est applicable aux sûretés conventionnelles, il convient de justifier l'atteinte qui sera portée par la règle de proportionnalité aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat.

§ 2 : La justification de l'applicabilité aux sûretés conventionnelles

559. Existence d'obstacles propres à chaque catégorie de sûretés. L'applicabilité de la règle de proportionnalité des sûretés doit être particulièrement justifiée en matière de sûretés conventionnelles. La réduction judiciaire des sûretés légales et judiciaires ne soulève pas les mêmes difficultés. Il est néanmoins vrai que des obstacles propres aux sûretés légales et judiciaires peuvent être relevés. Ces obstacles non dirimants à l'instauration de règles de proportionnalité seront présentés (I). Les obstacles propres aux sûretés conventionnelles seront étudiés ensuite afin de déterminer s'ils peuvent également être surmontés (II).

I. Les obstacles non dirimants à l'instauration de règles de proportionnalité des sûretés

560. Obstacles propres aux sûretés conventionnelles. Une différence importante existe entre les sûretés conventionnelles d'une part et les sûretés légales ou judiciaires d'autre part. Cette différence réside dans le fait que seules les sûretés conventionnelles sont soumises au principe de la force obligatoire des contrats. Dès lors que les sûretés conventionnelles sont soumises au principe de la force obligatoire des contrats, il ne devrait pas être permis au juge de les modifier¹⁰⁹⁴. En effet, l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés, dès lors qu'elle

¹⁰⁹³ Ces termes sont définis à l'art. 1110 c. civ. qui dispose que : « le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

¹⁰⁹⁴ En ce sens : V. Larribau- Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 16^e éd. 2018-2019, p. 533, n° 1589 : « Traditionnellement, donc, le juge était considéré comme le serviteur et l'arbitre de la volonté des parties, il devait

permettrait de réduire les sûretés prises par un créancier, porterait atteinte à ce principe fondamental du droit des contrats. En outre, la règle de proportionnalité des sûretés heurterait le principe de la liberté contractuelle, en application duquel, les parties sont libres de déterminer le contenu de leur convention¹⁰⁹⁵. Ces deux obstacles à l'instauration d'un principe de proportionnalité des sûretés sont propres aux sûretés conventionnelles. En ce sens deux auteurs ont affirmé que : « le [principe de proportionnalité] ne serait significatif qu'à l'égard des sûretés conventionnelles, où il heurterait le principe de liberté des conventions »¹⁰⁹⁶. Il est néanmoins intéressant de voir que d'autres questions auraient pu être soulevées par l'instauration de règles de proportionnalité des sûretés légales ou judiciaires et que ces questions n'ont jamais permis de remettre en cause la légitimité des règles existantes.

561. Obstacle propre aux sûretés légales. Concernant les sûretés légales, il aurait été possible de se demander si le juge devait être autorisé à réduire des sûretés ayant été offertes à un créancier par le législateur. Il aurait pu être considéré que le juge ne pouvait porter atteinte à la création du législateur. Néanmoins, une telle question ne permet pas de renoncer au contrôle judiciaire des sûretés offertes par le législateur aux créanciers. Il apparaît naturel que le juge adapte la règle générale au cas particulier.

562. Obstacles propres aux sûretés judiciaires. Concernant les sûretés judiciaires, la question pouvait sembler plus pertinente. Il s'agit de se demander si l'autorité de la force jugée ne doit pas interdire à un juge de réduire les sûretés octroyées par un autre juge¹⁰⁹⁷. En effet, l'octroi d'une sûreté judiciaire est conditionné par l'existence d'un risque dans le recouvrement de sa créance. La couverture du risque constitue dès lors la mesure de la sûreté judiciaire. Il en résulte que la sûreté judiciaire, ayant seulement vocation à pallier le risque de non remboursement de la créance, ne peut apparaître disproportionnée au crédit consenti. Ainsi, au jour de l'octroi des sûretés judiciaires, l'existence d'une disproportion semble illusoire. Néanmoins, le juge octroyant une sûreté judiciaire ne se prononce pas sur la proportionnalité. Malgré l'impression

rester neutre et, sous réserve des sanctions qu'il peut prononcer à l'encontre d'un contrat inexécuté, le principe d'irrévocabilité, comme le principe d'intangibilité, s'imposaient à lui de façon absolue ».

¹⁰⁹⁵ Les trois aspects de la liberté conventionnelle sont expressément posés à l'art. 1102 c. civ. : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Sur la liberté contractuelle : D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 4^e éd. Bruylant, 2018, p. 86, n° 51-1 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 17^e éd. LGDJ, 2018, p. 44, n° 36.

¹⁰⁹⁶ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 24, n° 18.

¹⁰⁹⁷ Sur l'autorité de la force jugée : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 43^e éd. Dalloz, 2018, p. 805 et s., n° 1155 et s. ; C. Bouty, « L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé », PUAM, 2008 ; A. Turmo, « L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union Européenne », thèse Paris 2016.

que le second juge défait ce que le premier a fait, l'autorité de la chose jugée ne trouve pas à s'appliquer dans ces hypothèses. L'article 1355 du Code civil restreint l'objet de l'autorité de la chose jugée. Selon cet article « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ». Ainsi, « l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été décidé, c'est-à-dire au dispositif de l'arrêt et non pas à ses motifs »¹⁰⁹⁸. Or, le jugement octroyant une sûreté judiciaire n'a pas pour objet de contrôler la proportionnalité des sûretés offertes au créancier. En outre, l'autorité de la chose jugée n'est pas seulement restreinte quant à son objet, mais également quant à ses conditions. En effet, l'article 1355 du Code civil précise qu'« il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». Or la première de ces conditions n'est pas remplie lorsque le constituant d'une sûreté demande à ce que les sûretés judiciaires obtenues par le créancier soient réduites. Ainsi, le principe de l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à la révision des sûretés judiciaires.

II. Les obstacles propres aux sûretés conventionnelles

563. Constat et justification de l'atteinte aux principes du droit des obligations. La règle de proportionnalité des sûretés portera atteinte à deux principes du droit des obligations : le principe de la liberté contractuelle et le principe de la force obligatoire des contrats. L'atteinte à ces principes ne doit pas être niée, elle est une réalité à prendre en considération (A). Cette atteinte doit être justifiée pour que la règle de proportionnalité puisse être admise (B).

A. La réalité de l'atteinte aux principes du droit des obligations

564. Atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire des contrats¹⁰⁹⁹. Il est indéniable que l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés applicable aux sûretés conventionnelles porterait atteinte à la liberté conventionnelle ainsi qu'à la force obligatoire des contrats. D'une part, les parties ne seraient plus libres dans leur choix des sûretés à offrir au

¹⁰⁹⁸ M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, 1^e éd. 2017, p.359 et 360, n° 299.

¹⁰⁹⁹ Sur la liberté contractuelle : S. Chrétien, *La notion de liberté contractuelle*, thèse Bordeaux, 2008 ; M.-L. Izorche, « la liberté contractuelle », in R. Cabrillac (sous dir.), *Libertés et droit fondamentaux*, Dalloz, 2016, p. 847 ; C. Pérès, « liberté contractuelle », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 714 et s. ; P.-Y. Gadhoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, 2008. Sur la force obligatoire des contrats : H. Juillet-Regis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015 ; B. Guiderdoni, *Le forçage du contrat par le juge*, thèse Caen, 2002 ; R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg, 1997 ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, p. 901 ; R. Cabrillac, « Force obligatoire », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 596 et s.

créancier. Elles seraient tenues de s'assurer de la proportionnalité des sûretés offertes au créancier par rapport au crédit garanti. Cette limite constituerait une contrainte pour les parties dans le choix du contenu de leur convention. Les professeurs Laurent Aynès et Pierre Crocq critiquent l'atteinte à la liberté contractuelle. Ils affirment qu'« il n'est pas bon de placer sous contrôle judiciaire la décision de conclure un contrat, car le juge ne peut se substituer aux parties et refaire exactement l'histoire »¹¹⁰⁰. En effet, le principe de la liberté contractuelle implique que les parties peuvent déterminer librement le contenu de leur convention¹¹⁰¹. L'atteinte portée par la règle de proportionnalité à ce principe est indéniable. D'autre part, la convention des parties pourrait être modifiée par le juge. En cas de découverte d'une disproportion, le juge serait autorisé à porter atteinte aux sûretés ayant été offertes au créancier. Or, le principe de la force obligatoire des conventions s'impose aux juges comme aux parties et lui interdit de modifier la convention¹¹⁰². Il convient donc de se demander si une telle atteinte à ces principes peut être tolérée¹¹⁰³.

565. Exceptions aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des conventions. L'atteinte portée par la règle de proportionnalité au principe de la liberté contractuelle est indéniable. Cette atteinte ne constitue toutefois pas un obstacle dirimant à l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés. En effet, de nombreuses règles portent atteinte à la liberté contractuelle dans le but de protéger l'une des parties au contrat. Ces règles constituent notamment l'essence du droit de la consommation¹¹⁰⁴. Il est vrai que les atteintes à la liberté contractuelle sont plus difficilement admissibles en droit commun. Néanmoins de telles règles existent également en dehors du droit de la consommation¹¹⁰⁵. Le principe de la

¹¹⁰⁰ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 25, n° 18.

¹¹⁰¹ Les trois aspects de la liberté contractuelle sont expressément posés à l'art. 1102 c. civ. : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Sur la liberté contractuelle : D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 4^e éd. Bruylant, 2018, p. 86, n° 51-1 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 17^e éd. LGDJ, 2018, p. 44, n° 36.

¹¹⁰² En ce sens : V. Larribau- Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 16^e éd. 2018-2019, p. 533, n° 1589 : « Traditionnellement, donc, le juge était considéré comme le serviteur et l'arbitre de la volonté des parties, il devait rester neutre et, sous réserve des sanctions qu'il peut prononcer à l'encontre d'un contrat inexécuté, le principe d'irrévocabilité, comme le principe d'intangibilité, s'imposaient à lui de façon absolue ».

¹¹⁰³ L'atteinte à la force obligatoire du contrat peut être critiquée en ce qu'elle entraîne une perte de confiance des créanciers. J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 : « Toute restriction à la force obligatoire du contrat diminue la confiance du créancier et porte atteinte au crédit dont dépendent de nombreuses opérations d'une utilité sociale incontestable ».

¹¹⁰⁴ Ce qui explique peut-être que la règle légale de proportionnalité du cautionnement ait été instaurée dans le code de la consommation. Cet emplacement est néanmoins critiquable dès lors que la règle est applicable de manière générale à l'ensemble des cautions personnes physiques.

¹¹⁰⁵ L'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose d'ailleurs rapatrier la règle de proportionnalité des cautionnements au sein du Code civil. En effet, selon l'avant-projet, la règle devra être prévue par l'article 2301 du Code civil.

force obligatoire des contrats peut également être assortis d'exceptions. De telles exceptions existent notamment dans des hypothèses dans lesquelles une partie abuse de sa position de force pour imposer des conditions rigoureuses à son cocontractant¹¹⁰⁶ ou dans lesquelles l'accord des parties est trop rigoureux pour l'une d'entre elles¹¹⁰⁷. Une atteinte au principe de la force obligatoire des conventions a été admise à l'occasion de l'instauration de la règle de proportionnalité du cautionnement¹¹⁰⁸. Bien qu'elle doive rester strictement encadrée, cette atteinte doit selon nous être étendue à l'ensemble des sûretés consenties pour autrui¹¹⁰⁹. Ainsi, le principe de la force obligatoire des conventions peut recevoir des exceptions. L'admission récente de la révision du contrat pour imprévision invite à penser que le droit évolue dans le sens d'une plus large admission de l'intervention du juge pour rééquilibrer les contrats¹¹¹⁰. Évidemment l'hypothèse de l'imprévision est différente de celle de la règle de proportionnalité soutenue. En effet, la disproportion devra être sanctionnée quelle que soit sa date d'apparition. Par suite, dans les hypothèses dans lesquelles la disproportion aura existé dès la constitution des sûretés, aucun changement de circonstances ne sera à l'origine de la révision du contrat par le juge. Néanmoins, ces deux règles peuvent être rapprochées en ce qu'elles admettent une intervention du juge pour modifier le contrat et ce dans le but de protéger l'une des parties. De même, l'article 1171 du Code civil prévoit en son alinéa premier que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non

¹¹⁰⁶ Le juge peut réévaluer les clauses pénales excessives ou dérisoires : art. 1231-5 al. 2 c. civ. : « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ». Dans les contrats entre professionnels et non-professionnels il peut également déclarer non écrites les clauses abusives : art. L. 212-1, L. 212-2 et L. 241-1 c. consom. Selon le premier alinéa de ce dernier article : « Les clauses abusives sont réputées non écrites ».

¹¹⁰⁷ Le juge peut accorder des délais de grâce au débiteur qui ne parvient pas à exécuter son obligation selon les termes prévus au contrat. art. 1343-5 c. civ.

¹¹⁰⁸ L'actuel article L. 332-1 du Code de la consommation prévoit en effet que le créancier ne peut se prévaloir du cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution. Dès lors que la disproportion est sanctionnée par la déchéance des droits du créancier, la règle porte atteinte au principe de la force obligatoires des conventions. Ce principe sera également atteint par la règle de proportionnalité remaniée par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés. En effet, le nouvel article relatif à la proportionnalité des cautionnements prévoit que les cautionnements disproportionnés pourront être judiciairement réduits. Art. 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ».

¹¹⁰⁹ v. le second titre de la première partie de cette étude.

¹¹¹⁰ Sur le mécanisme de l'imprévision récemment instauré en droit français : v. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2019/2020, p. 114 et s., n° 125.50 et s. ; R. Boffa, « La révision et la résiliation pour imprévision », Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016, *Loyers et Copropriété* n° 10, Octobre 2016, dossier 12 ; H. Barbier, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », *RTD civ.* 2017, p. 387 ; M. Mekki, « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP éd. N*, n° 3, 20 janvier 2017, act. 155 ; Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avr. 2016, p. 30 ; T. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* juin 2016, n° 2, p. 373.

écrite ». Cette règle s'inscrit évidemment contre la force obligatoire des contrats et est néanmoins insérée au sein du Code civil¹¹¹¹. Ainsi, la règle de proportionnalité des sûretés ne serait pas la première à porter atteinte au principe de la force obligatoire des conventions. Il convient néanmoins de s'assurer qu'une telle atteinte apparaîtrait justifiée. L'existence de règles faisant exception au principe de la force obligatoire des conventions ne suffit pas à justifier l'instauration d'une nouvelle règle. Un tel raisonnement permettrait de justifier toutes les atteintes à ce principe et conduirait à en réduire la portée. Ainsi, il apparaît nécessaire de concilier d'une part les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats et d'autre part l'instauration d'une règle de proportionnalité.

B. La justification de l'instauration d'une règle de proportionnalité

566. Conciliation de la règle de proportionnalité et des principes du droit des obligations. Dès lors que l'atteinte portée par la règle de proportionnalité aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des conventions est inévitable, il convient de se demander si ces atteintes peuvent être justifiées. Le recours à la théorie de l'utile et du juste permettra de justifier l'atteinte portée à ces principes par la règle de proportionnalité¹¹¹². En effet, selon cette théorie, les caractères utile et juste d'une convention justifient qu'elle accède à la force obligatoire des conventions. Par suite, dès lors qu'une convention inutile et injuste a été conclue, elle ne bénéficie pas de la force obligatoire des conventions. Ainsi, aucune contradiction ne pourra être relevée entre d'une part la liberté contractuelle et la force obligatoire des conventions et d'autre part l'exigence de proportionnalité dès lors que le contrat donnant naissance à des sûretés disproportionnées n'est ni utile ni juste. La prise de sûretés disproportionnées n'apparaît pas utile, de sorte que la convention donnant naissance à des sûretés disproportionnées pourra être qualifiée d'inutile¹¹¹³. La forme de déséquilibre résultant d'un contrat faisant naître des sûretés disproportionnées implique également nécessairement qu'un tel contrat puisse être qualifié d'injuste. Dès lors que le contrat faisant naître des sûretés disproportionnées n'est ni utile, ni

¹¹¹¹ Si elle appartient au droit commun cette règle est toutefois réservée aux contrats d'adhésion et ne peut porter que sur des clauses non négociées par les parties.

¹¹¹² Selon la théorie de l'utile et du juste développée par J. Ghestin, « le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner » et « le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste ». De sorte que la force obligatoire n'est attachée au contrat que « parce qu'il est utile et à condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à la justice contractuelle ». Précisément, le contrat sera dépourvu de force obligatoire dans l'hypothèse « d'un déséquilibre excessif entre les prestations » ou si « l'une des parties n'a pas été en situation d'apprécier ou de défendre normalement ses intérêts ». Selon l'auteur, dans ces hypothèses l'intervention des pouvoirs publics apparaîtrait justifiée. J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

¹¹¹³ La proportionnalité des sûretés sera en effet rapprochée de l'utilité des sûretés : v. n° 688 et s.

juste, sa conclusion peut être interdite par une règle sans que le principe de la liberté contractuelle soit atteint. De la même façon, dès lors que le contrat faisant naître des sûretés disproportionnées n'est ni utile, ni juste, ce contrat ne peut accéder à la force obligatoire des conventions. Ainsi finalement, les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des conventions ne seraient pas réellement atteints par la règle de proportionnalité des sûretés dès lors que les conventions faisant naître des sûretés disproportionnées se trouveraient hors du champ d'application de ces principes.

567. Méthode de justification de l'atteinte à la liberté contractuelle. La conciliation de la règle de proportionnalité des sûretés avec les principes de la force obligatoire des conventions et de la liberté contractuelle repose entièrement sur la théorie de l'utile et du juste. Elle ne pourra dès lors convaincre que les adhérents de cette théorie. Une autre justification permet d'accepter que la règle de proportionnalité porte atteinte à ce principe. Néanmoins, avant d'exposer cette justification, il convient de rappeler que le législateur peut porter atteinte à la liberté contractuelle. En effet, bien qu'elle soit devenue une « règle contractuelle fondamentale »¹¹¹⁴, le législateur peut y porter atteinte en application de l'article 34 de la Constitution¹¹¹⁵. Afin de justifier cette atteinte, il est possible de recourir à la méthode employée par le juge constitutionnel lorsqu'il vérifie la constitutionnalité d'une loi portant atteinte à un principe constitutionnel ou par les juridictions du fond lorsqu'elles contrôlent la conventionnalité d'une loi¹¹¹⁶. Cette méthode consiste à vérifier d'une part que l'atteinte au principe supérieur défendu est justifiée par un motif d'intérêt général et à vérifier d'autre part que cette atteinte apparaît proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi¹¹¹⁷.

568. Atteinte justifiée au principe de la liberté contractuelle. Il convient de vérifier que l'atteinte portée à la liberté contractuelle est justifiée par un motif d'intérêt général. De ce point de vue, il semble que la règle de proportionnalité des sûretés doive être admise au sein des règles faisant exceptions au principe de la liberté contractuelle. Les parties ne seraient guidées dans la rédaction de leur convention que dans le but d'éviter que le crédit des constituants soit gaspillé. La justification de l'atteinte portée à la liberté contractuelle repose d'autre part sur la démonstration selon laquelle la règle proposée est proportionnée au but poursuivi. Là encore,

¹¹¹⁴ Expression de A. Marais, « Droits fondamentaux », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511, n° 121.

¹¹¹⁵ En ce sens, *Ibid, loc. cit.*

¹¹¹⁶ Cette méthode mérite d'être suivie dès lors que la liberté contractuelle a été constitutionnalisée : décision n° 2013-672. DC. v. *Ibid, loc. cit.*

¹¹¹⁷ En ce sens : *Ibid, loc. cit.*, spéc. p. 513.

la règle de proportionnalité semble devoir être admise. En effet, il est impossible d'œuvrer en faveur de l'équilibre des conventions sans porter atteinte au principe de la liberté contractuelle. Naturellement, le contractant en position de force pourra imposer des clauses qui lui seront favorables. Seule la limitation du pouvoir du créancier résultant de la liberté contractuelle permet de donner à son cocontractant une chance de faire respecter ses intérêts. Concrètement, en matière de conventions faisant naître des sûretés, il est impératif de porter atteinte à la liberté contractuelle pour pouvoir envisager de protéger le constituant et précisément sa capacité à obtenir des crédits. Ainsi, le moyen utilisé pour parvenir à protéger le crédit du constituant ne pourrait pas être moins contraignant pour la liberté contractuelle. En outre, l'atteinte à la liberté contractuelle n'est pas totale. Seule serait atteinte par la règle de proportionnalité des sûretés, la liberté pour les parties de déterminer librement le contenu de leur contrat, ce qui constitue l'un des trois aspects de la liberté contractuelle¹¹¹⁸. En outre, le contenu du contrat ne serait pas imposé aux parties, seule une limite serait instaurée et viendrait brider la volonté des parties de constituer des sûretés conventionnelles disproportionnées. Ainsi, la règle envisagée ne porte pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté contractuelle. Par ailleurs, il est possible d'observer que les limitations apportées par le législateur à la liberté contractuelle sont rarement sanctionnées comme portant atteinte à la constitution¹¹¹⁹. Il en résulte que l'exception portée par la règle de proportionnalité au principe de la liberté contractuelle devrait être admise sans difficulté. Doit également être justifiée, l'atteinte portée au principe de la force obligatoire des conventions.

569. Atteinte justifiée au principe de la force obligatoire des contrats. La force obligatoire des contrats n'a pas été érigée en liberté fondamentale¹¹²⁰. Il est néanmoins possible d'avoir recours à la méthode du conseil constitutionnel pour vérifier que l'atteinte à ce principe peut être tolérée. Ainsi, dès lors que la règle de proportionnalité poursuit un motif d'intérêt général consistant à

¹¹¹⁸ Sur les trois aspects de la liberté contractuelle : art. 1102 c. civ. : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

¹¹¹⁹ En ce sens : C. Pérès, « liberté contractuelle », in *Dictionnaire du contrat*, D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), LGDJ, 2018, spéc. p. 718 et 719. L'auteur explique que l'évolution de l'ordre public justifie des atteintes de plus en plus nombreuses et diversifiées à la liberté contractuelle : « L'impression d'ensemble qui se dégage de l'évolution contemporaine est celle d'une nette régression de la liberté contractuelle de droit commun sous l'effet de la multiplication des statuts spéciaux (les différents baux en sont un bon exemple) dans le but le plus souvent de protéger un contractant présumé faible et incapable d'assurer, sa liberté étant purement théorique, la défense de ses intérêts ».

¹¹²⁰ Ce principe est néanmoins prévu par de nombreux textes de droit interne, international et européen : art. 1103 c. civ., art. 13 des principes Unidroit applicables aux contrats du commerce international, art. 6 :111 des principes du droit européen des contrats, art. 42 du projet de Code européen des contrats et art. III.-1 :100 du projet de Cadre commun de référence.

éviter le gaspillage du crédit des constituants, il convient de s'assurer que l'atteinte portée par la règle de proportionnalité au principe de la force obligatoire des conventions apparaît proportionnée à la finalité de la règle. La sanction de la réduction des sûretés disproportionnées sera retenue puisqu'elle est la seule qui permette que cette finalité soit atteinte¹¹²¹. Ainsi, l'atteinte au principe de la force obligatoire des conventions est nécessaire pour que le crédit du constituant soit protégé. Les nombreuses limites au pouvoir de réduction des juges circonscissent l'atteinte portée au principe de la force obligatoire des conventions. Elles en font une atteinte mesurée qui peut être tolérée. En effet, l'atteinte à la force obligatoire des conventions ne sera concrétisée qu'en présence de disproportions manifestes et en l'absence d'accord des parties pour organiser la réduction des sûretés¹¹²². Ainsi, l'atteinte mesurée à la force obligatoire des conventions n'apparaît pas disproportionnée par rapport à la finalité de protection du crédit du constituant. Il en résulte que l'atteinte portée au principe de la force obligatoire des conventions doit être tolérée.

570. Admission de la règle de proportionnalité applicable à toutes les sûretés. En définitive, la règle de proportionnalité proposée échappe aux critiques relatives aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des conventions. Ces obstacles propres aux sûretés conventionnelles n'apparaissent finalement pas dirimants. Il en résulte que les sûretés conventionnelles comme les autres pourront être soumises à la règle de proportionnalité des sûretés.

Conclusion du chapitre

Toutes les sûretés sont susceptibles d'être prises en compte dans le calcul de la proportionnalité. Sont donc concernées les sûretés réelles comme les sûretés personnelles. Parmi les sûretés réelles, aucune distinction ne sera faite entre les sûretés bien que certaines absorbent le crédit du constituant alors que d'autres permettent seulement au créancier de prendre rang de sorte que le bien grevé par ces sûretés peut encore être affecté en garantie par son propriétaire¹¹²³. Cette solution se justifie par le fait que ces dernières sûretés atteignent également la faculté du

¹¹²¹ Sur la sanction de la disproportion des sûretés offertes au créancier : v. n° 793 et s.

¹¹²² Sur le caractère manifeste de la disproportion v. n° 197. Sur la procédure menant au prononcé de la réduction v. n° 193.

¹¹²³ Ces deux catégories de sûretés réelles ont été présentées : v. n° 471 et s.

constituant à obtenir des crédits. En effet, le créancier obtenant ultérieurement une sûreté sur le même bien ne bénéficiera que d'une sûreté réelle de second rang. Il sera primé par le premier créancier de sorte que la seconde sûreté est moins fiable que la première. L'efficacité des sûretés réelles prises successivement sur un même bien est décroissante¹¹²⁴. Dès lors que toutes les sûretés réelles participent à l'absorption de la capacité du constituant à obtenir des sûretés, toutes devront être prises en compte dans l'appréciation de la proportionnalité.

Les sûretés personnelles seront également prises en compte dans le calcul de la proportionnalité. Il est possible d'observer qu'un cautionnement pris seul ne peut jamais être disproportionné au montant de la créance garantie dès lors que ce montant constitue le seuil maximum du montant de cette sûreté. Néanmoins, si plusieurs sûretés sont offertes au créancier le cautionnement dont il bénéficie peut participer à la disproportion. Ainsi, bien qu'il ne puisse être disproportionné s'il est envisagé seul, le cautionnement devra être pris en compte dans le calcul de la proportionnalité en cas de multiplicité des garanties obtenues par le créancier.

La garantie autonome ne connaît pas la même limite, elle pourra dès lors être disproportionnée y compris lorsqu'elle sera la seule sûreté offerte au créancier. L'étude des différentes situations dans lesquelles des garanties autonomes sont offertes a mis en évidence le fait que cette sûreté n'était pas adaptée lorsque le montant des créances garanties n'est pas déterminé au jour de la constitution de la sûreté. Dans de telles hypothèses, l'appréciation de la proportionnalité devra être réalisée en considération du montant prévisible de la créance. Cette solution apparaît indispensable notamment dans le domaine maritime, où la garantie offerte pour absence de connaissance pourra être d'un montant illimité sans pour autant être qualifiée de disproportionnée dès lors que le montant de la créance éventuelle pourrait être extrêmement important. Évaluée en considération du montant probable de la créance garantie, la proportionnalité sera nécessairement approximative. Ce manque de précision n'apparaît toutefois pas gênant dès lors que la règle de proportionnalité sera relayée par la sanction de l'appel abusif ou frauduleux du garant. Cette règle empêchera en effet le créancier d'obtenir un paiement par le garant qui soit manifestement supérieur au montant de la créance qui lui appartient.

Les lettres d'intention peuvent également participer au gaspillage du crédit du constituant. Pour que la règle de proportionnalité puisse remédier à cet inconvénient, il conviendra d'évaluer la

¹¹²⁴ Sur la démonstration de l'atteinte portée au crédit du constituant : v. n° 502 et s.

proportionnalité de la gêne ressentie par l'émetteur dans sa quête d'obtention de nouveaux crédits par rapport au montant de la dette garantie. Les obligations comportementales souscrites par les émetteurs de lettres d'intention sont extrêmement variées de sorte que certaines pourront à elles seules porter une atteinte disproportionnée à la capacité de l'émetteur à obtenir des crédits alors que d'autres seront sans impact. Ces dernières devront néanmoins être prises en compte dans le calcul de la proportionnalité si d'autres sûretés sont par ailleurs offertes au créancier. Dans cette hypothèse, l'existence de lettre d'intention pourra participer à la caractérisation d'une disproportion des garanties.

La prise en compte des sûretés personnelles dans l'appréciation de la proportionnalité implique de répondre à la question de savoir qui parmi le débiteur et le garant pourra invoquer la règle de proportionnalité. Les constituants des sûretés pourront évidemment invoquer la règle de proportionnalité dès lors qu'ils apparaissent comme les bénéficiaires évidents de la protection offerte par cette règle. Les constituants de sûretés pour autrui seront dès lors en mesure d'invoquer les deux règles de proportionnalité. À l'inverse, si le créancier bénéficie seulement de sûretés offertes par des tiers, le débiteur ne pourra se prévaloir de la règle de proportionnalité¹¹²⁵. Il pourrait être tenté d'invoquer cette règle dès lors qu'en pratique, l'octroi de sûretés personnelles disproportionnées peut porter atteinte à son crédit. En effet, les garants sollicités pour la garantie d'un premier crédit pourront refuser de garantir une nouvelle dette du débiteur. Ils seront par ailleurs moins fiables aux yeux des créanciers hésitant à octroyer de nouveaux crédits au débiteur. Pourtant, le débiteur ne pourra être à l'initiative d'une action fondée sur la règle de proportionnalité des sûretés dès lors qu'il ne dispose d'aucun droit à obtenir des sûretés personnelles de la part de tiers. En revanche, le débiteur pourra être autorisé à invoquer la règle de proportionnalité si la disproportion résulte de la combinaison de sûretés offertes au créancier par lui-même et par des tiers. Dans cette dernière hypothèse, les constituants de sûretés comme le débiteur auront la capacité pour agir¹¹²⁶. Si une seule personne est à l'origine de l'action, elle bénéficiera en priorité de la sanction de la disproportion. Si le débiteur agit aux côtés de garants, ces derniers bénéficieront en priorité des suites de l'application de la règle. Cette priorité se justifie par le fait que ces garants s'engagent de manière unilatérale alors que le débiteur aura offert une sûreté dans le but d'obtenir le crédit.

¹¹²⁵ Sur les questions relatives au bénéficiaire de la règle de proportionnalité : v. n° 539 et s.

¹¹²⁶ Sur les règles de priorités des actions du débiteur et des constituants de sûretés pour autrui : v. n° 549 et s.

Toutes les sûretés sont susceptibles de participer à la disproportion quelle que soit leur nature mais également quelle que soit leur source. Ainsi, aucune distinction ne doit être faite entre les sûretés légales, judiciaires et conventionnelles. L'observation des règles de proportionnalité existantes en matière de sûretés aurait pu conduire à penser que les sûretés conventionnelles devaient être préservées de la possibilité d'une intervention. Pourtant, il est possible de considérer que le législateur a prévu la réduction des sûretés disproportionnées spécifiquement en matière de sûretés judiciaires et légales parce que ces différentes sûretés bénéficient au créancier sans que le constituant ait pu l'orienter sur le choix de sûretés de son choix¹¹²⁷. Cette analyse conduit à assimiler les sûretés conventionnelles offertes au sein de contrats d'adhésion aux sûretés légales et judiciaires. En effet, dans l'ensemble de ces hypothèses, aucune négociation entre les parties n'a permis au constituant de participer au choix des sûretés. Ainsi, les sûretés conventionnelles constituées au sein de contrats d'adhésion devraient être prises en compte dans l'appréciation de la proportionnalité. Il semble toutefois qu'il faille aller plus loin. La finalité de protection des constituants contre l'atteinte à leur crédit implique que toutes les sûretés soient prises en considération dans l'appréciation de la proportionnalité quelle que soit leur source.

La règle de proportionnalité s'applique aux sûretés conventionnelles. En conséquence, il faut admettre qu'elle porte atteinte d'une part à la liberté contractuelle des parties et d'autre part à la force obligatoire des contrats¹¹²⁸. Ces atteintes doivent être tolérées dès lors qu'elles apparaissent proportionnées à la finalité de la règle de proportionnalité.

¹¹²⁷ Sur l'interprétation proposée de l'existence de règle de proportionnalité spécifiques : v. n° 554 et s.

¹¹²⁸ Sur l'atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire des contrats : v. n° 563 et s.

Chapitre 2

La généralité de l'application de la règle de proportionnalité

571.**Généralité de la règle.** Toutes les sûretés seront potentiellement soumises à la règle de proportionnalité. Cette règle s'appliquera tant aux sûretés réelles qu'aux sûretés personnelles et quelle que soit la source des sûretés dont bénéficie le créancier. Le caractère général de l'application de la règle de proportionnalité ne s'arrête pas là. En effet, il convient de préciser d'une part que toutes les sûretés offertes à un créancier devront être considérées ensemble pour que soit appréciée la proportionnalité (section 1) et d'autre part que tous les constituants pourront en bénéficier, à la seule condition d'être de bonne foi. Ainsi la règle de proportionnalité est également générale quant à son champ d'application personnel (section 2).

Section 1 : L'application de la règle aux sûretés considérées ensemble

572.**Octroi de sûretés multiples.** L'étude de chaque sûreté a permis de s'assurer que toutes les sûretés pouvaient être concernées par la règle de proportionnalité. En effet, l'octroi d'une sûreté a toujours des conséquences sur le crédit. L'offre d'une sûreté réelle à un créancier empêche de proposer une sûreté identique et de même rang à un autre créancier. L'octroi d'une sûreté personnelle grève le patrimoine du garant ce qui réduit ses chances d'obtenir des crédits. Ainsi, certaines sûretés ne peuvent apparaître disproportionnées lorsqu'elles sont seules offertes au créancier. Toutefois, l'octroi de chaque sûreté peut avoir des conséquences sur le crédit du constituant. Il convient d'observer que généralement en pratique, les créanciers ne se contentent pas d'une sûreté unique. Dès qu'ils le peuvent, les créanciers exigent que leur soient octroyées plusieurs sûretés. En pratique, ils obtiennent autant de sûretés que possible.

573.**Absence de distinction entre les sûretés et les garanties de paiement.** Au-delà des sûretés, il semblerait cohérent que la règle de proportionnalité soit appliquée à l'ensemble des garanties

prises par un créancier en contrepartie d'un crédit¹¹²⁹. Il semble en effet qu'il ne serait pas juste de prendre en compte seulement les sûretés *stricto sensu* pour s'assurer par le biais de la règle de proportionnalité que le créancier n'obtient pas une garantie excessive du remboursement de sa créance. L'ensemble des garanties doit être concernée par cette règle dès lors que les garanties de paiement comme les sûretés *stricto sensu* permettent au constituant d'obtenir des crédits et que par suite, leur gaspillage porte atteinte à la capacité du constituant à obtenir des crédits. Les garanties de paiement et les sûretés *stricto sensu* ne seront cependant pas traitées de la même manière au regard de la sanction de la règle de proportionnalité.

574.Soumission de toutes les garanties à l'exigence de proportionnalité. Toutes les sûretés et garanties offertes à un créancier en contrepartie d'un concours doivent être prises en considération pour apprécier la proportionnalité. Ce choix devra être expliqué. Il pourra ensuite être conforté par l'observation d'une règle propre au droit des procédures collectives invitant également à apprécier de manière générale la proportionnalité des sûretés offertes à un créancier (§ 1). Les conséquences du choix de l'applicabilité de la règle de proportionnalité à l'ensemble des sûretés et garanties de paiement doivent également être anticipées. En particulier, l'appréciation globale des garanties et des sûretés imposera de justifier le choix de leur distinction concernant la sanction de la disproportion. Par ailleurs, l'application de la règle aux garanties de paiement impliquera d'envisager le sort de certaines garanties particulières qui en raison de leurs techniques ne semblent pas pouvoir être soumises à l'exigence de proportionnalité. Sera étudiée en particulier l'applicabilité de la règle de proportionnalité au droit de rétention ainsi qu'aux sûretés négatives (§ 2).

§ 1 : L'appréciation de la proportionnalité au regard de l'ensemble des garanties

575.Impact global des sûretés disproportionnées sur la situation du débiteur. Quelle que soit la nature des sûretés ou garanties prises par un créancier, ces sûretés et garanties entament le crédit du débiteur. Ainsi, dès lors que ces sûretés et garanties sont disproportionnées au montant garanti, elles entament de manière injustifiée le crédit du débiteur. Ce constat explique que la règle de proportionnalité doive concerner toutes les sûretés et garanties de paiement. Il est par ailleurs possible de constater que la disproportion entre les garanties offertes au créancier et le crédit consenti résulte fréquemment du cumul des garanties obtenues par le créancier. Cette

¹¹²⁹ Le choix de l'établissement d'une règle de proportionnalité applicable à l'ensemble des garanties de paiement et non seulement aux sûretés *stricto sensu* a été retenu par le législateur dans le domaine particulier de l'article L. 650-1 c. com.

donnée conduit à affirmer que toutes les sûretés et garanties doivent être considérées ensemble pour que la disproportion puisse être appréciée. Le choix de l'appréciation de la proportionnalité de l'ensemble des sûretés et garanties prises par un créancier pourra ainsi être justifié (I). Les conséquences de ce choix devront également être envisagées (II).

I. La justification de l'appréciation globale de la proportionnalité

576. Disproportion pouvant résulter d'une sûreté unique. La finalité de l'exigence de proportionnalité implique que toutes les sûretés prises par un créancier en garantie du crédit qu'il octroie à un débiteur soient évaluées ensemble. L'exigence de proportionnalité a pour but de protéger le crédit du constituant de sûretés¹¹³⁰. Or l'atteinte au crédit du constituant peut avoir deux origines. Elle peut résulter de la prise d'une sûreté qui en elle-même est disproportionnée au crédit garanti. Tel pourra être le cas en présence d'une garantie autonome ou d'une lettre d'intention concernant les sûretés personnelles. Tel pourra encore être le cas d'une sûreté réelle absorbant le crédit du constituant lorsque la sûreté aura été offerte sur un bien dont la valeur est disproportionnée par rapport au montant de la créance garantie. Dans cette hypothèse, la sûreté prise suffit à elle seule à porter atteinte au crédit du constituant. Si une autre sûreté d'une valeur moins importante avait été consentie au créancier en lieu et place d'une sûreté disproportionnée, le constituant aurait été en mesure d'offrir une sûreté plus importante à un potentiel créancier ultérieur. En effet, à chaque fois que le débiteur est en mesure de consentir des sûretés, le fait de ne pas les offrir en garantie d'une créance lui permet de les préserver afin de se réserver la possibilité d'obtenir d'autres crédits. L'atteinte au crédit du constituant ne résulte pas nécessairement de la prise d'une sûreté unique dont la valeur est disproportionnée par rapport au crédit consenti, elle peut également résulter de la prise de multiples sûretés par le créancier.

577. Disproportion résultant du cumul de sûretés. Cette seconde hypothèse est courante. Il est réquent que les créanciers exigent plusieurs sûretés en contrepartie d'un crédit. En raison de cette pratique, il est indispensable d'appréhender la disproportion résultant de la prise de multiples sûretés. En effet, de nombreux créanciers ont exploité pleinement leur droit de se faire consentir des sûretés, la prise de sûretés sur chacun des biens de valeur du débiteur est une pratique qui a été qualifiée en doctrine de « coup du râteau » du créancier¹¹³¹. Cette dernière n'est pas aujourd'hui condamnée en tant que telle. Elle permet au créancier de multiplier les

¹¹³⁰ v. n° 461.

¹¹³¹ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 962, n° 1339 : pratique « qui consiste à prendre des sûretés sur le plus de biens de valeur encore disponibles du débiteur ».

chances de recouvrement de sa créance¹¹³². Si l'une des sûretés prises n'est pas efficace, le créancier fera réaliser une autre sûreté lui ayant été consentie¹¹³³. Cette pratique intéressante pour le créancier est évidemment contraignante pour le constituant dès lors que toutes les sûretés prises par l'un de ses créanciers ne pourront plus être offertes à d'éventuels créanciers ultérieurs¹¹³⁴. Ainsi, la pratique décrite porte atteinte au crédit du constituant.

578. Choix justifié de la prise en compte de toutes les sûretés. C'est parce que la disproportion ne résulte que rarement de la prise d'une sûreté unique disproportionnée, mais plus généralement du cumul des sûretés et garanties obtenues par le créancier, qu'il semble indispensable d'apprécier la proportionnalité des sûretés en évaluant ensemble toutes les garanties consenties à un créancier. Ainsi, la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés impose de retenir une appréciation de la proportionnalité de l'ensemble des sûretés et garanties prises. Le choix de la prise en compte de l'ensemble des sûretés est indispensable pour que la règle de proportionnalité soit utile. Si la proportionnalité des sûretés devait être évaluée sûreté par sûreté, seules les sûretés qui en elles-mêmes apparaissent disproportionnées pourraient entraîner la sanction du créancier. Ces hypothèses ne sont pas les plus fréquentes. Généralement, c'est le cumul des sûretés qui entraîne une disproportion. Pour limiter le pouvoir des créanciers d'exiger des sûretés en nombre, il est indispensable que la règle envisagée donne lieu à une appréciation de la proportionnalité de l'ensemble des sûretés offertes au créancier. Dès lors que l'on évalue la proportionnalité de l'ensemble des sûretés et garanties prises par un créancier, la multiplication des sûretés prises en contrepartie d'un crédit augmentera les chances de voir la prise de sûretés qualifiée de disproportionnée.

579. Point de vue du créancier. La prise en compte de toutes les sûretés et garanties offertes au créancier apparaît cohérente avec l'objet de la règle de proportionnalité. Dès lors qu'il convient de mettre en balance l'importance des garanties prises et le montant de la créance garantie, il

¹¹³² Toutefois le créancier disposant d'un cautionnement et d'autres garanties de paiement devra veiller à la conservation efficace de ses droits. À défaut, en application de l'art. 2314 c. civ., la caution pourrait se voir déchargée de son engagement à hauteur du préjudice subi par elle consistant dans l'affaiblissement de l'efficacité de son recours subrogatoire contre le débiteur principal. Cette règle instaure donc une contrainte pour le créancier bénéficiant de multiples garanties. Sur cette règle : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 285 et s., n° 382 et s.

¹¹³³ L'efficacité est définie par M. Bourassin dans sa thèse : « l'efficacité du droit se caractérise par l'adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part ». p. 17, n° 35 : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006. L'objectif poursuivi par les sûretés est de permettre le remboursement de la créance au créancier. Ainsi une sûreté offerte à un créancier est dite inefficace, si elle ne lui permet pas d'obtenir le remboursement de sa créance.

¹¹³⁴ Il est vrai que certaines sûretés autorisent l'inscription de plusieurs sûretés de même nature sur un même bien. Toutefois dans ces hypothèses, la sûreté postérieurement inscrite sera inscrite en rang inférieur et aura donc une valeur moindre. Tel est le cas par exemple des hypothèques en vertu de l'art. 2425 c. civ. et des gages sans dépossession en vertu de l'art. 2340 c. civ.

est nécessaire de prendre en compte toutes les garanties offertes au créancier en contrepartie du crédit. Ainsi, sont prises en compte toutes les sûretés et garanties dont bénéficie le créancier et non toutes les garanties offertes par un constituant. C'est le point de vue du créancier qui est adopté pour que toutes les garanties attachées à la créance puissent être prises en considération. L'adoption du point de vue du créancier justifie qu'ait été posée la question de la conciliation des différentes actions pouvant être engagées sur le fondement de la règle de proportionnalité¹¹³⁵. En effet, dès lors que toutes les garanties offertes au créancier sont prises en compte, la disproportion pourra parfois être soulevée par différents constituants. En somme, seule l'adoption du point de vue du créancier permet d'avoir une vue d'ensemble des différentes sûretés et garanties offertes en contrepartie du crédit.

580. Absence d'interdiction de prendre des sûretés multiples. Bien qu'il soit proposé que le cumul des sûretés soit pris en considération dans le calcul de la proportionnalité des sûretés, la règle envisagée n'aura pas pour effet d'interdire aux créanciers de prendre plusieurs sûretés. Il est indéniable qu'il est parfois utile pour le créancier de se faire consentir plusieurs sûretés. De cette manière, l'inefficacité de l'une des sûretés lui ayant été consentie au jour de sa réalisation ne laisse pas le créancier dépourvu de toute sûreté. Concrètement, une sûreté personnelle se révélera par exemple inefficace si le garant se trouve être dans l'incapacité de payer le créancier. Dans une telle hypothèse, le créancier qui aura pris soin d'obtenir deux sûretés personnelles consenties par des personnes distinctes pourra se retourner contre l'autre garant pour obtenir un paiement. Dès lors que l'efficacité des sûretés n'est pas absolue, le cumul des sûretés ne paraît pouvoir être critiqué en lui-même. La règle de proportionnalité des sûretés, bien qu'elle soit applicable à l'ensemble des sûretés offertes au créancier, ne porte pas atteinte au droit du créancier de se faire consentir plusieurs sûretés. Seule la caractérisation d'une disproportion manifeste entre l'ensemble des sûretés et garanties offertes au créancier et le montant du crédit consenti par lui donnera lieu à l'application de la règle de proportionnalité. Cette conception de la proportionnalité, considérée comme la proportionnalité de l'ensemble des garanties attachées à une créance, a déjà été retenue par le législateur dans l'article L. 650-1 du Code de commerce faisant intervenir l'outil de la proportionnalité des garanties. Cette règle de droit positif doit être étudiée bien qu'elle n'ait pas pour finalité de limiter la prise de sûretés, mais l'organisation de la sanction des créanciers coupables d'octroi de crédit fautif.

¹¹³⁵ Sur cette question v. n° 549 et s.

II. Une conception connue de la proportionnalité des garanties

581. **Identification et observation de la règle existante.** La proportionnalité doit être comprise comme la proportionnalité de l'ensemble des garanties de paiement obtenues par le créancier par rapport au montant de la créance garantie. Cette affirmation invite à comparer la règle envisagée et la règle posée à l'article L. 650-1 du Code de commerce qui retient la même conception de la proportionnalité des garanties. Dès lors que ces deux règles invitent à s'assurer de la proportionnalité de l'ensemble des garanties par rapport au crédit garanti, il convient de vérifier que les deux règles ne sont pas identiques et qu'elles ne peuvent être regroupées au sein d'une règle unique. En somme, il est important de distinguer ces deux règles (A). Une fois écarté le risque d'une confusion des deux règles ayant recours à la même conception de la proportionnalité des garanties, l'observation de la règle existante pourra permettre de mieux cerner les réalités concrètes de la disproportion (B).

A. La distinction des deux règles

582. **Règle de l'article L. 650-1 du Code de commerce**¹¹³⁶. En 2005, le législateur a eu recours à la notion de proportionnalité des garanties prises par les créanciers¹¹³⁷. À cette date, il a instauré une règle de non-responsabilité des établissements de crédit ayant consenti des crédits à des professionnels se trouvant par la suite placés en procédures collectives. Grâce à cette règle, les créanciers devaient se sentir rassurés et ne pas renoncer à consentir des crédits aux professionnels connaissant des difficultés. Bien qu'il ait pour but de rassurer les créanciers, le principe de non-responsabilité des établissements de crédit posé à l'article L. 650-1 a été assorti de trois exceptions. En vertu de cet article, il est en effet possible d'engager la responsabilité des établissements prêteurs lorsqu'ils se sont rendus coupables de fraude, d'immixtion caractérisée ou de prise de sûretés disproportionnées. C'est donc au stade des exceptions au

¹¹³⁶ Sur l'article L. 650-1 : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 458 et s., n° 641 et s. ; A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficultés*, p. 376 et s., n° 628 et s. ; D. Legeais, « Les concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP éd. E*, n° 42, oct. 2005, 1510 ; A. Martin-Serf, « Condition du caractère fautif des concours consentis en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises », *Rev. Proc. Coll.*, n° 6, nov. 2012, comm. 215 ; J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, p. 1743 ; V. Perruchot-Triboulet, « La responsabilité des créanciers », *RLDC*, n° 43, nov. 2007 ; G. Piette, « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC*, n° 28, juin 2006 ; D. Robine, « Article L. 650-1 du code de commerce et compétence juridictionnelle : un précieux, mais partiel, éclairage de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 2554.

¹¹³⁷ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Dans sa version initiale, l'article L. 650-1 disposait : « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles ».

principe de la non-responsabilité des établissements de crédit ayant accordé un prêt à un débiteur à l'encontre duquel est ultérieurement ouverte une procédure collective, qu'apparaît la notion de sûretés disproportionnées. Ainsi, la proportionnalité des sûretés prises conditionne le droit pour les établissements de crédit de se prévaloir de l'article L. 650-1 afin d'échapper à l'action en responsabilité qui pourrait être engagée à leur encontre.

583. Conceptions identiques de la proportionnalité des garanties. Dès lors que la disproportion des garanties prises constitue une exception au principe de non-responsabilité des établissements de crédit, se pose la question de savoir comment doit être évaluée la proportionnalité des garanties. L'évaluation de la proportionnalité des garanties prises par un créancier est conçue comme l'évaluation de la proportionnalité de toutes les sûretés et garanties offertes à un créancier considérées ensemble. Dans le cadre de l'application de cet article, lorsque la jurisprudence recherche une disproportion entre les garanties prises par le créancier et le crédit garanti, elle prend en compte l'ensemble des garanties octroyées au créancier en garantie du crédit fautif pour la comparer au montant du crédit garanti¹¹³⁸. La même conception de la proportionnalité est envisagée pour la règle de protection du crédit du constituant. Dès lors qu'une conception identique de la proportionnalité des garanties est retenue, il est intéressant de se demander si la règle de proportionnalité envisagée fera doublon avec cette règle existante. Il convient dès lors de s'assurer que la règle du Code de commerce ne permet pas d'ores et déjà de remplir la finalité visée par la règle proposée. Deux éléments permettent de s'assurer que la règle du Code de commerce et la règle envisagée ne seront pas redondantes. Il s'agit d'une part du fait que les deux règles poursuivent des finalités distinctes et d'autre part du fait que le domaine d'application de l'article L. 650-1 est restreint.

584. Finalité distincte. La règle posée à l'article L. 650-1 du Code de commerce et la règle de proportionnalité des sûretés poursuivent des finalités distinctes. En effet, bien qu'elle ait recours à l'outil de la proportionnalité des garanties, la règle de l'article L. 650-1 n'a pas pour finalité de limiter les garanties prises par un créancier. La proportionnalité intervient de manière incidente dans cet article. C'est seulement à titre d'exception que les créanciers ayant obtenu

¹¹³⁸ Cette prise en compte de l'ensemble des garanties offertes au créancier est induite par le texte selon lequel la responsabilité du créancier peut être engagée « si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ». Il est probable qu'en pratique la disproportion résulte souvent du cumul des garanties. En ce sens : P. Cagnoli, « Le créancier peut se prévaloir de l'article L. 650-1 du Code de commerce à l'encontre de la caution », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 1, janv. 2013, note sous CA Bordeaux, 2^e ch. civ., 20 juin 2012, RG n° 10/06196 : « C'est sans doute dans la combinaison des garanties que l'on caractérisera la disproportion, au sens de l'article L. 650-1, spécialement dans la multiplication des sûretés réelles consenties par le débiteur en garantie d'une même dette ».

des garanties disproportionnées se verront privés du principe de non-responsabilité pour octroi de crédit fautif. Il apparaît clairement que la règle a pour finalité de poser un principe de non-responsabilité des établissements de crédit. En instaurant cet article, le législateur de 2005 a eu pour but de rassurer les créanciers. Il semblait important d'inciter les établissements de crédit à prêter aux entreprises rencontrant des difficultés car ces dernières ont justement besoin de crédits pour tenter de relancer leur activité. Il a donc instauré un principe de non-responsabilité des établissements de crédit afin qu'ils ne craignent pas d'octroyer des prêts à des entreprises rencontrant des difficultés. Concrètement, la règle posée est rassurante pour les créanciers puisqu'ils se savent à l'abri. Ils ne pourront voir leur responsabilité engagée pour soutien abusif lorsqu'ils auront accepté de prêter des sommes à un débiteur qui finalement ne parvient pas à améliorer sa situation et se trouve placé en procédure collective. En édictant cette règle, le législateur considérait principalement la situation des entreprises demandant l'octroi de prêts dans le cadre de procédures de conciliation¹¹³⁹. Malgré la clarté de la finalité poursuivie par le législateur, le recours à la proportionnalité des garanties comme exception à la règle de non-responsabilité apparaît original¹¹⁴⁰. Il est dès lors possible de questionner le recours à cet outil. L'assimilation de la règle du Code de commerce à une règle de proportionnalité des sûretés est encouragée par la sanction spécifique à l'application de l'article L. 650-1 consistant dans la réduction possible des garanties prises.

585. Sanction du créancier par la réduction de ses sûretés. La sanction du créancier lorsque le principe de non-responsabilité est écarté, a pu faire penser que le législateur avait eu la volonté de poser une limite à la prise de garanties disproportionnées. En effet, l'octroi d'un crédit fautif par un établissement de crédit par ailleurs coupable de fraude, d'immixtion caractérisée ou de prise de garanties disproportionnées, fait encourir au créancier une sanction qui s'additionne à l'action en responsabilité pour soutien abusif. Précisément, les juges se voient offrir la possibilité de réduire les garanties prises par le créancier. La sanction consistant dans la

¹¹³⁹ En témoigne l'exposé des motifs de la loi qui justifie le principe de non-responsabilité pour soutien abusif par le fait que l'ensemble des créanciers du débiteur en procédure de conciliation ont connaissance de ses difficultés financières de sorte qu'ils ne peuvent se plaindre de l'apparence de solvabilité du débiteur : « Dans la procédure de conciliation, le financement de l'entreprise intervient dans le cadre de négociations au cours desquelles la situation est étudiée par toutes les parties. Dès lors qu'elles sont parfaitement informées, il n'apparaît pas raisonnable de leur conférer la même faculté qu'en droit commun d'invoquer à l'encontre de l'un des créanciers une faute née de l'apparence trompeuse de solvabilité conférée par l'octroi d'un financement. Il convient seulement de réserver la fraude ou le comportement manifestement abusif d'un créancier ».

¹¹⁴⁰ Contrairement à la fraude qui entrave de manière générale l'invocation d'avantages légaux comme le rappelle l'adage : *fraus omnia corrumpit*. Sur la fraude : J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préf. G. Marty, Dalloz 1957, spéc. p. 208 ; F. Dourmaux, *La notion de fraude en droit privé français*, thèse Paris, 2008 ; C.-É. Bucher, « Fraude », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 607 et s.

réduction des sûretés et garanties prises par le créancier semble mettre en avant le souhait du législateur de lutter contre la prise de garanties excessives par les créanciers¹¹⁴¹. Néanmoins, ce second volet de la sanction du créancier n'a été adopté qu'à l'occasion de la réforme du droit des procédures collectives opérée par l'ordonnance de 2008¹¹⁴². À l'origine, la double faute du créancier¹¹⁴³ entraînait la nullité automatique de toutes les garanties consenties au créancier en contrepartie du concours fautif¹¹⁴⁴. Or, si la sanction actuelle semble traduire la volonté du législateur de réduire les garanties prises en raison de leur disproportion, la perte de toutes les garanties, initialement retenue, n'implique pas la recherche d'une limite à la prise de garanties. La sanction initialement retenue était démesurée et dès lors injustifiée. Elle était d'ailleurs questionnée et critiquée par l'ensemble des auteurs de doctrine¹¹⁴⁵. Ces critiques ont incité le législateur à convertir la nullité automatique en réduction laissée à l'appréciation des juges. Le législateur de 2008 a donc instauré une règle pouvant entraîner la réduction des garanties qui n'existait pas lors de l'adoption du texte en 2005.

586. Sanction du créancier indépendante de la disproportion. En outre, la réduction des garanties offertes au créancier semble pouvoir être prononcée quelle qu'ait été le cas d'ouverture à la responsabilité du créancier. Que celui-ci se soit rendu coupable de fraude, d'immixtion caractérisée dans les affaires du débiteur ou de prise de garanties disproportionnées, le juge pourra décider de la réduction des garanties¹¹⁴⁶. Pourtant, cette sanction n'a de sens que si les

¹¹⁴¹ La pratique parle de « coup du râteau ». cf. J.-J. Ansault, « La prévention et la gestion du risque de faillite du débiteur », in *Les actes du colloque du 23 mai 2016 sur la prévention et la gestion des risques dans la vie des affaires*, Dr. et aff. n° 13, févr. 2016, 11 : « Cette technique consiste à prendre des sûretés sur le plus possible de biens de valeur encore disponibles du débiteur et ce, même si ce comportement a pour effet d'aggraver la situation de ce même débiteur ». Ont recours à cette pratique les créanciers prêtant à des débiteurs connaissant des difficultés. Craignant l'absence de remboursement, ces créanciers se rassurent en exigeant la constitution de sûretés sur l'ensemble des biens disponibles du débiteur.

¹¹⁴² Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹¹⁴³ Nous parlons de double faute dans la mesure où le créancier a d'une part octroyé un crédit fautif et s'est rendu coupable d'autre part soit d'une fraude, soit d'une immixtion caractérisée, soit d'avoir exigé des sûretés disproportionnées.

¹¹⁴⁴ Ancienne version de l'art. L. 650-1 al. 2 c. com. : « Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles ».

¹¹⁴⁵ Ph. Pétel, « Réformes législatives récentes et à venir du droit des sûretés », in Y. Picod et P. Crocq (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, coll. droit et procédures, 2006, p. 31 et s., spéc. p. 34, n° 47 : remarquant que la sanction retenue risquait de contredire la finalité du législateur de faciliter l'octroi de crédit aux entreprises en difficulté ; V. Forray « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce », *RTD com.* 2008, p. 661 : « Le juge devra trancher, obligé de composer avec des logiques fondamentalement différentes : la responsabilité est la conséquence d'un préjudice ; la nullité est la conséquence d'un défaut de formation de l'acte juridique. Le rapport hiérarchique qu'impose le texte entre les deux sanctions, l'une principale, l'autre accessoire n'est tout simplement pas tenable ».

¹¹⁴⁶ Art. L. 650-1 al. 2 : « Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ».

garanties prises sont disproportionnées¹¹⁴⁷. La sanction du créancier coupable de fraude ou d'immixtion caractérisée par la réduction des garanties prises semble inappropriée. Il est incohérent de faire de la réduction des sûretés une sanction générique simplement destinée à inciter les créanciers à s'abstenir de tout comportement répréhensible. Une telle sanction porte atteinte à l'efficacité des sûretés. Le fait que la réduction des garanties ne soit pas réservée aux hypothèses dans lesquelles a été caractérisée une prise de garanties disproportionnées démontre que le législateur n'a pas eu pour objectif de sanctionner spécifiquement l'excès dans la prise de garanties. Finalement, la possibilité offerte au juge de réduire les sûretés prises par les créanciers fautifs ne semble pas résulter de la volonté du législateur de sanctionner la prise de garanties disproportionnées¹¹⁴⁸. Si le législateur avait été animé de cette volonté, il n'aurait pas initialement prévu l'annulation automatique de l'ensemble des garanties prises par ces créanciers¹¹⁴⁹. Il n'aurait pas davantage admis que cette sanction puisse frapper les créanciers coupables de fraude ou d'immixtion caractérisée. Cette étude de la règle prévue à l'article L. 650-1 du Code de commerce démontre que la volonté du législateur n'a pas été de sanctionner spécifiquement la prise de garanties disproportionnées.

587. Hypothèse de la sanction de l'octroi de crédit en considération des garanties. Reste que l'octroi d'un crédit fautif permet d'engager la responsabilité de l'établissement de crédit et d'obtenir la diminution des sûretés si celles-ci sont disproportionnées au crédit consenti. Cette

¹¹⁴⁷ Un auteur considérait d'ailleurs que cette sanction ne pouvait être prononcée qu'en cas de prise de garanties disproportionnées par rapport au crédit consenti : A.-F. Zattara-Gros, « Des responsabilités et des sanctions », *LPA*, n° spécial, 9 févr. 2006, n° 29, p. 52 ; D'autres auteurs ont critiqué la solution légalement retenue : Ph. Pétel, « Réformes législatives récentes et à venir du droit des sûretés », in Y. Picod et P. Crocq (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, coll. droit et procédures, 2006, p. 31 et s., spéc. p. 33, n° 46. L'auteur affirme être tenté de réserver la sanction de l'annulation des garanties prises par le créancier à l'hypothèse de la prise de sûretés disproportionnées, mais reconnaît que la lettre du texte ne semble pas le permettre ; *contra* : P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034 : qui craint que le caractère facultatif de la nullité et de la réduction des garanties n'incite les juges à ne prononcer cette seconde sanction que lorsque les garanties prises seront disproportionnées. L'auteur parle d'un « retour en arrière dans le domaine notionnel, ayant pour effet d'exclure ce type de sanction en cas de fraude ou d'immixtion - alors même que ces comportements fautifs peuvent permettre au prêteur de s'arroger des garanties illégitimes - et de le réserver à la disproportion des garanties ».

¹¹⁴⁸ En sens contraire v. P. Cagnoli, « Le créancier peut se prévaloir de l'article L. 650-1 du Code de commerce à l'encontre de la caution », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 1, janv. 2013 : « Ce que sanctionne l'article L. 650-1 du Code de commerce, c'est une utilisation intempestive d'une garantie, qui épuise le crédit d'un bien de façon inutile » ; V. Forray « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce », *RTD com.* 2008, p. 661 : « Moins que de protéger le garant, fonction classique de la disproportion, il s'agit d'éviter que l'entreprise voie ses actifs mobilisés pour garantir les concours bancaires » ; Ch. Gamaleu Kameni, « Les garanties excessives octroyées par un débiteur placé en procédure collective », *RLDA* n° 95, 1^{er} juill. 2014 : sans prétendre qu'il s'agit de la finalité de l'art. L. 650-1, l'auteur affirme que « le législateur a le souci de sauvegarder le débiteur en difficulté en préservant ses potentialités financières ».

¹¹⁴⁹ En ce sens et d'après le même constat : J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, p. 1743 : « dans le mécanisme de l'article L. 650-1, la nullité sanctionne la disproportion non pas directement, mais seulement au travers de la responsabilité du créancier ».

possibilité ne laisse pas transparaître clairement l'intention du législateur. Il est possible d'imaginer que le législateur ait cherché à sanctionner les établissements de crédit qui ont conscience des difficultés du débiteur, mais acceptent de lui octroyer du crédit en prenant soin de s'assurer qu'ils obtiendront le paiement de leurs créances grâce aux sûretés excessives consenties en contrepartie du crédit. Selon cette lecture, le législateur sanctionnerait les établissements de crédit qui, en conscience, octroient des crédits à des débiteurs qui ne seront probablement pas capables de faire face à leurs difficultés financières, tout en s'assurant de ne pas « couler » avec eux. Une lecture proche de celle-ci a été proposée par un praticien selon qui « l'article L. 650-1 du Code de commerce n'a en aucun cas pour objet d'instituer une règle visant à quantifier les garanties du crédit, mais tout simplement d'inciter la banque à dispenser un crédit de manière responsable, c'est-à-dire en tenant compte en tout premier lieu de l'aptitude qu'aura l'emprunteur à le rembourser »¹¹⁵⁰.

588. Sanction inefficace de l'aggravation des difficultés d'un débiteur. Il pourrait être envisagé que le législateur ait souhaité sanctionner les établissements de crédit qui, par leur prise de sûretés excessives, aggravent les difficultés financières rencontrées par un débiteur. Pourtant, une telle sanction est prononcée trop tard pour permettre au débiteur de se sortir de ses difficultés. En effet, l'article L. 650-1 ne peut être invoqué que lorsque le débiteur se trouve en procédure collective. De ce point de vue, la sanction initialement retenue de l'annulation de l'ensemble des garanties prises n'apparaissait pas plus efficace que la possibilité de réduction des garanties. Dès lors que le débiteur se trouve en procédure collective, l'annulation des garanties prises par le créancier ayant consenti un crédit fautif au débiteur ne permettra pas à ce dernier de surmonter ses difficultés. Ainsi, il est peu probable que le législateur ait souhaité sanctionner le créancier qui aurait aggravé les difficultés de son débiteur en exigeant des garanties disproportionnées.

589. Étude de l'exposé des motifs. Si plusieurs intentions peuvent être prêtées au législateur, aucune ne peut être désignée de manière certaine comme ayant motivé la rédaction de l'article étudié. La lecture de l'exposé des motifs de la loi de 2005 ne permet pas de connaître de manière plus précise les intentions du législateur¹¹⁵¹. La seule référence aux trois cas d'ouverture à la

¹¹⁵⁰ G. Ansaloni, « La responsabilité du banquier et les sûretés disproportionnées », *revue banque* n° 748, mai 2012, p. 52 et s.

¹¹⁵¹ L'exposé des motifs de la loi présente l'article L. 650-1 du c. com. comme une mesure d'incitation au soutien financier des débiteurs ayant recours à la procédure de conciliation : « Dans la procédure de conciliation, le financement de l'entreprise intervient dans le cadre de négociations au cours desquelles la situation est étudiée par toutes les parties. Dès lors qu'elles sont parfaitement informées, il n'apparaît pas raisonnable de leur conférer la

responsabilité des créanciers tient dans l'affirmation selon laquelle « il convient seulement de réserver la fraude ou le comportement manifestement abusif d'un créancier ». Cette affirmation semble simplement indiquer que le législateur a eu la volonté de sanctionner le créancier adoptant l'un des trois comportements décrits, sans indiquer les raisons pour lesquelles l'adoption de ces comportements devait ouvrir la possibilité pour les juges de sanctionner les créanciers. Il est dès lors peu probable que le législateur de 2005 ait eu pour première volonté de préserver le crédit du constituant.

590. **Sanction indirecte de la prise de sûretés disproportionnées.** Bien qu'en adoptant l'article L. 650-1 le législateur n'ait pas cherché à préserver le crédit du constituant, la règle sanctionne indirectement la prise de sûretés disproportionnées. Il en résulte que cette règle est de nature à inciter les créanciers qui acceptent de consentir des crédits à des débiteurs dont la solvabilité future est douteuse, à ne pas compenser le risque constitué par l'octroi de ces crédits par une prise de sûretés excessives. Cette règle semble dès lors intéressante, notamment en raison de son effet incitatif. Elle devrait permettre de diriger le comportement des créanciers en les incitant à prendre des sûretés mesurées lorsqu'ils octroient un crédit risqué. Ainsi, les créanciers ne pourront profiter de la particulière vulnérabilité des débiteurs connaissant des difficultés financières, pour obtenir des sûretés disproportionnées. S'ils s'y risquent, les créanciers pourraient à la fois voir engagée leur responsabilité en raison du crédit fautif octroyé et subir la réduction des garanties obtenues en contrepartie. Malgré cet effet incitatif en faveur d'une prise de sûretés mesurées, la règle n'a pas été édictée dans le but de limiter la prise de garanties. La finalité de la règle est de limiter la responsabilité des créanciers en cas d'octroi de crédit fautif. Cette finalité justifie que le domaine de la règle soit restreint.

591. **Domaine restreint de la sanction de la disproportion.** Dès lors que le législateur n'a pas eu pour objectif de lutter contre la prise de sûretés disproportionnées, il apparaît logique que la sanction instaurée par cet article soit circonstanciée. La règle a pour but d'éviter que la responsabilité du créancier puisse être engagée trop facilement de sorte qu'elle n'instaure pas

même faculté qu'en droit commun d'invoquer à l'encontre de l'un des créanciers une faute née de l'apparence trompeuse de solvabilité conférée par l'octroi d'un financement. Il convient seulement de réserver la fraude ou le comportement manifestement abusif d'un créancier ». Cet exposé des motifs ne correspond pas au texte retenu puisqu'il justifie le principe de non-responsabilité des créanciers pour soutien abusif lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de conciliation, alors que, finalement, ce principe ne s'applique pas lorsque le débiteur a eu recours à cette procédure. v. P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034 : la « logique [initiale] a été abandonnée au cours des travaux parlementaires ».

de sanction de la disproportion en elle-même¹¹⁵². Si la disproportion des garanties prises permet d'ouvrir la voie à l'engagement de la responsabilité du créancier, encore faut-il que le créancier se soit rendu coupable d'une faute à l'occasion de l'octroi du crédit. En effet, la Cour de cassation a précisé que la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées ne pouvaient être sanctionnées en elles-mêmes sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce¹¹⁵³. Les trois exceptions au principe d'irresponsabilité du créancier ne constituent que des cas d'ouverture permettant d'envisager la sanction du créancier, à condition que ce dernier se soit rendu coupable d'une faute lorsqu'il a octroyé un crédit au débiteur¹¹⁵⁴. Ainsi, la disproportion des garanties ne peut être sanctionnée en l'absence de faute dans l'octroi du crédit. En outre, seules les hypothèses dans lesquelles le débiteur s'est trouvé ultérieurement placé en procédure collective sont concernées par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Ainsi, dès lors que le débiteur reste *in bonis* malgré l'octroi d'un crédit fautif, il pourra engager la responsabilité de son créancier sans avoir à démontrer que ce dernier s'est rendu coupable de fraude, d'immixtion caractérisée ou d'obtention de garanties disproportionnées par rapport au crédit garanti.

592. Cohérence du domaine et de la finalité de l'article. Le domaine d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce est restreint de manière cohérente avec sa finalité. Il ne concerne que les cas dans lesquels les débiteurs font l'objet d'une procédure collective car l'objectif du législateur est de rassurer les créanciers hésitant à octroyer des prêts à des professionnels connaissant des difficultés. L'article ne concerne par ailleurs que les cas dans lesquels la responsabilité des créanciers aurait dû pouvoir être engagée dès lors que son objectif est de restreindre les cas d'engagement de la responsabilité des créanciers et non d'en ajouter. Cette cohérence entre le domaine d'application restreint de la règle posée à l'article L. 650-1 et sa finalité démontre que cette règle ne doit pas être confondue avec la règle de proportionnalité des sûretés proposée. Deux règles distinctes doivent être posées bien qu'elles fassent intervenir la même notion de proportionnalité des garanties par rapport au crédit consenti. En définitive, tant la finalité que le domaine d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce ont permis de démontrer que les deux règles faisant intervenir la notion de proportionnalité des

¹¹⁵² Contrairement à la règle de proportionnalité des sûretés proposée au sein de cette étude.

¹¹⁵³ Cass. com. 27 mars 2012, Bull. civ. IV n° 68 ; *D.* 2012, p. 1455, note R. Dammann ; *D.* 2012, p. 870, note A. Lienhard ; *JCP éd. E* 2012, II, n° 1274, note D. Legeais ; *RTD com.* 2012 p. 384, note D. Legeais ; *Defrénois* 30 mars 2013, n° 6, note S. Cabrillac ; *rev. sociétés*, 2012, p. 398, note. Ph. Roussel Galle ; *BJS* juin 2012, n° 6, p. 493, note Ph. Pétel.

¹¹⁵⁴ v. notamment : A. Martin-Serf, « Condition du caractère fautif des concours consentis en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises », *Rev. Proc. Coll.*, n° 6, nov. 2012, comm. 215.

garanties ne pourraient être confondues. Dès lors que tout risque de confusion entre la règle existante et la règle proposée a été écarté, la règle existante peut être observée en tant que règle permettant aux juges de se prononcer sur la proportionnalité des sûretés par rapport au crédit garanti.

B. La proportionnalité des garanties en jurisprudence

593. Étude de la jurisprudence relative à la prise de garanties disproportionnées. Le texte de l'article L. 650-1 du Code de commerce est potentiellement très intéressant puisqu'il instaure une règle de proportionnalité des garanties par rapport au crédit garanti. Bien que son domaine d'application soit limité aux cas dans lesquels le crédit octroyé au débiteur est fautif, l'étude du contentieux relatif à cet article devrait en théorie permettre d'observer les pratiques ayant été qualifiées de prises de garanties disproportionnées. Toutefois, malgré l'existence du contentieux relatif à l'article L. 650-1 du Code de commerce, rares sont les arrêts faisant apparaître la prise de garanties disproportionnées. L'étude d'un arrêt de 2012 est néanmoins intéressante¹¹⁵⁵. Dans cet arrêt, la Cour de cassation semble admettre la disproportion résultant du cumul d'un cautionnement à hauteur de 120 000 euros et d'un nantissement de bons de caisse d'une valeur de 200 000 euros en garantie d'un prêt de 200 000 euros¹¹⁵⁶. Il apparaît clairement que la disproportion résulte du cumul de ces deux sûretés dès lors que la prise de l'une ou de l'autre de ces sûretés n'aurait pas pu être qualifiée de disproportionnée par rapport au crédit consenti. D'une part, le cautionnement envisagé seul ne peut jamais être disproportionné au crédit consenti dès lors qu'il ne peut être consenti pour un montant supérieur à la créance garantie¹¹⁵⁷. La chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré cette solution dans un arrêt du 18 mai 2017¹¹⁵⁸. D'autre part, la sûreté réelle portant sur un bien d'une valeur équivalente au montant de la créance garantie ne pourrait à elle seule être qualifiée de garantie disproportionnée au crédit consenti. La Cour de cassation a donc incontestablement pris en

¹¹⁵⁵ Cass. com. 27 mars 2012, Bull. civ. IV n° 68 : *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2012 p. 384, note D. Legeais ; *Defrénois* 30 mars 2013, n° 6, note S. Cabrillac ; *rev. sociétés*, 2012, p. 398, note. Ph. Roussel Galle ; *BJS* juin 2012, n° 6, p. 493, note Ph. Pétel.

¹¹⁵⁶ Néanmoins la Cour de cassation n'a pas condamné l'établissement de crédit prêteur dès lors que le crédit octroyé ne présentait pas de caractère fautif. En effet, la non-responsabilité des établissements de crédit prévue à l'art. L. 650-1 c. com. ne peut être remise en cause que si d'une part le crédit octroyé présente un caractère fautif et si d'autre part, le créancier s'est rendu coupable de fraude, d'immixtion caractérisée dans les affaires du débiteur ou de prises de garanties disproportionnées.

¹¹⁵⁷ En application de l'art. 2290 al. 1 c. civ.

¹¹⁵⁸ Cass. com. 18 mai 2017, inédit n° 15-12338, *rev. proc. coll.* 2017, comm. 156, obs. A. Martin-Serf ; *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, n° 34, p. 74, obs. J. Lassere-Capdeville. Cette solution résulte logiquement du caractère accessoire renforcé du cautionnement : en ce sens : M. Bourasssin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 465, n° 653. Mettant en évidence le fait que le cautionnement, dès lors qu'il ne peut être consenti pour un montant excédant celui de la créance garantie, ne peut être qualifié de disproportionné par rapport à cette créance.

compte l'ensemble des garanties consenties pour apprécier leur proportionnalité par rapport à la créance garantie. Pourtant, une cour d'appel a précisé que toutes les garanties offertes à un créancier ne devaient pas toujours être prises en considération pour apprécier leur proportionnalité par rapport au crédit garanti. En effet, selon un arrêt rendu par la cour d'appel de Grenoble en 2014, lorsque l'une des garanties offertes au créancier est subsidiaire par rapport aux autres, elle ne doit pas être prise en considération¹¹⁵⁹. Pour cette cour d'appel, le rapport de subsidiarité existant entre les sûretés offertes au créancier justifie qu'elles ne soient pas simplement additionnées pour le calcul de la proportionnalité. Cette solution se justifie au regard de la nature particulière de la garantie présentant un caractère subsidiaire. Les garanties dites Oseo sont offertes dans le cadre du fonds national de garantie « renforcement de la trésorerie des petites et moyennes entreprises » et ne peuvent être mobilisées « que sous réserve de l'épuisement des voies de recours à l'encontre des autres garants »¹¹⁶⁰. La cour d'appel en déduit que cette garantie « ne peut être considérée comme s'ajoutant aux autres garanties »¹¹⁶¹. Ainsi, cette solution est justifiée en raison des caractéristiques de la garantie Oseo. Elle ne peut être généralisée à l'hypothèse de sûretés consenties par le débiteur ou par ses proches qui seraient conventionnellement dites subsidiaires par rapport à d'autres sûretés ou garanties consenties au même créancier. Un traitement particulier des garanties ou sûretés subsidiaires ne se justifierait pas au regard de la règle de proportionnalité des sûretés dès lors que l'atteinte au crédit du constituant est réelle, que la sûreté qu'il offre soit principale pour le créancier ou seulement subsidiaire au regard d'une autre sûreté garantissant la même créance.

594. **Jurisprudence pauvre.** L'étude de la jurisprudence faisant application de l'article L. 650-1 du Code de commerce n'apporte pas davantage de précision sur l'appréhension de la notion de garanties disproportionnées. Aucun arrêt de la Cour de cassation n'a confirmé la condamnation pour soutien abusif d'un créancier ayant obtenu des garanties disproportionnées. Les réflexions doctrinales prennent la forme d'hypothèses. Ces hypothèses sont néanmoins intéressantes

¹¹⁵⁹ CA Grenoble, 24 juin 2014. L'arrêt a été cassé sur un autre fondement : Cass. com. 7 juin 2016, inédit, n° 14-28164.

¹¹⁶⁰ Cf. CA Grenoble, 24 juin 2014 et Cass. com. 7 juin 2016, inédit, n° 14-28164. Sur la société Oséo, devenue « Banque publique » depuis la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 et également appelée « Bpifrance » : Ch. Albigès, « Détermination des prérogatives de la société Oséo », *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n° 78, p. 17 qui définit la société Oséo comme « un établissement public doté de missions d'intérêt général, en particulier pour contribuer au financement des petites et moyennes entreprises ou encore pour constituer, sous certaines conditions, des garanties personnelles destinées à limiter les risques pris par les établissements bancaires » ; L. Chang-Tung, « La mise en place de la Banque publique d'investissement », *AJDA* 2013, p. 2011 ; A. Cartier-Bresson, « Le support public du financement non bancaire des PME et ETI : la Banque publique d'investissement », *RD banc. et fin.*, n° 3, mai 2018 ; L. de Fournoux, « Intervention publique - La Banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique », *Droit administratif*, n° 7, juill. 2014, étude n° 12.

¹¹⁶¹ Cf. CA Grenoble, 24 juin 2014 et Cass. com. 7 juin 2016, inédit, n° 14-28164.

puisqu'elles reposent sur l'observation des pratiques. Un auteur met notamment en avant le fait que le cumul de diverses sûretés est usuel, de sorte qu'il ne devrait pas être systématiquement sanctionné sur le fondement de l'article L.650-1 du Code de commerce¹¹⁶². Cet auteur qualifie notamment de « banale » la prise de plusieurs cautionnements¹¹⁶³, de « fréquent » le cumul d'une sûreté réelle et d'une sûreté personnelle et enfin de « figure classique du droit des sûretés » la sûreté réelle pour autrui¹¹⁶⁴. Il est certain que le cumul de sûretés est en lui-même insuffisant pour faire apparaître une prise de garanties disproportionnées. Pour preuve, la Cour de cassation censure pour manque de base légale les arrêts dans lesquels les juges du fond ne précisent pas en quoi le cumul des garanties en présence permet de qualifier la prise de garanties de disproportionnée par rapport au crédit consenti¹¹⁶⁵. En revanche, la Cour de cassation n'a jamais précisé le critère permettant de retenir qu'une prise de garantie est disproportionnée par rapport au crédit consenti¹¹⁶⁶. Il est remarquable que la notion de fraude ait été définie en jurisprudence dans le cadre particulier de l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce¹¹⁶⁷, alors que les notions d'immixtion caractérisée du créancier dans les affaires du débiteur et de disproportion des garanties prises ne font l'objet d'aucune définition par la Cour de cassation¹¹⁶⁸. En réalité, la définition de la notion de disproportion ne fait pas défaut dès lors

¹¹⁶² P. Cagnoli, « Le créancier peut se prévaloir de l'article L. 650-1 du Code de commerce à l'encontre de la caution », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 1, janv. 2013, note sous CA Bordeaux, 2^e ch. civ., 20 juin 2012, RG n° 10/06196.

¹¹⁶³ Toutefois, en sens inverse : J.-L. Vallens, *Lamy Droit commercial* (Entreprises en difficulté), éd. Lamy, 2014, n° 4703. L'auteur estime que pourrait être jugée excessive la multiplicité de cautionnements accordés par un failli à un créancier.

¹¹⁶⁴ L'auteur précise à propos de la sûreté réelle pour autrui qu'elle n'augmente pas l'engagement de la caution. Il ajoute qu'« au pire, cela risque de gêner la caution dans la recherche de ses propres crédits » or l'article L. 650-1 c. com. ne traite pas de cette question. Toutefois, la règle de proportionnalité des sûretés proposée devra prendre en considération le tort causé à la caution puisque cette règle a pour finalité de protéger le crédit de tous les constituants de sûretés.

¹¹⁶⁵ Cass. com. 13 janv. 2015, inédit, n° 13-25360 ; *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n°78, p. 15, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

¹¹⁶⁶ Critiquant l'imprécision de la notion de garanties disproportionnées au sens de l'art. L. 650-1 : P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034 : « la clé de comparaison n'est pas définie par le texte. A cet égard, plusieurs questions se posent, parmi lesquelles notamment celle de savoir s'il faut additionner toutes les garanties et à quel moment, s'il ne faut tenir compte que du montant de l'engagement et non de la valeur de réalisation, si seul le déséquilibre excessif ou déraisonnable est sanctionnable, ce qui confère au juge un pouvoir d'appréciation, avec recours au besoin à un expert pour définir la mesure de la disproportion... ».

¹¹⁶⁷ Pour une définition de la fraude : Cass. com. 2 oct. 2012, inédit, n° 11-23213 : « en matière civile ou commerciale, ne se démarque guère de la fraude pénale et qu'il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive ».

¹¹⁶⁸ La notion d'immixtion caractérisée du créancier dans les affaires du débiteur a été définie par ailleurs comme : « l'hypothèse [...] dans laquelle le créancier acquiert la qualité de dirigeant de fait en participant activement à la gestion du débiteur en prenant seul des décisions importantes en son lieu et place » : rapport J.-J. Hyest n° 335 du 11 mai 2005, p. 442. Cette notion est en outre connue puisqu'elle « est l'élément qui permet de qualifier le banquier de dirigeant de fait d'une entreprise » : F. Pasqualini et G. Marain, « Responsabilité du banquier dispensateur de crédit de l'entreprise », *Rép. dr. com.*, fév. 2019, § 5, n° 142.

que cette notion est aisément compréhensible¹¹⁶⁹. Doivent être mis en balance les « concours » octroyés par les créanciers et l'ensemble des garanties prises par eux¹¹⁷⁰. Il est néanmoins regrettable que la jurisprudence n'ait pas eu davantage l'occasion de préciser cette notion. En effet, des précisions jurisprudentielles rendues sur le fondement de l'article L. 650-1 auraient pu être transposées à l'application de la règle de proportionnalité des sûretés ayant pour objectif de protéger le crédit du constituant. Une jurisprudence plus fournie aurait pu permettre de savoir quelles sûretés ou combinaisons de sûretés pourraient être qualifiées de disproportionnées.

595. Absence de précision jurisprudentielle de la prise de garanties disproportionnées. En définitive, l'existence d'une règle ayant recours à l'outil de la proportionnalité des garanties ne fait pas obstacle à l'instauration de la règle envisagée dès lors que les deux règles poursuivent des finalités distinctes et ne peuvent être confondues. Une telle règle de proportionnalité similaire invitait à penser que la conception de la proportionnalité retenue aurait été précisée en jurisprudence. Tel n'est pas le cas. Ainsi, l'étude de la jurisprudence relative à la règle existante n'a pas permis de préciser la notion de proportionnalité des garanties. En toute hypothèse, le choix de la proportionnalité de l'ensemble des garanties offertes à un créancier par rapport au crédit garanti a été justifié par la finalité de la règle de proportionnalité. Ce choix entraîne diverses conséquences qui doivent être envisagées.

§ 2 : Les conséquences de la prise en compte de toutes les garanties

596. Conséquences liées à la prise en compte de toutes les garanties de paiement. La finalité de la règle implique que la proportionnalité soit entendue comme celle de l'ensemble des garanties de paiement offertes au créancier. Cette conception implique de distinguer le sort des garanties de paiement et celui des sûretés *stricto sensu* au stade de la sanction de la disproportion. En effet, si toutes les garanties doivent être prises en considération pour apprécier la proportionnalité, la sanction de la disproportion sera réservée aux seules sûretés *stricto sensu* (I). Par ailleurs, l'inclusion des garanties de paiement au sens large dans l'appréciation de la

¹¹⁶⁹ En sens contraire : P. Hoang, « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034 : « la détermination des masses à comparer reste sujette à discussion ».

¹¹⁷⁰ La notion de concours comprend non seulement les crédits consentis mais également les délais de paiement : Cass. com. 16 oct. 2012, n° 11-22993, Bull. civ. IV, n° 186. ; *Gaz. Pal.* 19 janv. 2013, n° 019, note R. Routier ; *BJE* nov. 2012, n° 6, p. 379, note L. Le Mesle ; *Rev. des sociétés*, 2012, p. 730, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com.* 2012 p. 829, obs. D. Legeais.

proportionnalité invite à s'intéresser tout particulièrement au sort de certaines garanties qui semblent devoir échapper à l'application de la règle (II).

I. La sanction de la disproportion réservée aux sûretés stricto sensu

597. Justification et conséquences de la distinction. Afin de savoir si le créancier bénéficie de protections trop importantes par rapport au crédit qu'il consent, il est impératif d'adopter son point de vue et de prendre en considération l'ensemble des garanties et des sûretés *stricto sensu* dont il bénéficie. Néanmoins, la prise en compte de toutes les garanties de paiement n'implique pas que les garanties et les sûretés *stricto sensu* doivent être traitées de manière identique concernant l'application de la règle de proportionnalité. Si toutes doivent être prises en compte au stade de l'appréciation de la proportionnalité, seules les sûretés *stricto sensu* pourront être l'objet de la sanction de la disproportion. Cette différence de régime sera justifiée au regard des différences existant entre les sûretés et les garanties (A). Il en résulte d'une part qu'une garantie seule ne pourra être sanctionnée en raison de sa disproportion et d'autre part que la dénomination de la règle comme « règle de proportionnalité des sûretés » se trouve justifiée bien que toutes les garanties soient prises en compte lors de l'appréciation de la proportionnalité. Ces conséquences du sort distinct des sûretés et des garanties seront présentées (B).

A. La justification de la distinction des garanties et des sûretés

598. Prise en compte des garanties dans l'appréciation de la proportionnalité. Les garanties de paiement doivent être prises en compte dans l'appréciation de la proportionnalité au même titre que les sûretés *stricto sensu* dès lors qu'elles remplissent la même fonction¹¹⁷¹. Les garanties comme les sûretés permettent l'obtention de crédit. La finalité de la règle de proportionnalité se retrouve donc à l'identique en présence de sûretés et de garanties de paiement. Cette finalité commune invite donc à ne faire aucune distinction entre les sûretés et les garanties de paiement. Précisément, l'offre de garanties disproportionnées comme l'offre de sûretés disproportionnées gaspille inutilement les capacités du constituant à obtenir des crédits. Ainsi, la démonstration

¹¹⁷¹ Il est intéressant de noter que la définition fonctionnelle des sûretés ne permet pas de distinguer les sûretés des garanties. v. par exemple la définition retenue par le vocabulaire juridique Capitant : « Pour un créancier, garantie fournie par un personne, ou établie par la loi ou plus rarement résultant d'un jugement, pour l'exécution d'une obligation ; disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance, malgré l'insolvabilité du débiteur » G Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° sûreté sens 3. Un auteur affirme que la distinction entre sûretés et garanties est inutile : Ph. Simler, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (sous dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 85 s., spéc. p. 88 et 89 : « on recherche assez vainement l'intérêt de la distinction ».

de l'utilité de la règle peut être faite à l'identique en présence de sûretés ou de garanties de paiement.

599. Réduction impossible de certaines garanties. Se pose pourtant la question de savoir si la sanction de la disproportion pourra porter sur des garanties de paiement. À la différence des sûretés *stricto sensu*, les garanties de paiement peuvent remplir d'autres fonctions que celle de renforcer les chances de paiement du créancier¹¹⁷². Bien que la sanction de la règle de proportionnalité ne soit pas encore déterminée, il est possible d'imaginer à ce stade que le créancier ayant obtenu des sûretés disproportionnées perde une partie de ses sûretés, ou encore que les droits qu'il tire de ses sûretés soient temporairement paralysés¹¹⁷³. Une telle sanction pourrait-elle porter sur les garanties de paiement offertes au créancier ? La réponse à cette question n'est pas évidente. Certaines garanties ne pourraient être l'objet de sanction en ce qu'elles manquent d'autonomie. Ces garanties n'existent pas en elles-mêmes pour leur effet de garantie mais résultent de la technique du droit des obligations ou des contrats. Concrètement, la perte du caractère indivisible d'une dette par exemple, laquelle offre au créancier de meilleures chances d'être payé, apparaît inconcevable puisqu'elle porterait atteinte aux modalités de la créance et non seulement à l'un de ses accessoires¹¹⁷⁴. De la même façon un contrat de crédit-bail permet au crédit-bailleur de rester propriétaire du bien pendant toute la durée de la location. Le crédit-bailleur ne peut être privé de cet effet de garantie¹¹⁷⁵. L'effet de la garantie est inextricable du contrat de crédit-bail dès lors que l'effet de garantie du crédit-bail résulte de la technique de ce contrat. Le contrat de crédit-bail ne peut exister sans offrir de garantie au crédit-bailleur. Ainsi, la garantie bénéficiant au crédit-bailleur ne peut être réduite dès lors qu'il est impossible de modifier la nature du contrat conclu. Il serait notamment impossible de remplacer judiciairement un contrat de crédit-bail en contrat de vente afin de faire perdre au créancier la garantie dont il dispose. Ainsi, la garantie résultant du contrat de crédit-bail ne peut être ni réduite, ni anéantie. À l'image des garanties résultant du caractère

¹¹⁷² Ph. Simler, *op. cit.*, *loc. cit.* spéc. p. 89 : « Il existe indéniablement des techniques qui sont *par nature des sûretés*, en ce qu'elles ne peuvent avoir d'autres fonctions que celle-là : ce sont celles que chacun connaît et que désigne comme telles le Code civil depuis 2006 ».

¹¹⁷³ Sur la sanction de la proportionnalité : v. n° 765 et s. Précisément sur le choix entre la sanction de la réduction des sûretés prises et celle de la paralysie des droits du créancier : v. n° 793 et s.

¹¹⁷⁴ L'indivisibilité de la dette est visée par Ph. Simler au titre des garanties de paiement : Ph. Simler, *op. cit.*, *loc. cit.* spéc. p. 90.

¹¹⁷⁵ Sur le contrat de crédit-bail : K. Aimé Diaka, *Le crédit-bail mobilier dans les procédures collectives*, publiobook, 2014 ; O. Padé, *Le crédit-bail immobilier*, thèse Paris, 2000 ; Ph. Bletterie, *Le contrat de crédit-bail immobilier en droit français*, thèse Toulouse, 2003 ; E. Le Corre-Broly, *Crédit-bail mobilier et procédure collective : contribution à l'étude du contrat de crédit-bail mobilier en cas de redressement judiciaire du locataire*, thèse Lille, 1997 ; E.-M. Bey, « Le crédit-bail envisagé comme une sûreté », in *L'évolution des sûretés*, *Rev. jur. com.* 1982, p. 52 et s.

indivisible d'une créance ou de la technique du contrat de crédit-bail, de nombreuses garanties ne peuvent faire l'objet d'aucune réduction¹¹⁷⁶. Il en résulte que seules les sûretés *stricto sensu* pourront être réduites en application de la règle de proportionnalité des sûretés.

600. **Fonction unique des sûretés.** En outre, les sûretés ne sont utiles qu'en ce qu'elles permettent de renforcer les chances de paiement du créancier. Ainsi, dès lors que la prise de sûretés est manifestement disproportionnée, les sûretés excessives apparaissent inutiles puisque le crédit est d'ores et déjà suffisamment garanti. Le créancier ne devrait pas souffrir de la perte de ces sûretés dès lors que sa créance demeurera suffisamment garantie. Ce raisonnement est toutefois spécifique aux sûretés *stricto sensu* et ne peut être repris en matière de garantie. En effet, les garanties peuvent remplir une fonction différente de l'augmentation des chances de paiement du créancier. En de telles hypothèses, la perte des garanties en raison de la disproportion des sûretés et garanties prises n'apparaîtrait pas justifiée puisqu'elle ne ferait pas seulement perdre au créancier un outil lui permettant d'assurer le paiement de sa créance. En somme, seules les sûretés *stricto sensu* pourront être l'objet de la sanction de la disproportion. Deux conséquences résultent de ce constat.

B. Les conséquences de la distinction des garanties et des sûretés

601. **Absence de sanction des garanties disproportionnées.** Bien que les garanties et les sûretés soient prises en compte pour apprécier la proportionnalité, seules les sûretés pourront être l'objet de la sanction en cas de disproportion. Il en résulte nécessairement qu'aucune sanction ne pourra être prononcée en l'absence de sûretés *stricto sensu*. Ainsi, en l'absence de sûretés *stricto sensu*, la recherche d'une disproportion apparaîtra inutile. En effet, quelle que soit la réalité de la disproportion caractérisée, aucune sanction ne pourra porter sur les garanties de paiement dont bénéficie le créancier. Cet inconvénient ne peut être évité dès lors que les garanties de paiement ne peuvent être l'objet de la sanction de la disproportion. Si l'impossibilité de sanctionner la disproportion en l'absence de sûreté *stricto sensu* constitue une limite à la règle de proportionnalité, une exception sera néanmoins faite en présence de sûretés

¹¹⁷⁶ Le caractère indivisible d'une créance peut être perçu comme une garantie cf. Ph. Simler, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (sous dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 90. Cette garantie ne peut être réduite : il s'agit d'une caractéristique de la créance qui ne peut être quantifiée. De la même façon le contrat de crédit-bail ne peut faire l'objet d'aucune réduction. La transformation du contrat de crédit-bail en contrat de vente assorti d'une sûreté apparaîtrait comme hautement attentatoire aux volontés des parties. En effet, le contrat de crédit-bail n'est pas choisi uniquement pour la garantie qu'il offre au crédit-bailleur.

négatives¹¹⁷⁷. Cette exception s'explique par le fait que ces garanties n'ont pas d'autres finalités que d'augmenter les chances de paiement des créanciers, ce qui les rapproche de véritables sûretés. Cette exception apparaît rassurante dès lors que certaines sûretés négatives peuvent occasionner une gêne importante pour l'accès au crédit de leur constituant. En dépit de l'exception concernant les sûretés négatives, l'impossibilité de sanctionner la prise de garanties disproportionnées constitue un inconvénient de la règle de proportionnalité. Cet inconvénient permet néanmoins de justifier la dénomination retenue de « règle de proportionnalité des sûretés ».

602. Dénomination de la règle. La règle de proportionnalité des sûretés pourrait sembler mal nommée puisque toutes les garanties de paiement seront considérées ensemble pour apprécier leur proportionnalité par rapport au crédit garanti. Pourtant, la dénomination retenue se justifie dès lors que seules les sûretés pourront faire l'objet d'une sanction en cas de disproportion. En effet, la règle envisagée est avant tout une règle applicable aux sûretés, les autres garanties n'étant prises en compte que lors de l'appréciation de la proportionnalité¹¹⁷⁸. Ainsi, la règle de proportionnalité envisagée constitue une règle de proportionnalité des sûretés. Elle permet seulement de limiter la prise de sûretés par un constituant et demeurera sans effet en présence de garanties de paiement ne constituant pas des sûretés *stricto sensu*. Bien qu'elles ne soient prises en compte qu'au stade de l'appréciation de la proportionnalité, certaines garanties de paiement peuvent être source de difficulté concernant l'application de la règle de proportionnalité. Tel est le cas en particulier du droit de rétention et des sûretés négatives.

II. Les difficultés d'application de la règle à certaines garanties

603. Particularités du droit de rétention et des sûretés négatives. Bien que la sanction de la disproportion doive être réservée aux sûretés *stricto sensu*, toutes les garanties seront prises en compte au stade de l'appréciation de la proportionnalité. Cette application de la règle de proportionnalité à l'ensemble des garanties de paiement implique que toutes les garanties soient concernées. Néanmoins, certaines garanties posent des difficultés spécifiques. Il s'agit d'une part du droit de rétention dès lors que l'efficacité de cette garantie dépend de l'importance de la gêne occasionnée par la rétention (A). Il s'agit d'autre part des sûretés négatives en raison de la grande diversité de ces sûretés (B).

¹¹⁷⁷ v. n° 618 et s.

¹¹⁷⁸ À l'exception des sûretés négatives : v. n° 618 et s.

604. Complexité et inconvénient de l'application de la règle. Le droit de rétention n'est pas constitué par le débiteur ou par un tiers mais exercé par le créancier au détriment du débiteur et éventuellement de tiers. Cette différence relative à l'initiative du droit de rétention explique qu'il soit difficile de concevoir que la règle de proportionnalité puisse lui être appliquée. Il est dès lors indispensable de bien préciser de quelle manière serait appliquée la règle de proportionnalité en présence d'une telle garantie (1). Si l'application de la règle de proportionnalité au droit de rétention est complexe, elle n'est pas impossible. S'ajoute à cette complexité, l'atteinte qui serait portée à l'efficacité du droit de rétention par l'application de la règle de proportionnalité. Une telle atteinte à l'efficacité de la garantie constitue un inconvénient non négligeable (2).

1. L'application délicate de la proportionnalité au droit de rétention

605. Présentation du droit de rétention¹¹⁷⁹. Le droit de rétention prévu à l'article 2286 du Code civil¹¹⁸⁰ est « la faculté pour un créancier qui détient matériellement, voire fictivement, un bien appartenant en principe à son débiteur, d'en refuser la restitution tant qu'il n'a pas reçu complet paiement »¹¹⁸¹. Ce mécanisme ne constitue pas véritablement une sûreté, mais il octroie incontestablement une garantie au rétenteur¹¹⁸². En effet, la rétention du bien de son débiteur lui

¹¹⁷⁹ Sur le droit de rétention : A. Aynès, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005 ; A.-M. Hemar, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, Paris : C. de Mourgues frères, 1864 ; E. Charlet, *Du droit de rétention*, thèse, Paris, 1852, p. 75 ; L.-V. Gouillard, *Traité du nantissement et du droit de rétention : livre III titre XVII du code civil*, Paris : A. Pédone, 2^e éd., 1896 ; C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, LGDJ, bibl. dr. privé, n° 321, 1999 ; L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, 2012, spéc. p. 109 et s., n° 139 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, 11^e éd. 2017, p. 243 et s., n°430 et s. ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 577 et s., n° 796 et s.

¹¹⁸⁰ Art. 2286 c. civ. : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ; 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ; 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ; 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

¹¹⁸¹ Définition proposée par M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, *loc. cit.* ; v. également : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° rétention (droit de) : « Droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé. Droit consacré par diverses dispositions particulières (ex. en faveur du vendeur au comptant, c. civ. A. 1612) qui revêt aujourd'hui en matière mobilière et immobilière, étant reconnu à celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance (gagiste, dépositaire) et à celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ou est née à l'occasion de la détention de la chose (ex. impenses), un tel droit ne se perdant que par le dessaisissement volontaire (C. civ., a. 2286, 2287) ».

¹¹⁸² La nature de cette faculté est controversée. La nature du droit de rétention est étudiée en doctrine et la question « Le droit de rétention est-il une sûreté ? » est ouvertement posée : v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 582. La plupart des auteurs ne voient pas dans le droit de rétention une sûreté : J.-F. Durand, *Le droit de rétention*, thèse, Paris II, 1979, p. 149 ; V. Derrida, « La dématérialisation du droit de rétention », *Mélanges Voirin*, 1966, p. 177, n° 27. Toutefois en sens contraire : Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd. 2016, p. 556 et 557, n° 594. Les auteurs de l'avant-projet ne proposent aucune modification de l'actuel article 2286

permettra de créer une gêne qui incitera ceux qui la subissent à payer le rétenteur afin de voir le bien remis au débiteur¹¹⁸³. Il est nécessaire de mettre en évidence le fait que le débiteur ne sera pas le seul à subir la gêne générée par l'exercice du droit de rétention. En effet, cette gêne pourra être subie par le débiteur, par les autres créanciers de son débiteur¹¹⁸⁴ ou encore par le propriétaire du bien lorsqu'il ne s'agit pas du débiteur¹¹⁸⁵.

606. Finalité de la proportionnalité du droit de rétention. Comme toutes les garanties, l'exercice d'un droit de rétention doit être pris en compte au sein des sûretés et garanties dont bénéficie le créancier. La finalité de la règle de proportionnalité est de protéger le crédit du constituant contre les garanties disproportionnées en ce qu'elles y portent une atteinte injustifiée. Ainsi, la règle de proportionnalité des sûretés sera applicable au droit de rétention, dès lors que cette garantie porte atteinte au crédit du propriétaire du bien retenu. En effet, le propriétaire d'un bien faisant l'objet d'un droit de rétention perdra la possibilité de consentir sur son bien une sûreté avec dépossession, et se trouvera en difficulté pour offrir une sûreté sans dépossession sur ledit bien, de sorte que sa capacité à obtenir des crédits pourra s'en trouver réduite¹¹⁸⁶. Il est vrai que le principal inconvénient résultant du droit de rétention ne réside pas dans l'impossibilité de remettre le bien en sûreté¹¹⁸⁷. Néanmoins, il demeure possible de voir dans l'exercice du droit de rétention une atteinte à la possibilité pour le propriétaire du bien retenu d'obtenir des crédits. Il en résulte que la règle de proportionnalité des sûretés a un sens en matière de droit de rétention.

607. Dualité de sources du droit de rétention. Le droit de rétention semble assimilable à l'ensemble des autres garanties. Pourtant, ce droit accordé au créancier présente une particularité tenant à sa source. En effet, alors que le droit de rétention fait l'objet d'un article unique au sein du Code civil, il peut avoir une source légale ou conventionnelle. Parmi les hypothèses donnant naissance au droit de rétention visées à l'article 2286 du Code civil, le droit

c. civ. Ils proposent seulement que l'article soit déplacé pour intégrer le titre portant sur les sûretés réelles : art. 2327. Ils précisent qu'« il a paru plus logique d'inclure le droit de rétention dans le sous-titre consacré aux sûretés réelles, même s'il ne s'agit pas techniquement d'une sûreté ». Ce commentaire met en évidence la difficulté liée à la détermination de la nature du droit de rétention.

¹¹⁸³ Sur l'efficacité du droit de rétention : L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* p. 251, n° 435 : parlent de sa « remarquable efficacité ».

¹¹⁸⁴ En effet ces créanciers seront dans l'impossibilité de saisir le bien de leur débiteur et ne pourront dès lors le faire réaliser dans le cadre d'une voie d'exécution.

¹¹⁸⁵ Sur la possibilité de retenir un bien n'appartenant pas au débiteur : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 605 et s., n° 842 et s.

¹¹⁸⁶ Cet effet du droit de rétention est lié à la dépossession. Il est donc identique en présence d'un gage avec dépossession et d'un droit de rétention autonome.

¹¹⁸⁷ Cette impossibilité est seulement une conséquence du blocage. L'impossibilité d'user du bien pour le débiteur ou l'impossibilité de saisir le bien pour ses créanciers sont des conséquences plus visibles du blocage.

de rétention de « celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance » est de source conventionnelle¹¹⁸⁸. Les autres hypothèses visées au même article offrent en revanche au créancier des droits de rétention de source légale. Ces droits de rétention sont offerts aux créanciers en raison de la connexité existante entre leurs créances et les biens retenus. L'origine légale de la majorité des droits de rétention n'est pas en elle-même source de difficulté concernant l'application de la règle de proportionnalité. Les droits de rétention d'origine légale peuvent toutefois être source de complexité dès lors qu'ils ne portent pas toujours sur des biens dont les débiteurs sont propriétaires.

608. Propriétaire : victime de la disproportion. Lorsque le droit de rétention est d'origine conventionnelle, il est toujours offert par le débiteur à son créancier. L'octroi d'un droit de rétention par un tiers ne semble pas impossible d'un point de vue technique, mais il est compréhensible qu'il ne soit pas utilisé en pratique en ce qu'il semblerait trop peu sécurisant pour le créancier¹¹⁸⁹. En revanche, lorsque le droit de rétention est prévu par la loi en raison de la connexité existante entre sa créance et la détention du bien et en l'absence de convention prévoyant spécifiquement l'octroi du droit de rétention, le débiteur n'est pas nécessairement le propriétaire du bien retenu. En cela, le droit de rétention est original. Les sûretés légales et les sûretés judiciaires qui bénéficient au créancier en dehors de toute convention portent sur les biens des débiteurs¹¹⁹⁰. Dès lors que le droit de rétention peut porter sur une chose dont le débiteur n'est pas propriétaire, se pose la question de savoir qui doit être protégé par la règle de proportionnalité appliquée en présence d'un droit de rétention. La règle de proportionnalité doit-elle permettre de protéger le crédit du débiteur ou du propriétaire du bien retenu lorsqu'il s'agit de deux personnes distinctes ? La réponse à cette question est aisée dès lors qu'il a été démontré qu'en présence d'un droit de rétention disproportionné par rapport au crédit garanti, seul le propriétaire souffrait d'une atteinte à sa capacité à obtenir des crédits. Ainsi, la finalité de la règle de proportionnalité implique que le propriétaire soit la seule victime de la disproportion. En effet, le propriétaire du bien retenu est le seul à subir une atteinte à sa capacité

¹¹⁸⁸ À l'origine le droit de rétention était ponctuellement consacré par des textes spéciaux. La jurisprudence l'a ensuite généralisé et la réforme du droit des sûretés a consacré cette généralisation jurisprudentielle. Sur cette évolution : M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.*, p. 587 et s., n° 808 et s.

¹¹⁸⁹ La constitution de gage pour autrui est en revanche fréquente. Elle est accompagnée d'un droit de rétention effectif lorsque le gage est constitué avec dépossession ou d'un droit de rétention fictif lorsque le gage est constitué sans dépossession. L'exception du gage de véhicule automobile lequel est assorti d'un droit de rétention effectif.

¹¹⁹⁰ Tel est en effet le cas des privilèges et des hypothèques légales. De même le juge chargé d'octroyer une sûreté judiciaire à un créancier ne peut offrir qu'une sûreté portant sur les biens du débiteur.

à obtenir du crédit dès lors qu'il est le seul à avoir la capacité d'offrir son bien en sûreté¹¹⁹¹. Le propriétaire du bien serait donc le seul à pouvoir invoquer la règle de proportionnalité des sûretés si elle était applicable au droit de rétention. Pourtant, il ne sera pas forcément le seul à subir les effets du droit de rétention¹¹⁹².

609. Propriétaire : seul bénéficiaire de la protection. Le droit de rétention occasionne une gêne générale. Cette gêne est ressentie non seulement par le propriétaire du bien, mais également par le débiteur et par les autres créanciers du débiteur. Pourtant, la règle de proportionnalité des sûretés ne pourrait pas être invoquée par une autre personne que le propriétaire, dans le but de limiter la gêne occasionnée par cette garantie. En effet, si le débiteur et les autres créanciers du débiteur subissent une gêne résultant du droit de rétention, cette gêne ne porte pas atteinte à leur capacité à obtenir des crédits. Il en résulte qu'il n'apparaît pas utile de protéger leur crédit par le biais de la règle de proportionnalité des sûretés. Ainsi, nous ne rejoindrons pas l'avis d'un auteur selon qui la proportionnalité du droit de rétention est conçue comme la proportionnalité entre d'une part la nuisance subie par le créancier résultant de l'absence de paiement de sa créance, et d'autre part la nuisance subie par le débiteur, ses créanciers ou le propriétaire de la chose retenue et résultant de la rétention¹¹⁹³. Cette conception de la proportionnalité ne répondrait pas à la finalité retenue de la règle de proportionnalité des sûretés¹¹⁹⁴. Cette finalité impose de contrôler l'existence d'un rapport de proportionnalité entre le montant de la créance garantie par le droit de rétention et l'atteinte au crédit du propriétaire du bien privé de la possibilité d'offrir ce bien en sûreté. Il en résulte que seul le propriétaire du bien retenu devrait être autorisé à se prévaloir de la disproportion du droit de rétention et des autres garanties offertes au créancier, par rapport au crédit garanti¹¹⁹⁵. Si l'application de la règle de

¹¹⁹¹ Cette règle est prévue pour chaque sûreté réelle. v. notamment pour le gage : art. 2335 c. civ., pour l'hypothèque : art. 2413 c. civ.

¹¹⁹² Le droit de rétention peut en effet être subi par le débiteur lui-même mais également par le propriétaire du bien lorsqu'il s'agit d'une autre personne ou encore par les créanciers du débiteur qui ne pourront procéder à une saisie du bien.

¹¹⁹³ Conception de la proportionnalité proposée par N. Catala -Franjou, note sous 1^o civ 17 juin 1969, *JCP* 1970, II, 16162 : « sa légitimité est déliée de toute proportionnalité entre l'inconvénient que représente pour le créancier le défaut de paiement et le désagrément que cause la rétention de son bien au débiteur ».

¹¹⁹⁴ En outre, la conception de la proportionnalité du droit de rétention décrite ne serait pas aisée à évaluer. En pratique il ne serait pas forcément évident de comparer ces nuisances, il semblerait qu'il soit nécessaire de chiffrer les nuisances en présence : CA Nancy, 30 juin 2016, n°15/02631 a procédé à la comparaison des nuisances subies par le créancier et par le débiteur en rappelant le montant de la créance impayée d'une part et la valeur estimée du bien retenu, en l'occurrence un cheval, précisant également la période pour laquelle le débiteur avait été privé de son bien.

¹¹⁹⁵ Toutes les garanties offertes au créancier doivent être prises en compte pour évaluer la proportionnalité : v. n° 575 et s.

proportionnalité en présence d'un droit de rétention semble clarifiée, la complexité refait néanmoins surface au stade de la sanction de la disproportion.

610. **Absence de sanction portant sur le droit de rétention.** Dès lors que le propriétaire du bien retenu et le débiteur peuvent être des personnes différentes, il a fallu préciser que seul le propriétaire pourrait bénéficier de la règle de proportionnalité. Cette affirmation ne semble pas être source de difficulté. Pourtant, l'absence d'identité du débiteur et du propriétaire va finalement rendre impossible le prononcé de la sanction de la disproportion. Cette impossibilité résulte du fait que le droit de rétention ne peut être qualifié de sûreté *stricto sensu*, de sorte qu'il ne pourra être l'objet de la sanction de la disproportion. En effet, la sanction de la disproportion est réservée aux seules sûretés *stricto sensu* et ne concerne pas l'ensemble des garanties¹¹⁹⁶. Par suite, le droit de rétention devrait être préservé. Une première conséquence du choix de faire porter la sanction de la disproportion uniquement sur les sûretés *stricto sensu* réside dans le fait que la règle de proportionnalité apparaîtra inutile lorsque le droit de rétention sera la seule garantie offerte au créancier. Si le droit de rétention ne peut être l'objet de la sanction de la disproportion, alors aucune sanction ne pourra être prononcée lorsque le droit de rétention exercé par un créancier sera son unique mécanisme de garantie. Ainsi, il apparaîtra inutile d'évaluer la proportionnalité d'un droit de rétention dans de telles hypothèses¹¹⁹⁷. L'évaluation de la proportionnalité du droit de rétention ne pourra être utile qu'en présence d'autres sûretés. Dans ce dernier cas, la disproportion des sûretés et garanties apparaîtra si la valeur du bien retenu est disproportionnée à la créance garantie ou si le droit de rétention constitue une garantie suffisante de la créance de sorte que les autres sûretés offertes au créancier apparaissent inutiles. Dans une telle situation, bien que le droit de rétention soit intouchable, la disproportion pourra donner lieu à une sanction, laquelle sera exercée sur les autres sûretés bénéficiant au créancier. Une seconde conséquence du choix de faire porter la sanction de la disproportion uniquement sur les sûretés *stricto sensu* réside dans l'inutilité de l'invocation de la règle de proportionnalité par le propriétaire du bien retenu qui ne se trouve pas être le débiteur de la créance garantie. En effet, dès lors que le propriétaire du bien retenu est le seul habilité à se prévaloir de la disproportion affectant un droit de rétention, et que la sanction de la disproportion ne peut porter sur le droit de rétention lui-même, l'invocation de la règle de proportionnalité par le propriétaire qui ne serait pas le débiteur conduit à une impasse. Le propriétaire pourrait faire constater la disproportion, mais il n'offre au créancier aucune sûreté sur laquelle pourrait porter la sanction

¹¹⁹⁶ v. n° 597 et s.

¹¹⁹⁷ La même démonstration a été faite pour l'ensemble des garanties de paiement : v. n° 601.

de la disproportion¹¹⁹⁸. Ainsi, en l'absence d'identité du débiteur et du propriétaire du bien retenu, le propriétaire n'aura aucun intérêt à se prévaloir de la règle de proportionnalité. Il résulte de cette analyse que la règle de proportionnalité des sûretés ne pourra être appliquée en présence d'un droit de rétention qu'à condition qu'une même personne soit le propriétaire du bien retenu et le débiteur. Dans cette dernière hypothèse, l'invocation de la règle de proportionnalité des sûretés ne pourra porter ses fruits que si le débiteur a par ailleurs consenti à son créancier des sûretés *stricto sensu* susceptibles de recevoir la sanction de la disproportion.

2. L'utilité de la disproportion du droit de rétention

611. Utilité de la disproportion du droit de rétention. Il résulte de ces développements que l'évaluation de la proportionnalité du droit de rétention sera inutile en l'absence d'autres sûretés sur lesquelles la sanction pourrait porter. En outre, il semble pertinent de refuser que la proportionnalité du droit de rétention soit évaluée en elle-même puisque l'efficacité du droit de rétention repose justement sur une différence entre ces deux valeurs. En effet, le droit de rétention crée une gêne soit pour le débiteur, soit pour ses créanciers, soit encore pour le propriétaire du bien. Cette gêne prend différentes formes. Le débiteur qui se trouvait en possession du bien avant que le créancier exerce son droit de rétention ne peut plus jouir du bien dès lors qu'il est retenu par le créancier. Les créanciers du débiteur sont gênés par l'exercice du droit de rétention puisque, tant que dure la rétention, ils sont privés de la possibilité de saisir le bien entre les mains de leur débiteur. Enfin, le propriétaire du bien est privé de la possibilité de récupérer la jouissance de son bien, il est également en pratique souvent dans l'impossibilité d'en disposer. C'est la gêne occasionnée par le droit de rétention qui permet au rétenteur d'obtenir le paiement de sa créance. Le débiteur peut décider de payer le rétenteur afin de récupérer matériellement le bien dont il était en possession. Si le montant de la créance est inférieur à la valeur du bien, les autres créanciers du débiteur peuvent décider de le payer. Ce faisant, ils seraient en mesure de pratiquer une saisie dudit bien. Enfin, le propriétaire peut payer le rétenteur afin de récupérer son bien et éventuellement, d'en disposer. Ainsi l'efficacité du droit de rétention dépend de sa capacité à gêner le débiteur, ses créanciers ou le propriétaire du bien. Cette gêne ne pourra être caractérisée que si le bien retenu présente une certaine valeur. Précisément, les créanciers du débiteur auront intérêt à payer le rétenteur si le bien a une valeur largement supérieure au montant de la créance garantie par la rétention. Tel est souvent le cas

¹¹⁹⁸ Sauf l'hypothèse dans laquelle le propriétaire du bien retenu se trouverait par ailleurs être le constituant d'une sûreté réelle pour autrui, auquel cas la sanction de la disproportion pourrait porter sur la sûreté offerte au créancier.

pour le propriétaire du bien également¹¹⁹⁹. Plus la valeur du bien retenu est importante par rapport à la créance, plus le créancier a de chance d'être payé par la personne subissant la gêne¹²⁰⁰. *In fine*, l'efficacité du droit de rétention repose sur la différence entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance¹²⁰¹.

612.Originalité du droit de rétention. Ce constat fait apparaître la particularité du droit de rétention par rapport aux autres sûretés réelles. En raison du principe de spécialité, la sûreté ne grève le bien qu'à hauteur de la dette à garantir. Il en résulte que le surplus de la valeur du bien, non affecté en garantie, n'apparaît pas utile pour le créancier. En effet, quelle que soit la valeur du bien, seule la partie correspondant au montant de la créance est affectée en garantie. Il apparaît que, contrairement au droit de rétention, les sûretés réelles classiques peuvent être efficaces même si elles portent sur des biens dont la valeur n'est pas largement supérieure au montant de la créance garantie. L'utilité de la différence de valeur entre le bien grevé et la créance garantie est marginale en présence d'une sûreté réelle classique parce que cette différence ne se répercute pas sur la valeur de la sûreté. Contrairement aux sûretés réelles, le droit de rétention ne constitue pas un droit sur la valeur du bien grevé. Ainsi, il ne peut être limité à la partie de la valeur du bien correspondant au montant de la dette à garantir. Le droit de rétention constitue seulement le droit pour un créancier de retenir matériellement le bien. Cette rétention ne peut être exercée que sur le bien en son entier. Ainsi, le droit de rétention ne peut répondre au principe de spécialité quant à la créance garantie. Cette différence technique entre le droit de rétention et les sûretés réelles explique qu'à la différence des sûretés réelles, la valeur du bien retenu ait un impact direct sur la valeur du droit de rétention. Il serait toutefois

¹¹⁹⁹ Toutefois, il est possible que le propriétaire du bien souhaite en obtenir la restitution pour sa valeur affective et non seulement pour son intérêt économique. Ainsi, il n'est pas impossible que le propriétaire paie le rétenteur pour récupérer son bien, alors même que la valeur du bien est équivalente ou inférieure au montant de la créance.

¹²⁰⁰ En effet, si la valeur du bien retenu est insuffisante par rapport au montant de la créance qu'il faudrait payer au rétenteur pour la récupérer, le débiteur subissant la gêne risquerait d'abandonner sa chose. La perte du bien résultant de cet abandon n'étant pas significative, il pourrait choisir de ne pas payer le créancier pour la récupérer. Le même sort sera réservé à la chose inutile.

¹²⁰¹ A. Aynès, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005, p. 28, n° 30 qui précise que l'existence d'un préjudice subi par le propriétaire du bien retenu est nécessaire pour que le droit de rétention soit efficace ; E. Charlet, *Du droit de rétention*, thèse, Paris, 1852, spéc. p. 75 ; Ch. Scapel, « Le droit de rétention en droit positif », *RTD civ.* 1981, p. 539 et s. spéc. p. 552, n° 26 ; G. Piette, « Rétention », *Répertoire de droit civil*, mars 2013, (actualisation : octobre 2018) : qui précise que l'efficacité du droit de rétention « suppose que la chose retenue ait une valeur marchande importante, ou une valeur sentimentale considérable, ou qu'elle soit utile au débiteur ou à son entreprise. À défaut, ni le débiteur, ni ses créanciers ne souhaiteront payer le rétenteur pour récupérer le bien » et ajoute que « dans une certaine mesure, c'est même ce préjudice qui assoit l'efficacité du droit de rétention : plus le préjudice est important, plus le débiteur sera incité à s'exécuter rapidement, plus le droit de rétention aura été utile ».

faux d'affirmer que la différence entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie ne peut avoir aucun impact en présence d'une sûreté réelle.

613. Intérêt marginal en cas de dépréciation du bien grevé. Il est possible de penser qu'il est utile que la sûreté réelle ait une valeur supérieure au montant de la créance garantie¹²⁰². Néanmoins, cette différence de valeur ne constitue pas une condition de l'efficacité de la sûreté. L'exemple d'une hypothèque permet de préciser la distinction entre les sûretés réelles classiques et le droit de rétention. Obtenir une hypothèque portant sur un bien d'une valeur supérieure au montant de la créance garantie évite la crainte d'une dépréciation de la valeur de l'immeuble¹²⁰³. La différence entre la valeur de l'immeuble et le montant de la créance garantie constitue une marge de sécurité. Si la valeur de l'immeuble diminue, elle pourra rester supérieure au montant de la créance garantie, de sorte que l'hypothèque demeurera une sûreté suffisante. Ainsi, la différence entre la valeur de l'immeuble et le montant de la créance garantie peut permettre de préserver l'efficacité de la sûreté dans l'hypothèse où le bien grevé verrait sa valeur diminuer au cours de l'existence de la sûreté. Toutefois, cette hypothèse est la seule dans laquelle la différence entre la valeur du bien et le montant de la créance garantie offre un avantage au créancier. En effet, en l'absence de dépréciation du bien grevé, l'importance de la sûreté ne dépend pas de la valeur du bien grevé. En somme, alors que la différence entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance garantie a une importance capitale pour l'efficacité du droit de rétention, elle ne présente qu'un intérêt marginal concernant les sûretés réelles.

614. Distinction de la différence de valeur et de la disproportion. L'intérêt d'une différence entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie existe lorsque le bien grevé perd de sa valeur au cours de l'existence de la sûreté. Toutefois, s'il est possible de trouver un intérêt à la différence entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie, une disproportion

¹²⁰² Plusieurs auteurs affirment qu'il est bon que la sûreté porte sur un bien d'une valeur supérieure au montant de la créance : Ph. Dupichot, thèse *op. cit.*, p. 513, n° 673 : l'auteur affirme que la différence de valeur entre le bien grevé de sûreté et le montant de la créance garantie se justifie d'une part par l'éventuelle évolution de l'endettement du débiteur envers le créancier et d'autre part par la possible dévaluation du bien ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019, p. 224, n° 172 : « au moment de la conclusion de la sûreté, une éventuelle disproportion entre le montant de la créance et la valeur du bien est, non seulement communément admise, mais elle représente surtout un gage d'efficacité de la sûreté réelle » ; P. Crocq « sûretés et proportionnalité », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, n° 16, p. 298 : l'auteur considère que la possibilité de prendre des sûretés plus importantes que le montant de la créance est légitimé par la nécessité d'anticiper les difficultés potentielles liées à leur réalisation ; D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA* 30 sept. 1998, n°117, p. 38 : qui justifie le fait que la valeur du bien remis en sûreté puisse être supérieure au montant de la créance garantie par le principe de l'indivisibilité des sûretés réelles.

¹²⁰³ L'hypothèque envisagée dans cet exemple est une hypothèque de premier rang.

manifeste entre ces deux montants apparaîtrait inutile. La différence de valeur doit être distinguée de la disproportion. La différence entre la valeur du bien et le montant de la créance garantie peut constituer une marge de sécurité permettant d'anticiper la dépréciation du bien grevé. Cette marge de sécurité n'est cohérente que si elle est mesurée. Si la marge prévue est telle que la sûreté porte sur un bien dont la valeur est disproportionnée par rapport au montant de la créance garantie, il est probable que l'importance de la dépréciation potentielle du bien ait été surévaluée ou que le bien grevé présente une valeur particulièrement instable¹²⁰⁴. Ainsi, de manière classique, la différence de valeur pourra être utile alors que la disproportion manifeste révélera une erreur d'appréciation des parties. À l'opposé, non seulement le droit de rétention tire sa force de la différence de valeur entre le bien retenu et le montant de la créance garantie, mais en outre, il voit son efficacité augmentée à mesure que cette différence s'accroît. En effet, plus la différence de valeur est importante, plus le droit de rétention est efficace. Il en résulte que la disproportion manifeste entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance garantie est un gage d'efficacité de cette garantie.

615. Conséquence de l'utilité de la disproportion. La disproportion existante entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance à garantir participe à l'efficacité du droit de rétention. Ce constat fait apparaître que la règle de proportionnalité aurait un impact spécial sur le droit de rétention. La condamnation de la disproportion des sûretés n'a pas pour effet de porter directement atteinte à l'efficacité des sûretés. La disproportion des sûretés réelles n'est pas une condition de leur efficacité. Au contraire, les sûretés manifestement disproportionnées apparaissent partiellement inutiles. Il est flagrant notamment que la réduction des hypothèques disproportionnées prévue par l'article 2444 du Code civil, ne permet que de réduire des hypothèques dont l'étendue trop grande les rendaient partiellement inutiles¹²⁰⁵. De même l'interdiction de prendre un cautionnement supérieur à la dette principale garantie¹²⁰⁶ ne porte

¹²⁰⁴ Le choix d'une sûreté portant sur un bien dont la valeur est trop instable peut évidemment être critiqué. Ce choix est à l'origine de l'efficacité douteuse de la sûreté. S'assurer que la valeur du bien est disproportionnée au montant de la créance garantie au jour de la conclusion de la sûreté constituerait une mauvaise stratégie pour tenter de compenser l'efficacité aléatoire d'une telle sûreté. En effet, quelle que soit l'importance de la disproportion initiale, la dévaluation incontrôlable du bien grevé portera atteinte à la fiabilité de la sûreté.

¹²⁰⁵ En vertu de l'article 2444 l'assiette de l'hypothèque ne pourra être réduite que si la valeur des immeubles demeurants grevés représente au minimum une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires. Dans une telle hypothèse, un ou plusieurs immeubles sont inutilement grevés puisque même s'ils ne l'étaient pas, l'hypothèque serait suffisante pour assurer le remboursement de la créance.

¹²⁰⁶ Art. 2290 al. 1 c. civ. qui dispose que : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses » interdit *de facto* toute prise d'un cautionnement disproportionné par rapport au crédit consenti au débiteur principal : v. n° 508 et s.

pas atteinte à l'efficacité du cautionnement¹²⁰⁷. Toutes les sûretés dont la disproportion est combattue sont partiellement inutiles en raison de leur démesure. La différence entre ces sûretés et le droit de rétention invite à penser que si l'inutilité des sûretés disproportionnées rend acceptable leur réduction, la disproportion du droit de rétention fait sa force de sorte qu'elle ne pourrait être condamnée. En effet, la disproportion du droit de rétention n'implique pas l'inutilité de cette garantie. Au contraire, la disproportion du droit de rétention renforce son efficacité. Un auteur a pu affirmer à cet égard que la disproportion entre la valeur de la chose et le montant de la créance dont le règlement est réclamé est « à la base du succès du mécanisme »¹²⁰⁸. Il semble qu'il ne serait pas cohérent d'exiger la proportionnalité du droit de rétention dès lors que la disproportion participe à son efficacité.

616. Refus majoritaire de sanctionner la disproportion. La tentation de certains juges du fond de condamner le rétenteur qui retiendrait une chose dont la valeur est disproportionnée au montant de leur créance est palpable. Plusieurs cours d'appel ont franchi le pas malgré l'atteinte portée à l'efficacité du droit de rétention¹²⁰⁹. En l'absence de règle de proportionnalité des sûretés, la jurisprudence a originellement sanctionné le rétenteur sur le fondement de l'abus de droit¹²¹⁰. A aussi été invoquée judiciairement la mauvaise foi du rétenteur¹²¹¹. Ces différentes solutions de cours d'appel n'ont pas convaincu la Cour de cassation qui n'a jamais admis que le droit de rétention puisse être exercé de manière abusive¹²¹². Cette solution constante est approuvée par

¹²⁰⁷ Le créancier ne pouvant en aucun cas s'enrichir par le biais d'une sûreté, il ne lui servirait à rien d'obtenir un cautionnement supérieur à la dette du débiteur principal dès lors qu'il ne pourrait en aucun cas réclamer à la caution un montant supérieur à celui de la créance garantie.

¹²⁰⁸ N. Gerbay, « Une place pour le droit de rétention ex dispari causa... ? », *Gaz. Pal.* janv. 2009, n° 20, p. 3.

¹²⁰⁹ A été engagée la responsabilité de l'expert-comptable qui, en retenant la comptabilité de son client, avait exposé celui-ci à une taxation d'office : TGI Caen, 20 juin 1966, *D.* 1966. 515 ; le jugement est confirmé par la cour d'appel de Caen, mais l'arrêt d'appel est cassé : Cass. 1^{er} civ., 17 juin 1969, *infra*. Pour la rétention de marchandises périssables faisant l'objet d'un gage sur un stock selon la cour d'appel d'Aix en Provence le créancier : « ne pouvait agir de la sorte sans nuire consciemment à la débitrice qui demeurait tenue du remboursement du crédit d'avance et dont le gage se trouvait ainsi réduit à néant » (CA Aix en Provence 27 juin 2000). Toutefois, cet arrêt d'appel a été cassé : Cass. com. 19 nov. 2002. La conception de l'abus du droit de rétention se précisant en doctrine, une cour d'appel a par la suite évalué ouvertement la proportionnalité entre la gêne subie et la créance garantie : CA Nancy, 30 juin 2016, n° 15/02631 : la cour d'appel rejetant les prétentions du débiteur invoquant l'abus du droit de rétention parce que selon elle la disproportion entre la gêne occasionnée pour le débiteur privé de son cheval et le montant de sa dette n'était pas caractérisée ; les juges d'Aix-en-Provence ont encore condamné le rétenteur en se fondant sur la notion de bonne foi lorsque celui-ci retenait les meubles du débiteur alors même que ce dernier avait consigné une somme suffisante pour assurer le paiement de la créance : Aix-en-Provence, 3 déc. 1975, *Bull. Aix*, 1975, n° 332.

¹²¹⁰ Très clairement en ce sens : TGI Caen, 20 juin 1966, *D.* 1966. 515 ; *JCP* 1967. II. 14935, note P. L. ; confirmé en appel : CA Caen ; CA Aix en Provence, 27 juin 2000 : les juges fondant leur solution sur la volonté du rétenteur de « nuire consciemment à la débitrice ».

¹²¹¹ Rejet des prétentions du débiteur invoquant la mauvaise foi du rétenteur : CA Lyon, 3 avr. 2014, n° 13/02999 : *BTL* 2014, p. 251 : *chron. sûretés* Ph. Simler et Ph. Delebecque : « l'on ne pouvait reprocher au commissionnaire sa mauvaise foi, alors qu'il n'avait fait qu'exercer un droit dévolu par la loi ».

¹²¹² v. Cass. 1^{er} civ., 17 juin 1969, *Gaz. Pal.* 1970. 1. 123 ; *JCP* 1970. II. 16162, note Catala-Franjou ; Cass. com. 19 nov. 2002 n° 00-21516 ; *RD banc. et fin.* 2003, n° 1, janv.-févr., p. 24, note S. Dufлот. Civ. 1^{er}, 24 sept. 2009,

la majorité de la doctrine¹²¹³. Parmi les rares auteurs qui se prononcent en faveur d'une limitation du droit de rétention, le professeur Jean Mazeaud affirme que le droit de rétention ne peut être exercé dans l'intention de nuire au débiteur¹²¹⁴. À cet argument, il est possible de répondre que justement le droit de rétention est toujours exercé dans le but de nuire à autrui¹²¹⁵. Un autre auteur critique l'effet combiné de l'absence de règle de proportionnalité et de l'indivisibilité du droit de rétention¹²¹⁶. Cet auteur souhaite voir émerger une exigence de proportionnalité jurisprudentielle¹²¹⁷. Il propose que l'exercice du droit de rétention soit qualifié d'abusif en cas de disproportion manifeste. Il reconnaît la nécessité d'un écart entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance garantie, laquelle est indispensable à l'efficacité du droit de rétention¹²¹⁸. Néanmoins, il s'oppose à l'existence de disproportions manifestes entre ces valeurs¹²¹⁹. Enfin, mérite d'être mis en avant l'avis d'un autre auteur approuvant de manière générale le refus de la Cour de cassation de qualifier d'abusif l'exercice du droit de rétention, qui souhaiterait pourtant voir condamner l'exercice du droit de rétention lorsque ce droit nuit non au débiteur mais à un tiers¹²²⁰. Ce dernier avis met en évidence le malaise créé par l'exercice

n° 08-10152 ; *D.* 2010. jur. 302, note N. Borga ; *D.* 2009. AJ 2275, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2010 p. 784, note A. Martin-Serf ; *JCP* 2009. 380, note A. Aynès ; *RD banc. fin. nov.-déc.* 2009, p. 60, note D. Legeais ; *LEDC nov.* 2009, n° 10, p. 2, O. Deshayes ; Cass. 1^{er} civ. 24 sept. 2009, n° 08-10152, Bull. civ. I, n° 178 ; *D.* 2009, p. 2275, obs. X. Delpech ; *D.* 2010, p. 302, note N. Borga ; *Dr. et patr.* sept. 2010, p. 91, note L. Aynès et Ph. Dupichot ; *JCP éd. N* 2010. 34, obs. Delebecque ; *Banque et Droit nov.* 2009, p. 64, obs. Jacob ; *RTD com.* 2010. 784, obs. Martin-Serf. Une explication de ce refus est fournie par la cour d'appel de Versailles : CA Versailles, 12^e ch., 10 mars 2015, n° 13/05398 : *BTL* 2015, p. 190, « en vertu des articles 1948 et 2286 du code civil, le dépositaire impayé peut retenir la marchandise ; ce droit, étant discrétionnaire et indivisible, l'on ne saurait lui reprocher la disproportion entre le montant de sa créance (24 748 euros) et le prix des marchandises bloquées (724 468 euros) ».

¹²¹³ M. Rauter, « De la nature du droit de rétention selon le Code civil », *Rev. dr. fr. et étr.* 1844, p. 565 et s., spéc. p. 572 : qui affirme que même en présence d'une disproportion énorme, le droit de rétention existerait toujours. N. Catala -Franjou, note sous 1^{er} civ., 17 juin 1969, *JCP* 1970, II, 16162 : qui estime que le rétenteur ne commet pas de faute et par conséquent n'abuse pas de son droit même si la nuisance causée au débiteur ne se traduit pas par la simple privation de l'usage du bien mais par la création d'un dommage ; G. Piette, « Rétention », *Répertoire de droit civil*, mars 2013, (actualisation : oct. 2018) ; P. Ancel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 7^e éd., 2014, p. 115, n° 224 : qui affirme que le droit de rétention est un droit discrétionnaire et ajoute que ce caractère discrétionnaire est ce qui fait l'efficacité du droit de rétention.

¹²¹⁴ J. Mazeaud, note sous Cass. 1^{er} civ., 3 mai 1966 ; *D.* 1966. p. 649. - Adde : Req. 5 nov. 1923, DP 1924. 1. 11.

¹²¹⁵ G. Piette, « Rétention », *Répertoire de droit civil*, mars 2013, (actualisation : oct. 2018).

¹²¹⁶ L'indivisibilité accroît le risque de disproportion entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance du rétenteur : v. notamment G. Piette, « Rétention », *Répertoire de droit civil*, mars 2013, (actualisation : oct. 2018) qui précise que « l'indivisibilité permet au créancier d'invoquer le droit de rétention, si infime que soit l'inexécution du débiteur » ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 607, n° 844 : « L'indivisibilité du droit de rétention donne une justification technique à la validité du droit de rétention » lorsque le droit de rétention est exercé sur une chose d'une très grande valeur par rapport au regard du faible montant de la dette garantie.

¹²¹⁷ N. Gerbay, « Une place pour le droit de rétention ex dispari causa... ? », *Gaz. Pal.* janv. 2009, n° 20, p. 3.

¹²¹⁸ v. n° 611.

¹²¹⁹ Il estime que si un droit de riposte est offert au rétenteur victime d'une situation injuste, cette riposte doit être proportionnée.

¹²²⁰ N. Catala -Franjou, note sous 1^{er} civ., 17 juin 1969, *JCP* 1970, II, 16162 : l'auteur estime les limites du droit de rétention devraient être plus restreintes lorsque ce droit est exercé contre un tiers. Précisément, le tiers pourrait subir la privation du bien retenu mais ne devrait pas subir de véritables pertes.

du droit de rétention en cas de disproportion entre la gêne occasionnée et l'importance de la créance garantie. Même les auteurs défendant un droit de rétention discrétionnaire sont forcés de constater que les conséquences de l'exercice de ce droit peuvent apparaître iniques. L'un des auteurs précités défendant la limitation de l'exercice du droit de rétention fonde son raisonnement sur l'équité. Il affirme en effet que « l'équité, qui est la source du droit de rétention, peut [...] être clairement atteinte quand la valeur de la chose retenue est nettement supérieure à la créance »¹²²¹.

617. Refus d'adapter l'assiette du droit de rétention au crédit garanti. Malgré les inconvénients indéniables de l'exercice du droit de rétention en cas de disproportion entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance garantie, nous rejoignons l'avis des auteurs qui refusent qu'une exigence de proportionnalité soit appliquée au droit de rétention considéré seul¹²²². Il est préférable, selon nous, de préserver la force du droit de rétention laquelle dépend de la différence entre la valeur du bien retenu et le montant de la créance garantie. Toutefois, l'exercice d'un droit de rétention par le créancier sera pris en compte si est évaluée la proportionnalité de l'ensemble des garanties dont il bénéficie¹²²³. Dans une telle hypothèse, l'existence d'une disproportion ne pourrait donner lieu à réduction du droit de rétention, seules les autres sûretés appartenant au créancier pourraient être atteintes¹²²⁴. C'est d'ailleurs le sort réservé à l'ensembles des garanties¹²²⁵. Ainsi, le droit de rétention, comme toutes les garanties de paiement ne pouvant être qualifiées de sûretés, sera pris en compte dans l'appréciation de la proportionnalité mais ne pourra être l'objet de la sanction en cas de disproportion. Une exception à cette règle devra néanmoins être prévue en présence de sûretés négatives. Ces garanties méritent d'être étudiées spécialement en raison des difficultés d'application de la règle de proportionnalité en leur présence.

¹²²¹ N. Gerbay, « Une place pour le droit de rétention *ex dispari causa*... ? », *Gaz. Pal* janv. 2009, n° 20, p. 3.

¹²²² V. toutefois en sens contraire : pour A. Aynès le droit de rétention fondé sur la connexité juridique est une forme d'exception d'inexécution. Or l'exception d'inexécution suppose une inexécution grave. En outre, si l'inexécution est divisible, l'exécution partielle rend illégitime l'exercice de l'exception d'inexécution par le créancier de l'obligation inexécutée. Ainsi, l'exercice du droit de rétention fondé sur la connexité juridique ne devrait être légitime qu'en cas d'inexécution grave et de riposte proportionnée. cf. A. Aynès, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005, n° 306. Dans le même sens : P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in *Études offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz 2006, p. 308, note 42.

¹²²³ Doivent être distinguées les questions des sûretés et garanties prises en compte pour apprécier la proportionnalité et des sûretés sur lesquelles porteront la sanction de la disproportion : v. n° 597 et s.

¹²²⁴ En ce sens mais émettant un doute : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 963, n° 1340. À propos de l'article L. 650-1 c. com. dont l'exception relative à la prise de garanties disproportionnées concerne « également, sans doute, celles qui se trouvent hors concours qu'il s'agisse du droit de rétention ou, plus probablement, de certaines formes de propriété-garantie », les auteurs précisent que « c'est la fonction du procédé qui importe ».

¹²²⁵ v. n° 601.

618. **Nécessité et autonomie de la règle de proportionnalité.** La règle de proportionnalité ne peut s'appliquer de manière évidente en présence de sûretés négatives. La complexité d'une telle application résulte essentiellement de la diversité des sûretés négatives. Alors que certaines n'entraînent aucune atteinte au crédit du constituant, d'autres ont expressément pour objet d'interdire la constitution de sûretés sur certains de ses biens. En raison de cette diversité, il apparaît difficile de définir les limites de l'application de la règle de proportionnalité en présence de telles garanties (1). Dès lors qu'il aura été démontré que la règle de proportionnalité doit être appliquée aux sûretés négatives, il apparaîtra nécessaire de distinguer cette règle d'autres limites à la constitution de sûretés négatives. L'autonomie de la règle de proportionnalité sera démontrée (2).

1. L'application délicate de la proportionnalité aux sûretés négatives

619. **Présentation des sûretés négatives**¹²²⁶. Les sûretés négatives sont des garanties de paiement, mais n'appartiennent pas à la catégorie des sûretés *stricto sensu*¹²²⁷. Ces garanties ne font l'objet d'aucune définition ni en droit positif, ni dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté en 2017. Selon une définition doctrinale, « les sûretés négatives, sans être de véritables sûretés, englobent toutes les contraintes accessoires consenties par un débiteur à son créancier qui renforcent ses chances de recouvrement »¹²²⁸. Ces garanties sont fréquemment demandées par les établissements de crédit en raison de leur facilité de constitution et de leur gratuité¹²²⁹.

¹²²⁶ Sur ces clauses : Ph. Dupichot, thèse *op. cit.*, n° 872 s. : il est à noter que l'auteur parle de « sûretés réelles d'imitation » et non de sûretés négatives ; Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009. ; Y. Chaput, *Les sûretés négatives*, Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand : LGDJ, 1974, p. 167 s. ; M.-H. De Laender, *Les sûretés négatives*, thèse Paris, 1998. Spécialement sur la clause de *pari passu* : L. Valette, *La clause de traitement égal dite « PARI PASSU »*, thèse Paris, 1999.

¹²²⁷ En ce sens notamment : M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd. 2015, p. 490, n° 660 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd. 2020, p. 6, n° 9. Pour une définition des garanties de paiement : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, *loc. cit.* : les auteurs proposent une définition des garanties selon laquelle : « les garanties sont des mécanismes fondés sur une technique issue de la théorie générale des obligations ou du droit des biens ayant pour effet, non exclusif, de faciliter le recouvrement de sa créance par le créancier ». v. par ailleurs M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd. 2015, p. 490, n° 661 : les auteurs considèrent que les sûretés négatives affectant l'ensemble du patrimoine du débiteur ne peuvent pas être qualifiées de garanties.

¹²²⁸ Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009. Pour une définition plus restrictive v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 18, n° 27 : les sûretés négatives « constituent des engagements souscrits par un débiteur, de ne pas réaliser certains actes de nature à entraîner son insolvabilité ou à compromettre l'efficacité de sûretés qu'il a déjà constituées ».

¹²²⁹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd. 2015, p. 488, n° 659. Les auteurs affirment que les établissements de crédit « recourent largement » aux sûretés négatives.

C'est pourquoi, la question de l'applicabilité de la règle de proportionnalité à ces garanties particulières mérite d'être posée¹²³⁰.

620. Diversité des sûretés négatives. Selon la définition doctrinale retenue, « les sûretés négatives, sans être de véritables sûretés, englobent toutes les contraintes accessoires consenties par un débiteur à son créancier qui renforcent ses chances de recouvrement »¹²³¹. Cette définition large englobe toutes les sûretés négatives existantes malgré leur grande diversité¹²³². La simple énumération de différentes clauses pouvant être qualifiées de sûretés négatives permettra de prendre conscience de la richesse de ces garanties. Sont des sûretés négatives les clauses d'inaliénabilité de biens appartenant au débiteur, la clause *pari passu* interdisant au débiteur de consentir des sûretés à un autre créancier sans proposer le même avantage au créancier bénéficiaire de la clause, l'engagement du débiteur d'informer le créancier de manière régulière quant à l'évolution de son patrimoine ou encore l'engagement de ne pas contracter de nouveaux crédits sans l'accord de son créancier. La diversité des sûretés négatives rend complexe l'application de la règle de proportionnalité.

621. Difficulté liée à la diversité des sûretés négatives. La grande diversité des sûretés négatives empêche de concevoir facilement des règles qui soient applicables de manière uniforme à l'ensemble de ces garanties. Une solution à cette difficulté pourrait résider dans la classification des sûretés négatives. L'objet des sûretés négatives doit être le critère de leur classification. L'engagement du débiteur peut consister en une obligation de faire ou en une obligation de ne pas faire¹²³³. Néanmoins, selon nous, doivent surtout être isolées les clauses instaurant des obligations d'information à la charge du débiteur¹²³⁴. Cette catégorie de sûretés négatives est très différente des autres, c'est pourquoi il serait possible d'envisager que contrairement aux autres, elles échappent à la règle de proportionnalité. En effet, le but de la règle de

¹²³⁰ Deux auteurs se sont déjà questionnés sur la proportionnalité des sûretés négatives par rapport au crédit garanti à propos de l'application de l'art. L. 650-1 c. com. : E. Cevaër et P.-E. Perrot, « L'EIRL et les sûretés négatives. Un vin nouveau pour de vieilles outres », *JCP éd. E*, n° 23, 9 juin 2011, 1443.

¹²³¹ Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009. Pour une définition plus restrictive v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit., loc. cit.* : les sûretés négatives « constituent des engagements souscrits par un débiteur, de ne pas réaliser certains actes de nature à entraîner son insolvabilité ou à compromettre l'efficacité de sûretés qu'il a déjà constituées ».

¹²³² J. Mestre, B. Fages, « Des clauses originales mais illicites au regard des droits fondamentaux », *RTD civ.* 2006, p. 557 : les auteurs ont mis en évidence la difficulté existante pour qualifier les sûretés négatives. La seule clause étudiée par ces auteurs pourrait relever de diverses qualifications. Il en résulte logiquement qu'il est difficile de prévoir des règles applicables à l'ensemble des sûretés négatives.

¹²³³ En font notamment partie les clauses d'exclusivité ou les clauses prévoyant l'interdiction pour le débiteur d'aliéner et de louer l'un de ses biens.

¹²³⁴ Sur ces sûretés négatives particulières : Y. Guyon, « Le droit de regard sur le patrimoine et l'activité du débiteur considéré comme une sûreté », *RJ com.* févr. 1982, n° spéc. p. 121.

proportionnalité étant d'éviter le gaspillage du crédit du constituant, seules les sûretés pouvant générer un gaspillage du crédit pour le constituant doivent être soumises à la règle de proportionnalité. Or les sûretés négatives mettant à la charge du débiteur une obligation d'information ne sont pas susceptibles d'entraîner le gaspillage du crédit du débiteur.

622. Disproportion impossible des sûretés négatives créant des obligations d'information.

Toutes les sûretés pouvant être analysées en des obligations d'information mises à la charge du débiteur ne peuvent porter atteinte à son crédit dès lors qu'elles ne l'empêchent pas d'accéder ultérieurement à de nouveaux crédits. Ces sûretés prennent concrètement la forme d'obligations pour le débiteur d'informer périodiquement le créancier de sa situation patrimoniale ou d'obligations de répondre aux questions posées par le créancier sous peine de déchéance du terme du crédit garanti. Ces sûretés ne portent aucune atteinte à la liberté de gestion patrimoniale du débiteur. Elles sont intéressantes pour le créancier qui pourra adapter son comportement à l'évolution de la situation patrimoniale de son débiteur. Ainsi, les sûretés négatives consistant dans des obligations d'information pourraient être exclues des réflexions relatives à l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés. Elles ne participent aucunement au gaspillage du crédit du constituant. Il ne semble pourtant pas indispensable d'exclure de la règle de proportionnalité des sûretés négatives constituées par les obligations d'information. En effet, si les sûretés négatives constituées par des obligations d'information sont soumises à la règle de proportionnalité, les juges qui seront chargés d'apprécier la proportionnalité constateront que ces sûretés ne participent pas à la disproportion dès lors qu'elles n'entraînent pas de gaspillage du crédit du débiteur.

623. Garanties contraignantes. Si l'application de la règle de proportionnalité aux sûretés négatives consistant dans des obligations d'information est indifférente, il est intéressant de soumettre les autres sûretés négatives à la règle de proportionnalité dès lors que ces dernières peuvent entraîner le gaspillage du crédit du débiteur. Gaspillent le crédit du débiteur certaines sûretés négatives permettant de rendre efficaces les sûretés prises par ailleurs, les sûretés négatives octroyant de nouveaux droits aux créanciers et les sûretés négatives consistant dans des obligations de ne pas faire¹²³⁵. Les professeurs Yves Chaput, Arnaud Cermolacce et monsieur Vincent Perruchot-Triboulet ont mis en évidence le caractère contraignant des sûretés

¹²³⁵ Les clauses interdisant au débiteur de constituer d'autres sûretés sans l'autorisation du créancier bénéficiaire de la clause sont par exemple évidemment de nature à entraver les capacités du débiteur à obtenir de nouveaux crédits.

negatives¹²³⁶. La comparaison des sûretés négatives et des sûretés traditionnelles fait en effet apparaître la gêne occasionnée par les sûretés négatives pour le constituant. Les auteurs précisent notamment que la constitution de sûretés réelles traditionnelles sur certains de ses biens n'interdit pas au débiteur de constituer ensuite de nouvelles sûretés sur ces mêmes biens, ni d'aliéner ces biens¹²³⁷. À l'inverse, certaines sûretés négatives ont pour objet de prévoir de telles interdictions. Ces sûretés négatives portent une atteinte flagrante à la capacité du constituant à obtenir de nouveaux crédits. Tel est le cas notamment des sûretés négatives par lesquelles les constituants s'engagent à ne pas consentir de sûretés réelles sur certains de leurs biens. L'ensemble des sûretés négatives seront prises en considération pour apprécier la proportionnalité des garanties prises par un créancier. Les juges sont capables d'identifier les sûretés négatives sans impact sur la possibilité pour le constituant d'obtenir de nouveaux crédits et celles qui gaspillent le crédit du constituant.

624. Difficulté pour évaluer la valeur des sûretés négatives. Se pose alors la question de savoir par quelle méthode les juges du fond pourront comparer concrètement l'importance du crédit garanti avec l'atteinte à la capacité du débiteur à obtenir des crédits. Le crédit garanti est une donnée chiffrable, mais tel n'est pas le cas de l'atteinte à la capacité du débiteur à obtenir des crédits. Ainsi, un contrôle arithmétique ne peut être envisagé en la matière. Il est d'ores et déjà possible d'affirmer que les sûretés négatives porteront fréquemment atteinte à la capacité du constituant à obtenir des crédits. Des auteurs ont notamment mis en évidence le fait que certaines sûretés négatives confèrent au créancier un droit de veto¹²³⁸. Ils affirment que « de fait, les sûretés négatives privent souvent le débiteur de la possibilité effective d'obtenir de nouveaux crédits sans l'accord de son créancier ». D'autres auteurs affirment que selon une conception trop restreinte, les sûretés négatives seraient seulement les « engagements des débiteurs de ne pas consentir de sûretés sur un bien ou sur l'ensemble de leurs biens »¹²³⁹. Selon cette conception restrictive, toutes les sûretés négatives porteraient atteinte à la faculté du débiteur d'obtenir des crédits. En effet, de manière évidente, l'impossibilité pour le débiteur de constituer des sûretés sur l'un ou plusieurs de ses biens entamera sa faculté à obtenir de nouveaux crédits. Dans ces hypothèses, les juges du fond devront se poser la question de savoir

¹²³⁶ Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 33.

¹²³⁷ Évidemment les sûretés constituées postérieurement seront constituées pour un rang postérieur. En outre, les biens grevés d'une sûreté assortie d'un droit de suite seront vendus en l'état.

¹²³⁸ « L'accomplissement d'un acte interdit au débiteur est subordonné à l'accord du créancier qui dispose ainsi d'un véritable droit de veto » : Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 21.

¹²³⁹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd. 2015, p. 488, n° 659.

si l'atteinte à la capacité à obtenir des crédits est justifiée au regard de l'importance du crédit consenti au débiteur. En l'absence de calcul chiffré, il faudra s'en remettre à l'appréciation des juges.

625. Sûretés *stricto sensu* : objet de la sanction. Ce constat d'une atteinte flagrante au crédit du constituant de certaines sûretés négatives invite à se poser la question de la sanction de la disproportion en présence de telles garanties. Dès lors que les sûretés négatives ne peuvent être qualifiées de sûretés *stricto sensu*, la sanction de la disproportion ne devrait pas pouvoir porter directement sur les sûretés négatives¹²⁴⁰. Ces garanties devraient seulement être prises en compte dans le calcul de la proportionnalité¹²⁴¹. Pourtant, l'existence de sûretés négatives portant une atteinte flagrante à la capacité du constituant à obtenir d'autres crédits conduit à souhaiter que les sûretés négatives puissent être aménagées lorsqu'elles sont disproportionnées. Si la sanction de la disproportion ne pouvait être prononcée directement sur les sûretés négatives, il serait impossible de protéger le crédit du constituant ayant consenti des sûretés négatives à la fois disproportionnées au crédit et attentatoires à sa capacité à obtenir des crédits. En effet, si la sanction ne pouvait porter directement sur les sûretés négatives consenties, la disproportion ne pourrait être sanctionnée qu'en présence d'autres sûretés, par la perte ou la réduction de ces autres sûretés¹²⁴². Une telle solution ne permettrait pas de restaurer la capacité du constituant à obtenir des crédits. Tant que demeurera la sûreté négative interdisant par exemple au constituant de consentir de nouvelles sûretés sur l'un de ses biens, sa faculté à accéder à de nouveaux crédits ne sera pas rétablie. La règle manquerait donc son effet. Ainsi, pour que la règle de proportionnalité soit utile en présence de sûretés négatives disproportionnées et portant une atteinte indéniable au crédit du constituant, il faut que la sanction de la disproportion puisse porter sur les sûretés négatives. De cette façon, les sûretés négatives pourraient être réduites ou aménagées afin que le crédit du constituant ne soit pas inutilement atteint. Se pose alors la question de savoir si les sûretés négatives peuvent faire l'objet d'une sanction en raison de la disproportion des garanties offertes au créancier.

626. Sûreté négative : objet de la sanction. En théorie, la sanction de la disproportion ne doit pouvoir porter que sur les sûretés *stricto sensu*. Ce cantonnement de la sanction de la disproportion a été retenu à la suite de la réflexion selon laquelle d'une part certaines garanties ne peuvent être réduites en raison de leur technique et d'autre part les garanties au sens large

¹²⁴⁰ v. n° 597 et s.

¹²⁴¹ v. n° 576 et s.

¹²⁴² Tel est le cas de toutes les garanties ne constituant pas des sûretés *stricto sensu* : v. n° 601.

peuvent avoir d'autres finalités que d'améliorer les chances de paiement du créancier. Les raisons pour lesquelles la sanction de la disproportion a été cantonnée aux sûretés *stricto sensu* ne se retrouvent pas en présence de sûretés négatives. En effet, d'une part il n'apparaît pas matériellement impossible de réduire de telles garanties et d'autre part le critère de distinction entre les garanties et les sûretés semble erroné concernant les sûretés négatives. La seule finalité des sûretés négatives consiste à garantir la créance qu'elles assortissent. La dénomination de « sûretés négatives » conforte l'idée selon laquelle les sûretés négatives ont pour seule fonction de garantir la créance¹²⁴³. Dès lors que les sûretés négatives échappent à la raison pour laquelle les autres garanties ne peuvent se voir appliquer la sanction de la disproportion, il est possible d'admettre que ces garanties particulières puissent être sanctionnées directement en cas de disproportion des garanties offertes au créancier. De ce point de vue, les sûretés négatives méritent d'être traitées comme des sûretés. Ainsi, la règle de proportionnalité permettra de limiter la prise de sûretés négatives y compris lorsque seules des sûretés négatives auront été offertes au créancier. Une telle limite à la constitution de sûretés négatives rapproche la règle de proportionnalité de règles existantes.

2. L'autonomie de la règle de proportionnalité

627. Existence de limites aux sûretés négatives. Diverses règles forment des limites à la constitution de sûretés négatives. Tel est le cas du refus de voir une sûreté négative porter atteinte au droit de propriété du débiteur¹²⁴⁴, de l'identification d'une immixtion caractérisée du créancier dans les droits du débiteur¹²⁴⁵ ou encore de la qualification de la clause prévoyant une

¹²⁴³ Les sûretés négatives sont toutefois à distinguer des sûretés dès lors qu'elles n'offrent aucun droit de préférence, ni droit de suite à leur bénéficiaire et ne leur fait pas davantage profiter de la propriété d'un bien. Il en résulte qu'elles ne peuvent entrer dans la définition des sûretés selon laquelle : « une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire à de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement » : P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 248, 1995, p. 234, n° 282.

¹²⁴⁴ Cass. 1^e civ., 13 déc. 2005, inédit, n° 04-13772 ; *JCP éd. E*, 2006, 2743, note M. Lamoureux ; *RTD civ.* 2006, p. 557, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RLDC* janv. 2007, p. 61, note G. Pillet en l'espèce le débiteur s'était interdit de louer ou vendre l'immeuble « en tout ou en partie, sans l'accord du prêteur » sous peine de déchéance du terme. Selon la Cour de cassation les clauses prévoyant de telles interdictions sont « prohibées au regard des articles 6 et 1172 du Code civil en ce qu'elles constituent une atteinte au principe constitutionnellement reconnu et énoncé à l'article 544 du même Code de disposer de son bien de la manière la plus absolue ».

¹²⁴⁵ Laquelle peut engendrer une réduction ou une annulation des garanties prises par le créancier sur le fondement de l'article L. 650-1 c. com. en cas de soutien abusif du débiteur par le créancier. En effet, en vertu du second alinéa de cet article « Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ». Deux auteurs ont par ailleurs rappelé que les sûretés négatives facilitent l'ingérence du banquier : L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* p. 197, n° 320.

sûreté négative en clause abusive¹²⁴⁶. Parmi ces limites à la constitution de sûretés négatives, un parallèle doit être fait entre le respect de l'ordre public économique et la proportionnalité des sûretés négatives. En effet, dans les deux cas, l'intérêt du créancier à la constitution de la sûreté négative en cause sera évalué afin de déterminer s'il est suffisant ou non pour justifier la sûreté négative prise¹²⁴⁷.

628.Parallèle avec le respect de l'ordre public économique¹²⁴⁸. Certaines sûretés négatives prennent la forme d'inaliénabilité de certains biens du débiteur, ces sûretés négatives contreviennent à l'ordre public économique¹²⁴⁹. Cette atteinte n'est tolérée que si l'inaliénabilité conventionnellement prévue est limitée dans le temps et répond à un intérêt sérieux et légitime¹²⁵⁰. L'intérêt du créancier qui souhaite s'assurer du recouvrement de sa créance à terme est incontestablement légitime. Cet intérêt ne sera toutefois pas toujours suffisant pour justifier l'atteinte portée à l'ordre public économique. Rappelons en effet que la clause d'inaliénabilité nuit à la circulation des richesses et donc indirectement mais nécessairement au bon fonctionnement de l'économie. Pour justifier cette atteinte à l'intérêt général, l'intérêt

¹²⁴⁶ Des auteurs ayant mis en évidence la validité douteuse des sûretés négatives portant sur l'ensemble du patrimoine du débiteur et conférant au créancier un droit de véto. cf. Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 32. Ces clauses ayant fait l'objet d'un avis de la commission des clauses abusives selon lequel : « Attendu que la clause insérée dans un contrat de crédit stipulant que "L'(es) emprunteur (s) s'engage (nt) à ne pas souscrire de nouveaux crédits et à ne pas accepter de nouvelles charges financières susceptibles d'aggraver leur endettement, sauf accord exprès de la société créancière", a pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, en ce que : – en soumettant à l'accord exprès de la banque toute nouvelle charge financière, elle concerne tous les actes susceptibles d'être conclus par les emprunteurs, y compris les actes conservatoires et d'administration, – telle qu'elle est rédigée, elle octroie à la banque un pouvoir discrétionnaire de refus de la souscription de tout nouveau crédit » : Comm. clauses abusives, avis n° 15-01, Contrat de restructuration de crédits : D. 2015, p. 2437, obs. G. Poissonnier ; A. Gouézel, « sûretés et clauses abusives », *RDBF* 2017, n° 2, p. 31. En revanche, malgré un avis contraire de la commission des clauses abusives (recommandation n° 91-03, Construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur du 22 juin 1990, *BOCCRF* du 6 septembre 1991 (complétant la n° 81-02) ni l'article L. 231-3 du c. constr. hab., ni la CA de Rennes (CA Rennes, 4 mars 2016, n° 12/08674 et CA Rennes, 20 nov. 2015, n° 15/04510) n'ont déclaré abusives les clauses figurant dans les contrats de construction de maisons individuelles et interdisant « au consommateur d'hypothéquer son terrain et sa maison, sauf pour les prêts immobiliers nécessaires à leur financement, tant que le prix de la maison n'est pas totalement réglé ».

¹²⁴⁷ Cf. Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 32.

¹²⁴⁸ Sur la notion d'ordre public économique : T. Pez, « L'ordre public économique », *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2015, n° 49, p. 43 : l'auteur affirme que « l'ordre public économique, [est] utilisé depuis longtemps par le juge judiciaire pour désigner l'ensemble des normes qu'il fait prévaloir sur la volonté des parties ». Il ajoute que, de manière générale : « assurer l'ordre public économique c'est assurer le bon fonctionnement du marché ».

¹²⁴⁹ L'inaliénabilité conventionnelle s'oppose aux articles 537 et 544 du Code civil. Sur l'inaliénabilité conventionnelle contrevenant à l'ordre public économique : v. M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil, Les biens*, t. 3, par M. Picard : LGDJ, 1926, n° 223.

¹²⁵⁰ Sur le contrôle de l'intérêt sérieux et légitime des clauses prévoyant l'inaliénabilité de certains biens du débiteur : Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 31.

particulier du créancier doit être suffisamment important. N'est-ce pas dire qu'au travers du contrôle de l'atteinte à l'ordre public économique, la jurisprudence évalue d'ores et déjà l'importance des intérêts du créancier ? Il est probable en effet que la jurisprudence qualifie de non conforme à l'ordre public économique la sûreté négative prenant la forme d'une clause d'inaliénabilité ayant pour objet un bien du débiteur dont la valeur serait disproportionnée au montant du crédit garanti. Les professeurs Yves Chaput, Arnaud Cermolacce et monsieur Vincent Perruchot-Triboulet mettent en avant le fait que la jurisprudence s'assure que l'intérêt légitime protégé « contrebalance les inconvénients habituels de l'inaliénabilité »¹²⁵¹. Ainsi, seul un intérêt légitime suffisamment important pourra permettre à la clause d'inaliénabilité d'échapper à la nullité qu'elle encourt pour contradiction à l'ordre public économique. Adoptant un point de vue réciproque, il est possible d'affirmer que les clauses d'inaliénabilité doivent être mesurées par rapport à l'importance de la créance garantie. Des auteurs précisent que « les clauses d'inaliénabilité ne doivent pas être une source de gaspillage de crédit ou constituer un frein aux activités du débiteur »¹²⁵². L'exigence de proportionnalité des sûretés négatives permet donc un contrôle semblable à celui du respect de l'ordre public économique. En présence d'une sûreté négative prévoyant l'inaliénabilité d'un bien, le gaspillage du crédit du débiteur pourra donc être condamné tant sur le fondement de la règle de proportionnalité que sur le fondement du respect de l'ordre public économique.

629. Distinction du contrôle de l'ordre public économique. Il semble toutefois que ces deux contrôles doivent être cumulés. Ce constat tient compte de plusieurs considérations. D'une part, le contrôle du respect de l'ordre public économique ne concerne pas nécessairement toutes les sûretés négatives. Il est effectif lorsqu'est conventionnellement prévue l'inaliénabilité de certains biens du débiteur. D'autre part, le contrôle de proportionnalité pourrait être plus strict que le contrôle du respect de l'ordre public économique. En effet, le respect de l'ordre public économique interdit seulement « qu'une sûreté négative puisse paralyser l'autonomie patrimoniale générale du débiteur »¹²⁵³. Des auteurs en déduisent que l'inaliénabilité conventionnellement prévue ne peut porter sur l'ensemble des biens du débiteur, ni faire obstacle en pratique à « toute possibilité de crédit, toute faculté de restructuration voire de valorisation de ses actifs »¹²⁵⁴. Ces propos invitent à penser que le contrôle de proportionnalité pourra être plus sévère que le contrôle du respect de l'ordre public économique. En application

¹²⁵¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹²⁵² Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, *op.cit.*, n° 32.

¹²⁵³ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹²⁵⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

de l'exigence de proportionnalité des sûretés proposée, une sûreté pourra être déclarée disproportionnée même si elle ne fait pas obstacle à la capacité du constituant d'obtenir tout crédit¹²⁵⁵. En outre, contrairement au contrôle de l'atteinte à l'ordre public économique, l'appréciation de la proportionnalité des sûretés prises en contrepartie d'un crédit devra être faite en considération de l'ensemble des sûretés octroyées au créancier¹²⁵⁶. Enfin et avant tout, la nécessité d'un cumul des règles résulte du fait que le contrôle du respect de l'ordre public économique a pour but de protéger l'intérêt général et non l'intérêt privé du constituant. Le contrôle de proportionnalité des sûretés négatives et le contrôle du respect de l'ordre public économique présenteront des similitudes dans le contrôle opéré en pratique, mais ils ne peuvent être assimilés dès lors qu'ils ne répondent pas aux mêmes finalités. Il en va de même de la protection du droit de propriété du constituant.

630.Parallèle avec la protection du droit de propriété du débiteur. Le contrôle de proportionnalité des sûretés négatives peut également être rapproché du contrôle de l'absence d'atteinte au droit de propriété du débiteur. Cette idée résulte de l'observation de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 décembre 2005 censurant une clause instaurant une sûreté négative en raison de l'atteinte portée au droit de propriété du débiteur¹²⁵⁷. À propos de cet arrêt, des auteurs ont affirmé que la Cour de cassation « ne condamne pas par principe ce type de clause mais invite le juge à apprécier dans quelle mesure l'atteinte au droit de propriété est légitime et proportionnée à l'objectif recherché »¹²⁵⁸. La référence à la notion de proportionnalité permet de mettre en évidence la similitude de la protection du droit de propriété du débiteur et du contrôle de la proportionnalité des sûretés négatives. En effet, pour vérifier que l'atteinte au droit de propriété du débiteur est tolérable, les juges doivent mettre en balance les intérêts du créancier et l'atteinte portée aux droits du débiteur. La protection du crédit du débiteur pourrait être poursuivie au travers du contrôle de la protection du droit de propriété. En disposant librement des biens dont il est propriétaire, le

¹²⁵⁵ Cette différence dans l'appréciation de la proportionnalité et du respect de l'ordre public économique n'est toutefois qu'une hypothèse fondée sur les propos des auteurs ayant étudié la question de ce dernier contrôle. Ces auteurs mettent eux-mêmes en évidence le fait qu'en l'absence de jurisprudence relative à la validité de principe des sûretés négatives « la doctrine en est réduite à des spéculations », Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 35.

¹²⁵⁶ v. n° 575 et s.

¹²⁵⁷ Cass. 13 déc. 2005 ; *JCP éd. E* 2006, 2743, note M. Lamoureux ; *RTD civ.* 2006, p. 557, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹²⁵⁸ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd. 2015, p. 489, n° 660.

débiteur peut affecter leur valeur à la garantie de nouveaux crédits¹²⁵⁹. Toutefois, le contrôle de proportionnalité et le contrôle du respect du droit de propriété ne pourront être confondus. Le contrôle du respect du droit de propriété du constituant d'une sûreté négative est effectué en considération de cette seule sûreté. À l'inverse, l'appréciation de la proportionnalité des sûretés prises en contrepartie d'un crédit devra être faite en considération de l'ensemble des sûretés octroyée au créancier¹²⁶⁰. Ces deux règles n'ont pas la même portée. La protection du droit de propriété du débiteur est recherchée spécifiquement en considération de la sûreté négative offerte par le constituant. À l'inverse, la règle de proportionnalité des sûretés est envisagée comme une règle générale. Elle implique que toutes les sûretés soient prises en compte pour que soit évaluée de manière globale la proportionnalité de l'ensemble des garanties offertes au créancier par rapport à la créance garantie¹²⁶¹. En outre, la clause portant atteinte au droit de propriété du débiteur est sanctionnée par la nullité. Cette même sanction ne pourra être retenue sur le fondement de la disproportion de la sûreté négative dès lors que la proportionnalité des sûretés ne constitue pas une condition de leur validité¹²⁶².

631. Autonomie de la règle de proportionnalité. En définitive, il apparaît nécessaire que la règle de proportionnalité soit applicable aux sûretés négatives. Les limites liées à l'ordre public économique et à la protection du droit de propriété du constituant sont insuffisantes pour protéger en toute hypothèse le crédit du constituant. En effet, ces limites sont propres à certaines sûretés négatives et n'impliquent pas d'adopter le point de vue du créancier pour considérer l'ensemble des garanties dont il bénéficie. Ainsi, seule la règle de proportionnalité permettra de répondre parfaitement à la finalité de protection des actifs du constituant.

¹²⁵⁹ Le constituant d'une hypothèque par exemple doit avoir la capacité de disposer de l'immeuble hypothéqué. Art. 2413 c. civ. : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ».

¹²⁶⁰ v. n° 575 et s.

¹²⁶¹ v. n° 575 et s.

¹²⁶² Est frappé de nullité l'acte juridique dont l'une des conditions de validité n'est pas remplie. Cette règle est aujourd'hui affirmée à l'art. 1178 al. 1 c. civ. : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ».

Section 2 : Le champ d'application personnel de la proportionnalité des sûretés

632.**Double facette du champ d'application personnel.** Pour définir le champ d'application personnel de la règle envisagée, il est nécessaire de s'intéresser aux constituants et aux créanciers. La règle de proportionnalité devra être applicable à l'ensemble des constituants de bonne foi (§ 1) quels que soient les créanciers auxquels ils ont offert des sûretés (§ 2).

§ 1 : Les constituants bénéficiant de la règle de proportionnalité

633.**Finalité de la règle comme guide.** Le champ d'application personnel de la règle de proportionnalité envisagé doit être cohérent avec la finalité de cette règle. Or, la règle de proportionnalité des sûretés a pour finalité la protection du crédit des constituants. L'identification des constituants devant être protégés contre une atteinte démesurée à leurs facultés d'obtention de crédit permettra de savoir quels constituants doivent bénéficier de cette règle. Il apparaîtra cohérent que cette règle de protection soit applicable tant aux constituants personnes physiques qu'aux constituants personnes morales (I). En revanche, dans la mesure où la règle envisagée est une règle de faveur pour les constituants, leur mauvaise foi devrait leur faire perdre le droit de l'invoquer (II).

I. La protection de tous les constituants

634.**Protection bénéficiant à tous les constituants.** Tant les constituants personnes physiques que les constituants personnes morales méritent que leur crédit soit protégé de sorte que tous doivent bénéficier de la règle de proportionnalité des sûretés (A). Ainsi, contrairement à la règle de proportionnalité visant à protéger les garants et les constituants de sûretés réelles pour autrui contre l'insolvabilité, la règle visant à protéger le crédit des constituants profitera aux personnes morales. Cette différence dans les champs d'application des deux règles de proportionnalité est une conséquence importante du champ d'application retenu (B).

A. La protection du patrimoine des personnes physiques et morales

635.**Question du besoin de protection du crédit des personnes morales.** Une réponse doit être apportée à la question de savoir si les personnes physiques et les personnes morales doivent toutes être protégées contre la prise de sûretés excessives des créanciers. La proportionnalité

des sûretés a pour finalité la protection du crédit des constituants de sûretés¹²⁶³. Il faut dès lors se demander précisément si les personnes morales comme les personnes physiques ont besoin que leur capacité à obtenir des crédits soit préservée. *A priori* les constituants, qu'ils soient des personnes physiques ou des personnes morales, ont intérêt à voir leur crédit protégé. Doit néanmoins être posée la question de savoir si les constituants personnes morales ne sont pas d'ores et déjà protégés contre l'atteinte excessive à leurs facultés d'obtention des crédits.

636. Absence de protection propre aux personnes morales. De nombreuses personnes morales consentent des sûretés. La constitution de personnes morales sert d'écran permettant de protéger les patrimoines des personnes physiques qui les constituent¹²⁶⁴. Cette protection fait obstacle à l'insolvabilité des personnes physiques constituant la personne morale. Ce constat avait permis d'écarter la personne morale de la protection offerte par la règle de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité. À l'inverse, l'écran social des personnes morales n'est d'aucun secours dans la lutte contre le gaspillage du crédit des constituants de sûretés. Il faut en conclure que, concernant le gaspillage du crédit, les personnes morales ne sont pas davantage protégées que les personnes physiques constituant des sûretés.

637. Protection nécessaire des sociétés contre le gaspillage du crédit. Ainsi, les établissements de crédit ne sont pas protégés contre le gaspillage de leur crédit par une règle qui justifierait qu'ils soient écartés de la règle de proportionnalité des sûretés. De manière générale, les personnes morales sont soumises au même gaspillage du crédit que les personnes physiques lorsque leurs créanciers exigent d'elles l'octroi de sûretés disproportionnées. Le gaspillage du crédit est aussi contraignant pour les personnes morales que pour les personnes physiques. En particulier, les sociétés qui ne sont plus en mesure d'offrir de sûretés se verront fréquemment refuser l'accès à de nouveaux crédits. Or, l'activité économique en France fonctionne sur la base d'emprunts

¹²⁶³ v. n° 461.

¹²⁶⁴ Sur la société comme technique d'organisation du patrimoine : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 30^e éd., 2017, p. 13, n° 33 et 34. Cette protection offerte par l'écran social apparaît de manière évidente dans le cadre des sociétés à risque limité. v. notamment : P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd. 2018, p. 39 s., n° 8 s : dans les sociétés à risques limités « l'associé ne risque normalement pas plus que ce qu'il a apporté. Cela signifie que si la société est devenue insolvable, les créanciers impayés ne pourront pas poursuivre les associés sur leurs biens propres ». La protection offerte par l'écran social existe également en matière de société à risque illimité dès lors que l'obligation aux dettes sociales à laquelle sont tenus les associés présente un caractère subsidiaire. En vertu de cette subsidiarité, les créanciers de la société seront tenus d'agir en priorité contre la société et ne pourront agir contre ses associés qu'en cas de démarche infructueuse menée contre la société. Cette règle est prévue à l'article 1858 du Code civil. v. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, op. cit., p. 661, n° 1607.

sans cesse renouvelés¹²⁶⁵. L'investissement est en effet rarement financé sur les fonds propres des entreprises, de sorte que l'accès au crédit des entreprises est indispensable au bon fonctionnement de l'économie¹²⁶⁶. Ainsi, la distinction entre les personnes physiques et les personnes morales ne serait pas justifiée. C'est pourquoi nous proposerons que la règle de proportionnalité des sûretés concerne l'ensemble des constituants de sûretés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales. La protection des personnes morales implique inévitablement que les champs d'application personnels des deux règles de proportionnalité des sûretés ne soient pas identiques.

638. Protection nécessaire des établissements de crédit. Aucune règle de protection de leur capacité à obtenir des crédits ne profite à l'ensemble des personnes morales. Ainsi, il semble que la règle de proportionnalité des sûretés doive être applicable tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Il sera toutefois vérifié que les établissements de crédit ne bénéficient pas en la matière de protection particulière. En effet, les établissements de crédit consentent des sûretés personnelles et sont rémunérés pour cette prestation. En théorie, la constitution de sûretés personnelles peut apparaître disproportionnée par rapport au crédit consenti¹²⁶⁷. Une telle pratique n'est pas répandue. Il est toutefois possible d'imaginer qu'en l'absence de limite, les créanciers exigent des sûretés personnelles consenties par des établissements de crédit qui soient disproportionnées par rapport aux crédits garantis¹²⁶⁸. Cette pratique serait condamnable. Dans une telle hypothèse le garant pourrait souffrir de la disproportion puisque ses ressources seraient inutilement atteintes. Le garant consentant un crédit par signature ne sera pas tenu de verser immédiatement les fonds mais, s'agissant d'un établissement de crédit, il sera tenu de respecter certaines règles propres à cette profession lui imposant de disposer d'une partie des sommes prêtées¹²⁶⁹. L'octroi de crédits par signature par un établissement de crédit est donc limité en considération des fonds dont il dispose. L'octroi

¹²⁶⁵ Pour une vue d'ensemble des crédits de trésorerie et d'investissement octroyés aux entreprises françaises, il est possible de consulter le site de la banque de France qui collecte ces données et établit des rapports trimestriels et annuels.

¹²⁶⁶ C'est pour cette raison que la facilitation de l'octroi de crédit aux entreprises est mise en avant au sein de divers programmes politiques. cf. le programme électoral de Monsieur le président de la République Emmanuel Macron propose diverses mesures ayant pour but de « soutenir la création et la croissance de[s] entreprises [françaises] ». Et déjà avant lui, la volonté de favoriser le développement des PME notamment par le biais d'un soutien financier faisait l'objet du premier des « soixante engagements pour la France » pris par le candidat François Hollande.

¹²⁶⁷ v. n° 506 et s.

¹²⁶⁸ v. n° 517 et s.

¹²⁶⁹ Art. L. 511-41 c. mon. et fin. al. 1 et 2 « I. – Les établissements de crédit et les sociétés de financement sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division de risques ». Sur les normes de gestion permettant de limiter le risque encouru par les banques : Ph. Neau-Leduc, A. Périn-Dureau, Ch. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, Dalloz, 6^e éd., 2018.

de crédits par signature disproportionnés par rapport à la créance garantie atteint donc de manière importante les fonds dont dispose l'établissement garant. Ainsi les établissements de crédit octroyant des prêts disproportionnés, en raison des règles qui leurs sont propres, subissent non pas une atteinte à leurs facultés à obtenir des crédits, mais une atteinte à leurs facultés à octroyer des crédits. La finalité de la règle de proportionnalité des sûretés ne se retrouve donc pas exactement lorsque la règle protège les établissements de crédit consentant des sûretés pour autrui. Néanmoins lorsqu'elle leur est appliquée, la règle permet également de favoriser l'octroi de crédits. Finalement la protection de la possibilité pour les établissements de crédit de consentir des crédits apparaît comme le versant de la protection de la possibilité pour les constituants d'obtenir des crédits. Ces deux objectifs servis par la règle de proportionnalité sont complémentaires. Ainsi, nous sommes favorables à l'application de la règle de proportionnalité aux établissements de crédit.

639. Protection incidente des débiteurs. En outre, le débiteur tenu de payer au garant des commissions, serait lésé si les sommes garanties par l'établissement de crédit étaient inutilement démesurées par rapport aux sommes empruntées. Dans ce domaine, la règle de proportionnalité pourrait servir de garde-fou, empêchant les établissements de crédit prêteurs et les établissements de crédit garants de s'entendre pour que le débiteur soit redevable de commissions importantes envers l'établissement de crédit garant. Cette règle n'apparaît pas indispensable aujourd'hui car les établissements de crédit n'abusent pas de leur liberté en la matière¹²⁷⁰. La pratique ne fait pas apparaître d'octrois de garanties autonomes par des établissements de crédit qui soient disproportionnés par rapport aux crédits consenti au débiteur¹²⁷¹. Les établissements de crédit, libres de fixer les commissions dues par les clients dont ils garantissent les emprunts, ne gonflent pas artificiellement ces commissions en s'engageant pour des sommes plus importantes¹²⁷². Pourtant, il n'est pas inconcevable de voir apparaître de telles stratégies. Gonfler artificiellement la somme pour laquelle un établissement de crédit doit s'engager permettrait à cet établissement de percevoir des commissions plus importantes sans que le prix apparent de la sûreté personnelle consentie n'augmente. En effet, le prix du crédit correspond à un pourcentage de la somme garantie de sorte que le pourcentage restant le même, les commissions dues seront d'un montant plus élevé si la somme garantie est

¹²⁷⁰ Un tel abus serait impossible en matière de cautionnement. En raison de l'art. 2290 c. civ. qui dispose que « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ».

¹²⁷¹ En matière de garantie autonome souscrit dans le cadre professionnel on n'observe pas de dérive.

¹²⁷² Aucune dérive n'a été constatée en ce sens jusqu'à présent.

plus importante¹²⁷³. Cette stratégie permettant de dissimuler l'augmentation des frais résultant de la sûreté personnelle pourrait être intéressante en raison de la concurrence qui existe entre les divers établissements de crédit¹²⁷⁴. Bien que non pratiquée, la prise de sûretés personnelles disproportionnées consenties par des établissements de crédit n'est pas impossible en théorie. Il semble dès lors que l'instauration d'une règle de proportionnalité ne serait pas inutile concernant les sûretés consenties par des établissements de crédit. Pourtant, une telle règle ne répondrait pas à la finalité de la règle de proportionnalité de sûretés envisagée. En effet, il est indéniable qu'en la matière, la règle de proportionnalité permettrait de protéger le débiteur et non le constituant de la sûreté qu'est le garant. La protection du débiteur ayant recours à une sûreté pour autrui consentie par un établissement de crédit pourrait donc être protégée de manière incidente par la règle de proportionnalité des sûretés.

640. Généralité du champ d'application. En définitive, le champ d'application de la règle de proportionnalité devrait être général. La règle de proportionnalité doit protéger tant les personnes physiques que les personnes morales consentant des sûretés. Cette protection des personnes morales implique que le champ d'application retenu diffère du champ d'application de la règle de proportionnalité des sûretés pour autrui visant à protéger les différents garants contre l'insolvabilité.

B. La conséquence de la protection des personnes morales

641. Exclusion des personnes morales de la protection contre l'insolvabilité. La règle de proportionnalité des sûretés visant à protéger les constituants de sûretés pour autrui de l'insolvabilité doit être réservée à la protection des constituants personnes physiques¹²⁷⁵. L'exclusion des personnes morales de la protection par la règle de proportionnalité résulte de la finalité de la règle envisagée. La première facette de la proportionnalité en droit des sûretés vise en effet à protéger les constituants de sûretés pour autrui contre l'insolvabilité qui pourrait résulter de leur engagement. Or dans ce cadre, la protection des garants personnes morales n'apparaît pas utile. Nous avons étudié les différentes sûretés pour autrui consenties par des

¹²⁷³ Sur le calcul des commissions dues à l'établissement de crédit acceptant de se porter garant : Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 3^e éd. 2016, p. 40, n° 25. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, coll. manuels, 10^e éd., 2015, n° 49 : les auteurs précisent que la commission représente généralement entre 0.5 % et 1.5 % du total des sommes garanties.

¹²⁷⁴ Sur la concurrence entre les différents établissements de crédit et les règles spécifiques applicables : J. Lasserre Capdeville, M. Storck, R. Routier, M. Mignot, J-Ph. Kovar, N. Eréséo, *Droit bancaire*, Dalloz 1^e éd. 2017, p. 141 et s., n° 242 et s.

¹²⁷⁵ Sur le choix de l'exclusion des personnes morales de la protection : v. n° 102.

personnes morales et en avons déduit que ces personnes n'étaient pas en attente de protection contre l'insolvabilité. C'est donc la finalité de protection contre l'insolvabilité de la règle de proportionnalité des sûretés pour autrui qui justifie que cette règle ne protège que les garants personnes physiques. C'est justement parce qu'est étudiée une autre finalité de la notion de proportionnalité des sûretés, que doit être à nouveau posée la question de l'utilité de la règle envisagée pour les constituants personnes morales.

642. Dualité des champs d'application personnel. La distinction entre les personnes physiques et les personnes morales est justifiée concernant la proportionnalité comme outil de lutte contre l'insolvabilité, mais ne l'est pas concernant la proportionnalité comme outil de lutte contre le gaspillage du crédit. En effet, la règle de proportionnalité des garanties offertes par des tiers par rapport à leur faculté des paiements a pour objectif de lutter contre l'insolvabilité de ces garants. Cette finalité de protection contre le passif des garants se justifie pour les personnes physiques. Elle pourrait en revanche être contestée s'agissant des personnes morales dès lors que la constitution même des personnes morales traduit un choix d'organisation patrimoniale permettant de protéger le patrimoine des personnes physiques constituantes¹²⁷⁶. C'est donc la différence des finalités des deux règles de proportionnalité qui explique que les personnes morales soient admises à se prévaloir de la règle de proportionnalité des sûretés alors même qu'elles ne pourront bénéficier de la protection offerte par la règle de proportionnalité réservée aux garants. Ce choix semble pertinent parce qu'il est guidé par les finalités des deux règles de proportionnalité des sûretés. Ainsi, les deux règles de proportionnalité des sûretés s'appliqueront à deux champs d'application personnels différents.

643. Dualité des règles de proportionnalité. Ce choix conduit à renoncer à toute idée de fusion des deux règles de proportionnalité des sûretés. Deux finalités différentes sont servies par un outil commun. Les champs d'application des deux règles de proportionnalité des sûretés diffèrent. Nous acceptons sans difficulté ce constat. La proportionnalité est une notion protéiforme. Elle sert d'ores et déjà divers objectifs dans d'autres matières et recouvre des réalités différentes. Ce choix de retenir deux champs d'application distincts ne signifie pas que la règle de proportionnalité des sûretés ne peut pas faire l'objet d'un principe unique. En effet, il est possible de considérer qu'un principe de proportionnalité des sûretés reçoit deux applications différentes, lesquelles impliquent la mise en balance d'éléments différents. La proportionnalité est l'outil commun des deux règles que nous aimerions voir généralisées en droit des sûretés.

¹²⁷⁶ v. n° 108.

Dès lors que les deux règles proposées poursuivent des finalités différentes, il est naturel que l'outil de la proportionnalité soit exploité de manières différentes et que les règles envisagées soient applicables à deux champs d'application personnel différents. Ainsi sont distingués sans regret les deux champs d'application des deux règles de proportionnalité des sûretés proposées. Il est néanmoins possible de s'inspirer du champ d'application proposé en matière de règle de proportionnalité luttant contre l'insolvabilité pour déterminer le champ d'application de la règle de proportionnalité comme outil de préservation du crédit. C'est pourquoi sera posée la question de savoir si, comme en matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité, il convient d'exclure de la protection contre le gaspillage du crédit les constituants de mauvaise foi.

II. L'exclusion des constituants de mauvaise foi

644. **Question de l'exclusion des constituants de mauvaise foi.** Tant les personnes physiques que les personnes morales méritent d'être protégées contre le gaspillage du crédit¹²⁷⁷. Cette généralité du champ d'application n'interdit pas l'instauration de limites. Précisément, elle n'implique pas que toutes les personnes physiques et toutes les personnes morales doivent être admises à se prévaloir de la règle de proportionnalité sans restriction. Il pourrait être intéressant de transposer la restriction prévue en matière de proportionnalité permettant la lutte contre l'insolvabilité consistant dans l'exclusion des garants de mauvaise foi. En la matière, ont été exclus les garants et constituants de sûretés réelles pour autrui de mauvaise foi. Ce choix avait été inspiré du droit du surendettement¹²⁷⁸. En effet, les procédures de traitement du surendettement prévues dans le Code de la consommation sont réservées aux personnes physiques de bonne foi¹²⁷⁹. Il semblait naturel que la règle de proportionnalité permettant d'anticiper l'apparition d'une situation d'insolvabilité qui constitue une règle de prévention, réponde au même champ d'application que celui retenu par le législateur en matière de traitement du surendettement. Le lien entre la règle de prévention et les règles de traitement du surendettement est évident et justifie que les mêmes personnes bénéficient de ces deux facettes de la protection contre l'insolvabilité. La question se pose de savoir si l'exclusion des personnes de mauvaise foi doit être transposée à la règle de proportionnalité permettant de lutter contre le gaspillage du crédit du constituant. Cette transposition n'apparaît pas de manière évidente dès

¹²⁷⁷ v. n° 640.

¹²⁷⁸ v. n° 75 et s.

¹²⁷⁹ Art. L. 711-1 al. 1 c. consom. : « Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi ».

lors que les deux règles s'appliqueront à des champs d'application distincts¹²⁸⁰. Sera donc objectivement posée la question de savoir s'il faut ou non que les constituants de sûretés soient protégés contre le gaspillage du crédit bien qu'ils soient de mauvaise foi. Avant de répondre à cette question, il convient de préciser quelle serait la conception de la mauvaise foi retenue en matière de proportionnalité des sûretés.

645. Double conception de la bonne foi. La notion de bonne foi telle qu'elle devrait être retenue pour l'application de la règle de proportionnalité des sûretés permettant de lutter contre l'insolvabilité a été précisée¹²⁸¹. En premier lieu il convient de rappeler qu'en cette matière, comme de manière générale, la bonne foi est présumée¹²⁸². Doit donc être démontrée par le créancier, la mauvaise foi des cautions qui invoquent la règle de proportionnalité. En matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité, l'absence de bonne foi peut prendre deux formes distinctes. En effet, la bonne foi recouvre deux réalités différentes qualifiées de bonne foi procédurale et de bonne foi contractuelle. L'absence de bonne foi procédurale correspond à l'attitude de la caution qui minimiserait ses revenus ou son patrimoine ou augmenterait fictivement ses charges par de fausses déclarations ou par la remise de documents inexacts. Est également de mauvaise foi au sens procédural la caution qui détournerait ou dissimulerait une partie de son patrimoine au jour où elle demanderait à bénéficier de la protection par la proportionnalité du cautionnement. Enfin, la mauvaise foi procédurale serait caractérisée si une caution détournait la règle de proportionnalité de sa finalité¹²⁸³. L'absence de bonne foi contractuelle correspond quant à elle à l'état d'esprit des cautions n'ayant jamais eu l'intention d'honorer leur cautionnement. Sont notamment de mauvaise foi, au sens de la mauvaise foi contractuelle, les cautions qui se sont engagées pour des montants disproportionnés en toute conscience, dans le but de se prévaloir de la règle de

¹²⁸⁰ Les personnes morales étant exclues de la protection offerte par la règle de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité mais pas de la protection offerte par la règle de proportionnalité visant à lutter contre le gaspillage du crédit. v. n° 641.

¹²⁸¹ v. n° 88 et s.

¹²⁸² La présomption de bonne foi prévue à l'art. 2274 c. civ. relatif à l'usucapion est rédigée en des termes généraux de sorte que cet article a été interprété comme applicable au-delà du domaine de la prescription acquisitive. Art. 2274 c. civ. : « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». v. notamment pour des applications en matière de droit du surendettement : la Cour de cassation vise cet article pour censurer un arrêt dans lequel la cour d'appel de Colmar s'était contenté d'affirmer que « le débiteur ne paraît de bonne foi ni dans la création de son passif ni sur le plan procédural » : Cass. 2^e civ. 2 juill. 2009, n° 08-17355, Bull. civ. IV, n° 177, *Gaz. Pal.* 1^e-3 nov. 2009, p. 3, note F. Reille. Se fonde également sur l'article 2274 c. civ. pour justifier la présomption de bonne foi du débiteur surendetté : J. Lasserre Capdeville, « Éléments insuffisants à la caractérisation de la mauvaise foi du débiteur », *Gaz. Pal.*, n° 33, p. 21. Sur l'art. 2274 c. civ. : F. Ferrand, « Attribution du risque de la preuve », *Rép. Procédure civile*, déc. 2013, n° 155.

¹²⁸³ v. n° 89.

proportionnalité au jour où elles seraient appelées à honorer leur engagement¹²⁸⁴. Cette double notion de bonne foi peut-elle être traduite en matière de règle de proportionnalité protégeant le crédit du constituant ?

646. Transposition de l'acceptation de la bonne foi procédurale. La mauvaise foi procédurale, peut difficilement être adaptée à la règle de proportionnalité des sûretés permettant de lutter contre le gaspillage du crédit. En effet, en théorie pourrait être dit de mauvaise foi le constituant qui augmenterait fictivement la valeur des sûretés ayant été prises par le créancier en garantie de sa créance ou qui diminuerait fictivement le montant de cette créance. Cette attitude permettrait de faciliter la démonstration de la disproportion. Seulement en pratique, on ne conçoit pas que le constituant puisse augmenter fictivement la valeur des sûretés prises ou réduire fictivement le montant de la créance garantie. De ce point de vue, il semble que la notion de bonne foi procédurale ne puisse être adaptée à la règle de proportionnalité permettant de préserver le crédit des constituants. Pourtant, l'hypothèse de la mauvaise foi procédurale caractérisée par le détournement de la règle de sa finalité pourrait être transposée à la règle de proportionnalité permettant de lutter contre le gaspillage du crédit. Il est en effet concevable que le constituant se prévale de la règle de proportionnalité dans un but différent de la préservation de son crédit. Le constituant pourrait notamment être animé de la volonté de favoriser l'un de ses créanciers en faisant tomber la sûreté accordée à un autre sur l'un de ses actifs. Tel n'est pas la finalité de la règle de proportionnalité et nous pensons qu'il ne serait pas opportun de permettre aux constituants d'invoquer la disproportion des sûretés prises par un créancier pour servir un tel objectif¹²⁸⁵. Ainsi, l'absence de bonne foi procédurale pourra seulement être traduite par le détournement de la règle de sa finalité. Le créancier souhaitant échapper à l'application de la règle de proportionnalité devra alors démontrer que le constituant invoque la règle de proportionnalité dans un but différent de la préservation de son crédit¹²⁸⁶. Il convient d'étudier également l'adaptation de la notion de bonne foi contractuelle en matière de proportionnalité permettant de lutter contre le gaspillage du crédit.

¹²⁸⁴ v. n° 91 : transposition de la notion de bonne foi contractuelle.

¹²⁸⁵ Cet usage de la règle de proportionnalité serait contraire à l'esprit du principe d'égalité des créanciers lorsque leur débiteur rencontre des difficultés. Sur ce principe : M.-J. Reymond de Gentile, *Le Principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Sirey, 1973 ; Y. Viala, *Le principe de l'égalité entre les créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse, Toulouse, 2001.

¹²⁸⁶ Il est intéressant de noter que la notion de bonne foi est une notion souple. Elle s'adapte à la matière à laquelle elle est appliquée et, en l'occurrence, la bonne foi procédurale recouvre des réalités différentes en matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité et de proportionnalité permettant de lutter contre le gaspillage du crédit. Sur les différentes réalités recouvertes par la notion de bonne foi : v. n° 75 à 97.

647. **Transposition de l'acceptation de la bonne foi contractuelle.** Serait de mauvaise foi au titre de la mauvaise foi contractuelle, le constituant qui consentirait volontairement des sûretés disproportionnées dans le but d'invoquer ensuite la règle de proportionnalité des sûretés. Dans cette hypothèse, le créancier sera tenu de prouver la volonté du constituant d'invoquer la règle de proportionnalité des sûretés. Il ne pourra se contenter de prouver que le constituant avait conscience d'offrir des sûretés disproportionnées par rapport au crédit consenti¹²⁸⁷. En effet, si la mauvaise foi du constituant était présumée dès lors qu'il accepte en conscience d'offrir à son créancier des sûretés disproportionnées au montant du crédit garanti, les créanciers pourraient aisément contourner la règle de proportionnalité. Plus la disproportion serait manifeste, plus il leur serait aisé de démontrer que le constituant avait nécessairement connaissance de cette disproportion. Cette preuve ne doit donc pas suffire à admettre que le constituant avait la volonté de se prévaloir de la règle de proportionnalité. L'observation de la pratique invite à penser au contraire que les constituants se sentent tenus d'apporter les sûretés qui sont exigées d'eux et ont une faible marge de négociation en la matière¹²⁸⁸. Les créanciers en position de force se renseignent sur les biens appartenant au débiteur qui pourraient être grevés de sûretés ainsi que sur la situation personnelle du débiteur afin d'identifier ceux qui parmi ses proches pourraient se porter garants du remboursement de ses dettes. Ils exigent ensuite du débiteur qu'il leur offre les sûretés qui les intéressent. En pratique, le débiteur a le sentiment de ne pas avoir d'autre choix que d'accepter de constituer ces sûretés s'il désire que le prêt lui soit octroyé par le créancier concerné¹²⁸⁹. Il peut évidemment refuser d'octroyer les sûretés sollicitées mais il est probable que le créancier refuse alors de lui consentir le crédit envisagé. Ainsi, la règle de proportionnalité des sûretés semblerait inefficace. Le constituant acceptant d'octroyer les sûretés exigées de lui malgré leur disproportion serait dit de mauvaise foi et exclu de la protection offerte par la règle. C'est pourquoi la mauvaise foi du constituant ne pourra être démontrée que s'il a eu l'intention de constituer des sûretés disproportionnées et non seulement

¹²⁸⁷ Les notions de conscience et d'intention recouvrent des réalités différentes : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o conscience et intention. La conscience est définie comme : « Aptitude à comprendre ce que l'on fait, à être présent, en esprit, à un acte, intelligence élémentaire qui entre dans la définition du consentement et à défaut de laquelle est annulable, pour absence de consentement, l'acte accompli par celui qui en était, à ce moment, privé ». La conscience étant synonyme de connaissance. L'intention quant à elle est définie comme : « Résolution intime d'agir dans un certain sens, donnée psychologique (relevant de la volonté interne) qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique (...), parfois comme critère d'appréciation de sa licéité ».

¹²⁸⁸ En ce sens C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 83, n^o 59 qui affirme que « face au prêteur, le débiteur est dans l'attente de l'octroi de son prêt ; pour l'obtenir, on présume qu'il serait déterminé à céder à n'importe quelle requête de son créancier ».

¹²⁸⁹ En cela les hypothèses dans lesquelles les constituants acceptent de consentir des sûretés disproportionnées rappellent les situations dans lesquelles le créancier se rend coupable d'un vice de violence. Néanmoins, la règle de proportionnalité ne pourra être assimilée au vice de violence : v. n^o 678 et s.

s'il en avait conscience¹²⁹⁰. Les hypothèses dans lesquelles les constituants consentiraient volontairement des sûretés disproportionnées dans le but de se prévaloir de la règle de proportionnalité devrait être extrêmement rare en pratique dès lors que la sanction mesurée de la disproportion ne leur fera bénéficier d'aucun avantage particulier¹²⁹¹.

648. Opportunité de l'exclusion des constituant de mauvaise foi. Nous sommes favorables à l'exclusion des constituants de mauvaise foi du bénéfice de la règle de proportionnalité des sûretés. Comme il l'a été rappelé, cette exclusion est classique en droit¹²⁹². Il est vrai que l'exclusion des constituants de mauvaise foi pourra être source de contentieux dès lors que les juges auront à se prononcer sur la réalité de la démonstration de la mauvaise foi du constituant par le créancier. Cet inconvénient doit être accepté pour que la règle de protection soit réservée aux constituants qui la méritent. En effet, la règle de proportionnalité envisagée est une mesure de protection qui s'inscrit contre le principe de la force obligatoire du contrat¹²⁹³. Cette mesure de protection doit donc être strictement encadrée. Il semble juste qu'elle soit réservée aux justiciables de bonne foi¹²⁹⁴.

649. Généralité du champ d'application. Malgré l'exclusion des constituants de mauvaise foi, il est remarquable que la règle de proportionnalité des sûretés permettant de préserver le crédit des constituants permettra de protéger un grand nombre de constituants. La généralité de la règle de proportionnalité des sûretés transparait à travers son champ d'application large. Non seulement tous les constituants de bonne foi doivent être admis à invoquer cette règle, mais ils doivent l'être quelle que soit la qualité du créancier auquel ils ont consenti une ou plusieurs sûretés.

¹²⁹⁰ Sur la distinction de l'intention et de la conscience : v. n° 92.

¹²⁹¹ Sur la sanction retenue en cas de disproportion : v. n° 195.

¹²⁹² v. n° 75 : si le juge « ne peut pas donner au juste plus que la loi ne lui donne, il se reconnaît le pouvoir d'enlever au coupable les avantages de la situation juridique que celui-ci avait cru acquérir », G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, coll. Anthologie du droit, 4^e éd., LGDJ, 2014, n° 159. Cette sanction de la mauvaise foi par la perte d'un droit est classique.

¹²⁹³ Sur le principe de la force obligatoire du contrat : R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg, 1997 ; P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare et Martin, 2014 ; H. Juillet-Régis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015 ; K. Lafaurie, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2017.

¹²⁹⁴ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989, bibl. dr. privé, t. 208. L'auteur relève une tendance de plus en plus nette à tirer les conséquences de l'inexécution volontaire du contrat. Il énumère divers effets tels que l'inapplication d'un délai de prescription favorable, le refus de révision d'une clause pénale ou le refus d'octroi d'un délai de grâce.

§ 2 : Les créanciers soumis à la règle de proportionnalité

650.**Proposition d'application de la règle à tous les créanciers.** Tous les constituants, personnes physiques ou morales pourront bénéficier de la règle de proportionnalité à condition qu'ils soient de bonne foi. Ce champ d'application est approprié à la finalité de protection de la règle de proportionnalité des sûretés. Cette même finalité doit guider la précision du champ d'application personnel de la règle quant à la détermination des créanciers y étant soumis. La finalité de protection des constituants implique que tous les créanciers doivent être soumis à l'exigence de la prise de sûretés proportionnées par rapport au crédit accordé (I). Toutefois, il semble indispensable de vérifier que la soumission de l'ensemble des créanciers à cette règle n'est pas trop rigoureuse pour les créanciers non avertis (II).

I. La recherche d'un champ d'application cohérent avec la finalité de la règle

651.**Absence de distinction.** La règle de proportionnalité des sûretés étudiée a pour objectif de protéger les constituants de sûretés contre le gaspillage de leurs facultés à obtenir des crédits. Cet objectif de protection des constituants implique que tous les constituants soient protégés par la règle. Il ne semble pas pertinent de faire dépendre la protection des constituants de la preuve de la mauvaise foi du créancier, ni de sa qualité.

652.**Indifférence de la bonne foi du créancier.** La règle de proportionnalité des sûretés est conçue comme une règle de protection du crédit des constituants. Il découle de cette finalité que la proportionnalité devra être appréciée de manière objective. La règle de proportionnalité ne vise pas à sanctionner le créancier qui se serait mal comporté en se faisant consentir des sûretés disproportionnées par rapport au crédit. Le fait que toutes les sûretés soient prises en considération dans l'appréciation de la proportionnalité indifféremment de leur source confirme cette conception d'une proportionnalité objective. En effet, si la règle avait pour but de sanctionner le comportement du créancier, la prise en considération des sûretés de source légale aurait pu être contestée dès lors que ces sûretés existent en dehors de toute initiative du créancier¹²⁹⁵. Dès lors que la règle de proportionnalité n'a pas pour objectif de sanctionner le créancier trop gourmand dans sa prise de sûretés, la mauvaise foi du créancier ne doit pas constituer une condition d'application de la règle.

¹²⁹⁵ Bien que le créancier soit généralement tenu d'inscrire les sûretés légale pour pouvoir en bénéficier.

653. Indifférence de la qualité du créancier. En matière de cautionnement, la finalité de la règle consistant à protéger les cautions avait déjà conduit à refuser que la protection soit réservée aux cautions s'engageant envers des créanciers professionnels¹²⁹⁶. Nous avons rejoint sur ce point l'avant-projet de réforme du droit des sûretés qui propose que la règle de proportionnalité du cautionnement soit applicable que le créancier bénéficiant du cautionnement soit un créancier professionnel ou non¹²⁹⁷. De la même manière en matière de proportionnalité des sûretés, la finalité de protection des constituants interdit de distinguer selon la qualité du créancier. En effet, les constituants méritent une protection identique que leur créancier ait ou non octroyé un crédit dans le cadre de son activité professionnelle. Ainsi, la finalité de protection de la règle de proportionnalité des sûretés justifie que la bonne foi et la qualité du créancier soient sans incidence sur l'applicabilité de la règle.

654. Finalité de protection du crédit des constituants. Si la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés avait été différente, il aurait pu être pertinent de distinguer selon la qualité des créanciers. En effet, si la règle avait eu pour objectif de rééquilibrer les rapports entre les créanciers et les constituants, il aurait été compréhensible qu'elle ne soit applicable que dans des situations dans lesquelles les créanciers se trouvent en situation privilégiée par rapport aux constituants de sûretés. Or tel n'est pas nécessairement le cas des créanciers non professionnels. C'est d'ailleurs le flou relatif aux finalités poursuivies par la règle de proportionnalité du cautionnement qui peut expliquer que l'article L. 332-1 du Code de la consommation ait réservé la protection offerte par la règle de proportionnalité aux cautions engagées envers des créanciers professionnels. Bien que le texte ait pour objectif de protéger les cautions contre l'insolvabilité, il laisse transparaître la volonté du législateur de sanctionner les créanciers exigeant des cautionnements disproportionnés¹²⁹⁸. Seul ce second objectif peut expliquer que les créanciers non professionnels n'aient pas été soumis au respect de l'exigence de proportionnalité des cautionnements. Ainsi peut être critiqué le fait que le champ d'application retenu en la matière ne soit pas cohérent avec la finalité de protection des cautions contre l'insolvabilité¹²⁹⁹. De la

¹²⁹⁶ v. n° 127 et s.

¹²⁹⁷ Art. 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés publié par l'association Henri Capitant en 2017 : « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation » ; commentaire des auteurs de l'avant-projet sous l'article 2301 du Code civil : « la protection résultant de ce texte est tout autant justifiée et nécessaire lorsque le créancier n'est pas un professionnel ». Également en ce sens : M. Bourassin, « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (sous dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 99 et s., spéc. p. 115.

¹²⁹⁸ v. n° 155 et s.

¹²⁹⁹ v. n° 126.

même façon, en matière de proportionnalité permettant la préservation du crédit du constituant, la seule finalité de la règle est la protection du crédit des constituants. Le rééquilibrage de la relation entre le constituant et le créancier n'est qu'un avantage secondaire résultant de cette règle. Cet avantage ne doit pas guider la recherche d'un champ d'application cohérent. Seule la finalité de protection du crédit des constituants doit être prise en compte pour l'élaboration du régime de la règle de proportionnalité. Il ne fait donc pas de doute que la finalité de la règle de proportionnalité impose que la règle soit applicable à tous les créanciers. Pourtant, il semble indispensable de vérifier qu'il ne sera pas trop rigoureux de soumettre tous les créanciers à cette règle de proportionnalité.

II. L'opportunité de l'application de la règle aux créanciers non professionnels

655. Règle applicable à tous les créanciers. Il n'est pas anodin d'imposer à l'ensemble des créanciers de respecter la règle de proportionnalité des sûretés. Il pourrait sembler excessif de sanctionner les créanciers non professionnels qui prendraient des sûretés disproportionnées. En effet, si les établissements de crédit sont des créanciers quotidiennement sollicités, de nombreux autres créanciers octroient chaque jour des créances plus ou moins importantes. Parmi eux, certains sont rodés à la vie des affaires et sont conscients qu'une législation encadre l'octroi de prêts ainsi que la prise de garanties. D'autres en revanche sont des créanciers occasionnels. Il est certain que tous ces créanciers n'auront pas connaissance de la règle de proportionnalité des sûretés. Toutefois, la méconnaissance de la règle de droit n'est pas une excuse pour le justiciable qui ne la respecte pas¹³⁰⁰. Elle ne doit pas servir de justification au législateur pour épargner les justiciables qui ne se renseigneront pas sur les règles applicables. En outre, ne sont concernés par cette règle que les créanciers qui ont exigé en contrepartie de leur créance des sûretés disproportionnées au crédit consenti. Ainsi, la majorité des créanciers occasionnels ne sera pas concernée¹³⁰¹. En pratique il est fréquent que ces créanciers occasionnels ne prennent pas la peine de se faire consentir de sûretés ou adaptent instinctivement leur prise de sûretés au montant garanti.

656. Difficulté d'évaluation des sûretés. Toutefois, pourrait poser difficulté, le constat selon lequel tous les créanciers occasionnels n'ont pas nécessairement la capacité d'évaluer l'efficacité des

¹³⁰⁰ Cette règle est résumée par le célèbre adage : « nul n'est censé ignorer la loi ». R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13^e éd., 2019, p. 131, n° 128.

¹³⁰¹ Le choix de ne pas exiger de sûreté est fréquent chez les créanciers occasionnels en raison du faible montant des créances ou de la nature de leurs relations avec le débiteur.

sûretés ni, par suite, leur valeur¹³⁰². Ceux qui prêtent occasionnellement des sommes d'argent ne sont pas familiers des sûretés. S'ils prennent la précaution de s'en faire consentir, ils ne se renseignent pas nécessairement au préalable sur les caractéristiques et les risques d'inefficacité de ces sûretés. En outre, s'ils sont conscients qu'ils n'ont pas l'expérience nécessaire pour choisir la sûreté la plus efficace, les créanciers occasionnels peuvent choisir d'assurer leur protection en se faisant consentir plusieurs sûretés. Dans une telle hypothèse, ces créanciers pourront finalement se faire consentir des sûretés disproportionnées par rapport au crédit obtenu. Il semble néanmoins qu'il faille accepter que ces créanciers soient soumis à la règle de proportionnalité. Il est vrai que les créanciers qui ne sont pas armés pour évaluer la valeur des sûretés prises, ne pourront concrètement vérifier par eux-mêmes qu'ils respectent la règle de proportionnalité. Pourtant, la protection des constituants ne doit pas dépendre de la capacité des créanciers à évaluer la valeur des sûretés qu'ils exigent. En outre, instinctivement, les créanciers occasionnels sont tentés d'adapter leur prise de sûreté au crédit consenti¹³⁰³. Ainsi, rares seront en pratique les créanciers non professionnels qui exigeront des sûretés disproportionnées. Pour ces créanciers néanmoins, la règle pourrait paraître sévère. Cette sévérité doit être relativisée dès lors que la sanction de la prise de sûretés disproportionnées sera mesurée. En effet, il serait inapproprié de sanctionner sévèrement ces créanciers qui, même s'ils souhaitent se conformer à la règle de proportionnalité, ne sauront pas évaluer les sûretés. En revanche, il ne semble pas extrêmement rigoureux de corriger la prise de sûretés par ces créanciers. Ainsi, le choix d'une sanction protectrice des intérêts des constituants, sans effet punitif à l'égard des créanciers permettra d'accepter que tous les créanciers soient soumis à l'exigence de proportionnalité des sûretés¹³⁰⁴. Ici comme en matière de proportionnalité du cautionnement, le choix d'un champ d'application large doit s'accompagner d'une sanction modérée en cas de non-respect de la règle¹³⁰⁵.

657. Généralité de la règle de proportionnalité. Le champ d'application personnel de la règle se caractérise par sa généralité. Tous les constituants pourront se prévaloir de la règle à la seule

¹³⁰² L'évaluation de la valeur de la sûreté dépend de son efficacité : v. n° 708.

¹³⁰³ Le respect de la proportionnalité correspond à un comportement naturel. En effet, la proportionnalité renvoie à d'autres notions telles que la « juste mesure » ou encore la « modération » qui sont en général spontanément respectées (Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° proportionnalité. Sens 2.).

¹³⁰⁴ Le même raisonnement a été suivi pour admettre que la règle de proportionnalité ayant pour finalité la lutte contre l'insolvabilité des garants soit applicable quelle que soit la qualité du créancier. v. n° 127.

¹³⁰⁵ v. n° 128.

condition d'être de bonne foi. Tous les créanciers sont soumis à la règle qu'ils soient ou non des créanciers professionnels.

Conclusion du chapitre

Toutes les sûretés sont soumises à la règle de proportionnalité. Cette affirmation méritait d'être précisée. Pour ce faire, il a été démontré que la finalité de la règle imposait de prendre en considération l'ensemble des garanties offertes au créancier pour en apprécier la proportionnalité¹³⁰⁶. L'appréciation de la proportionnalité des sûretés résultant de la règle proposée sera dès lors identique à celle qui résulte de l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce¹³⁰⁷. Le rapprochement de la règle de proportionnalité des sûretés à une règle existante a conduit à étudier la jurisprudence en faisant application. Néanmoins, cette jurisprudence n'est pas riche d'exemples de prises de garanties disproportionnées.

Il pourrait sembler incorrect de nommer « règle de proportionnalité des sûretés » une règle dont l'application ne serait pas limitée aux sûretés *stricto sensu* mais s'étendrait à l'ensemble des garanties de paiement. Cette dénomination s'explique par le fait que seules les sûretés *stricto sensu* pourront être l'objet de la sanction de la disproportion bien que toutes les garanties de paiement soient prises en considération dans l'appréciation de la proportionnalité¹³⁰⁸.

Dès lors que les garanties de paiement doivent être prises en considération pour apprécier la proportionnalité, il est apparu utile d'étudier spécifiquement deux d'entre elles : le droit de rétention et les sûretés négatives¹³⁰⁹. Le droit de rétention peut porter sur un bien dont le débiteur n'est pas propriétaire. Dans cette hypothèse, le droit de rétention nuit à la capacité du propriétaire du bien à obtenir des crédits de sorte que seul le propriétaire devrait être autorisé à invoquer la règle de proportionnalité. Toutefois, l'invocation de cette règle ne présenterait pour lui aucune utilité dès lors que la sanction de la disproportion ne pourra porter sur le droit de rétention qui n'est pas une sûreté *stricto sensu*. Ainsi, dès lors que le propriétaire du bien retenu n'est pas débiteur, il n'aura aucun intérêt à invoquer la règle de proportionnalité des sûretés. En

¹³⁰⁶ Sur la nécessité de prendre en considération toutes les sûretés offertes au créancier considérées ensemble : v. n° 575 et s.

¹³⁰⁷ Sur le rapprochement de la règle de proportionnalité des sûretés à la règle prévue à l'article L. 650-1 du Code de commerce : v. n° 581 et s.

¹³⁰⁸ Sur les sorts distincts des sûretés et des garanties de paiement : v. n° 597 et s.

¹³⁰⁹ Sur l'étude du droit de rétention : v. n° 604 et s. et sur celle des sûretés négatives : v. n° 618 et s.

revanche, si le débiteur est propriétaire du bien retenu, il pourra se prévaloir de la règle. La sanction de la disproportion ne portera pas sur le droit de rétention qui demeurera intact mais sur les sûretés offertes au créancier à condition qu'il s'agisse de sûretés *stricto sensu*. Cette solution apparaît satisfaisante. Si la sanction de la disproportion avait pu porter directement sur le droit de rétention, l'efficacité de cette sûreté aurait été atteinte. Contrairement aux autres sûretés réelles, le droit de rétention tire son efficacité de la différence de valeur entre le bien retenu et la créance garantie¹³¹⁰.

Les sûretés négatives connaîtront un sort différent. Elles seront prises en considération pour apprécier la proportionnalité des sûretés et pourront également recevoir la sanction de la disproportion. Une telle exception à la règle selon laquelle seules les sûretés *stricto sensu* peuvent subir la sanction de la disproportion est apparue nécessaire. En effet, à elles seules, les sûretés négatives peuvent être disproportionnées par rapport à la créance garantie et peuvent bloquer l'accès au crédit du constituant¹³¹¹. Par ailleurs, il a été rappelé que certaines limites à la constitution de sûretés négatives ont d'ores et déjà été posées en jurisprudence. Ces règles ne sont toutefois pas suffisantes pour assurer la protection du crédit du constituant de sorte que l'application de la règle de proportionnalité des sûretés à ces garanties apparaît justifiée¹³¹².

La généralité du domaine d'application de la règle de proportionnalité se retrouve également dans son champ d'application personnel. D'une part, tous les créanciers sont tenus de respecter cette règle¹³¹³. Ainsi leur qualité de créancier professionnel ou non est sans incidence sur l'applicabilité de la règle. De même, leur bonne ou leur mauvaise foi n'influe pas sur l'application de la règle de proportionnalité. L'application de la règle de proportionnalité à l'ensemble des créanciers rappelle la solution retenue par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés en matière de cautionnement. De même, selon nos propositions, l'ensemble des créanciers seront soumis aux règles de proportionnalité du cautionnement et des sûretés. D'autre part, tous les constituants pourront bénéficier de la règle de proportionnalité. Aucune distinction ne sera effectuée entre les constituants personnes physiques et les constituants personnes morales¹³¹⁴. De ce point de vue, la proposition diffère de la solution retenue en matière de cautionnement. Le choix du droit positif d'une protection réservée aux cautions personnes physiques ne sera pas modifié selon les propositions de l'avant-projet et ne le serait

¹³¹⁰ Sur la distinction entre le droit de rétention et les sûretés réelles : v. n° 611.

¹³¹¹ Sur les sûretés négatives absorbant le crédit du constituant : v. n° 623.

¹³¹² Sur la jurisprudence permettant de limiter la prise de certaines sûretés négatives : v. n° 627 et s.

¹³¹³ Sur l'indifférence de la qualité du créancier : v. n° 650 et s.

¹³¹⁴ Sur l'absence de distinction entre les constituants personnes physiques et morales : v. n° 635 et s.

pas davantage selon nos propositions. Cette règle est justement limitée aux personnes physiques dès lors que leur protection contre l'insolvabilité présente une importance particulière. À l'inverse, concernant la règle de proportionnalité des sûretés, la distinction entre les personnes morales et les personnes physiques ne se justifie pas. La protection contre le gaspillage du crédit est nécessaire que le constituant soit une personne physique ou morale.

Les constituants pourront bénéficier de la règle de proportionnalité des sûretés qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales à condition toutefois d'être de bonne foi¹³¹⁵. En effet, la distinction que nous proposons en matière de cautionnement entre les cautions de bonne foi et de mauvaise foi se trouve tout à fait justifiée concernant l'application de la règle de proportionnalité des sûretés. Les deux règles étant des règles de protection, instaurées en faveur des garants d'une part et des constituants de sûretés d'autre part. Seront donc protégés par la règle de proportionnalité tous les constituants personnes physiques ou morales à condition d'être de bonne foi. La mauvaise foi des constituants pourra se révéler lors de l'invocation de la règle s'ils y ont recours dans un but distinct de la préservation de leur crédit. Elle pourra également être caractérisée dès la constitution des sûretés si le constituant consent intentionnellement des sûretés disproportionnées dans le but de se prévaloir de la règle de proportionnalité¹³¹⁶.

Conclusion du titre 1

Le domaine de la règle de proportionnalité des sûretés se caractérise par sa généralité. La règle peut être qualifiée de générale d'abord parce qu'elle concerne l'ensemble des sûretés. Les sûretés réelles et les sûretés personnelles se verront toutes appliquer la règle de proportionnalité. Ainsi, les sûretés réelles seront prises en compte qu'elles absorbent ou non le crédit du constituant dès lors qu'elles participent toutes à la disproportion. De la même façon, les cautionnements seront pris en compte dès lors qu'ils peuvent participer à la disproportion alors même qu'un cautionnement envisagé seul ne peut être disproportionné au crédit garanti. Les garanties autonomes ne connaissent pas la même limite de sorte qu'une garantie autonome seule pourrait être déclarée disproportionnée à la créance garantie. Enfin, les lettres d'intention seront dites disproportionnées si elles occasionnent une gêne pour l'accès au crédit de l'émetteur

¹³¹⁵ Sur la bonne foi nécessaire du constituant : v. n° 644 et s.

¹³¹⁶ Sur les différentes hypothèses de bonne foi contractuelle et procédurale : v. n° 645 et s.

pouvant être qualifiée de disproportionnée par rapport au montant du crédit garanti. En toute hypothèse, elles pourront participer à la disproportion des sûretés offertes aux créanciers.

Par ailleurs, les sûretés sont toutes soumises à la règle de proportionnalité quelle que soit leur source. En particulier, les sûretés conventionnelles se verront appliquer la règle de proportionnalité peu important qu'elles aient été consenties par le biais d'un contrat de gré à gré ou d'un contrat d'adhésion. Les sûretés conventionnelles sont donc concernées en dépit de l'atteinte portée aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat.

La généralité se retrouve également dans le fait que toutes les garanties sont prises en compte pour apprécier la proportionnalité. Le point de vue du créancier est adopté. La proportionnalité est appréciée en tenant compte de l'ensemble des éléments permettant de garantir sa créance par rapport à l'importance de cette créance. L'appréciation de la proportionnalité effectuée dans le cadre de la règle proposée sera dès lors identique à celle retenue en application de l'article L. 650-1 du Code de commerce. Il est néanmoins important de préciser que si toutes les garanties sont prises en compte pour apprécier la proportionnalité, seules les sûretés *stricto sensu* pourront être le support de la sanction de la disproportion.

Deux garanties de paiements ont été envisagées spécifiquement : le droit de rétention et les sûretés négatives. Les particularités de ces garanties ont conduit à préciser les modalités d'application de la règle de proportionnalité à leur égard. Le droit de rétention nuit à l'accès au crédit du propriétaire du bien. Néanmoins, dès lors que la sanction de la disproportion ne peut porter que sur des sûretés *stricto sensu*, la sanction de la disproportion ne portera jamais sur le droit de rétention lui-même. Le propriétaire ne pourra donc pas bénéficier de la règle de proportionnalité s'il n'est pas par ailleurs constituant de sûretés *stricto sensu* garantissant la même dette que celle ayant donné lieu à l'exercice du droit de rétention. Cette solution permet de préserver l'efficacité de cette garantie, laquelle repose sur l'existence d'une différence de valeur entre le bien retenu et la créance garantie. À l'inverse et par exception, les sûretés négatives qui ne sont pas des sûretés *stricto sensu* pourront être l'objet de la sanction de la disproportion. Cette solution apparaît indispensable à l'efficacité de la règle de proportionnalité dès lors que certaines sûretés négatives peuvent à elle seules empêcher le constituant d'obtenir de nouveaux crédits.

Enfin, le caractère général de la règle de proportionnalité se retrouve dans son champ d'application personnel. Tous les constituants de sûretés sont protégés qu'il s'agisse de

personnes physiques ou morales et peu important la qualité ou la bonne foi du créancier envers lequel ils se sont engagés. Seuls les constituants de mauvaise foi se verront refuser le droit d'invoquer la règle de proportionnalité. Cette exclusion des constituants de mauvaise foi apparaît justifiée dès lors que la règle de proportionnalité des sûretés est une faveur accordée aux constituants et dérogeant à certains principes du droit des obligations. Le champ d'application retenu fait apparaître des similitudes et des différences avec celui de la règle de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité des garants. En effet, en la matière seules les garants personnes physiques doivent bénéficier de la règle dès lors qu'associée à la dignité humaine, l'insolvabilité présente une gravité particulière lorsqu'elle touche les personnes physiques. En revanche, les deux règles de proportionnalité doivent être appliquées quelle que soit la qualité du constituant. Cette solution est justifiée par le fait que les limites apportées par ces règles aux droits du créanciers ont pour finalité de protéger les garants d'une part et les constituants de sûretés d'autre part. La finalité de protection conduit à rejeter les distinctions relatives à la qualité du créancier.

Titre II

Le régime de la règle de proportionnalité des sûretés

658. **Précision nécessaire des modalités de la règle de proportionnalité.** L'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit garanti est envisagée. En interdisant la prise de sûretés disproportionnées, l'on permettrait au constituant de sûretés de préserver au maximum sa capacité à offrir des sûretés à des créanciers ultérieurs et donc à obtenir de nouveaux crédits par la suite. Il apparaît que l'adoption d'une telle règle ne sera possible que si ses contours sont précisés. Il a semblé indispensable de préciser le champ d'application personnel de la règle envisagée, ainsi que l'ensemble des sûretés et garanties qui devraient y être soumises. La précision de la règle sera poursuivie dès lors qu'il apparaît nécessaire de formuler une proposition concrète. Ainsi, seront déterminées les principales modalités de cette règle. Précisément, dès lors qu'est défendue l'instauration d'une règle de proportionnalité, il est utile d'identifier dans un premier temps les différents éléments permettant de préciser l'appréciation de la proportionnalité. Seront particulièrement étudiés la date d'appréciation de la proportionnalité et le critère d'appréciation de la proportionnalité. Ces précisions éviteront les hésitations jurisprudentielles qui pourraient rendre confuse la règle de proportionnalité (chapitre 1). Il semble indispensable dans un second temps, de déterminer quelle sera la sanction de la prise de sûretés disproportionnées et quelles seront les modalités procédurales de son prononcé (chapitre 2).

Chapitre 1

L'appréciation de la proportionnalité des sûretés

659. **Précision de la date et du critère de la proportionnalité.** Il est nécessaire d'éviter la confusion inhérente à l'élaboration jurisprudentielle des modalités de la règle de proportionnalité. Pour ce faire, la règle de proportionnalité devra être précisée préalablement à son instauration. De cette façon, le texte adopté pourra être suffisamment précis pour laisser peu de marge de manœuvre aux juges du fond tenus de l'appliquer. En particulier, dès lors que la proportionnalité est une notion protéiforme, il semble indispensable de déterminer quelle appréciation devra en être faite¹³¹⁷. Deux voies seront empruntées pour identifier l'appréciation de la proportionnalité. Sera définie dans un premier temps le critère permettant de qualifier de disproportionnées les sûretés octroyées à un créancier (section 1). Sera identifiée dans un second temps la date à laquelle devra être appréciée la proportionnalité (section 2).

Section 1 : Le critère d'appréciation de la proportionnalité

660. **Recherche d'un critère précisant la notion de proportionnalité.** Pour proposer une règle de proportionnalité des sûretés convaincante, il semble indispensable de préciser le mode d'appréciation de la proportionnalité. Cette démarche, antérieure à l'adoption de la règle de proportionnalité, permettra aux juges du fond de disposer d'une méthode uniforme

¹³¹⁷ En ce sens X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 6 : « En premier lieu, le recours à la notion de proportion ou de proportionnalité est protéiforme, c'est-à-dire recouvre des réalités très différentes qui dépendent du contexte dans lequel ce contrôle est exercé. Sous le même mot, on regroupe autant des exigences découlant des normes que des techniques de contrôle ».

d'appréciation de la proportionnalité¹³¹⁸. Pour ce faire, sera recherché un critère auquel la proportionnalité pourra être rattachée. Le critère permettant de préciser cette notion en matière de sûretés pourrait découler du fondement de la règle. Seront donc étudiés différents fondements envisageables (§1). Malgré la recherche effectuée, aucun fondement juridique permettant de préciser la notion de proportionnalité ne sera découvert. Seront donc étudiés des critères autonomes qui pourraient être associés à la proportionnalité des sûretés et permettre de préciser cette notion. Cette étude permettra de sélectionner le critère qui semblera le plus adapté à la finalité de la règle (§ 2).

§ 1 : L'étude des fondements envisageables de la règle de proportionnalité

661. Dualité au sein des fondements envisageables. La règle de proportionnalité pourrait être rattachée à divers fondements juridiques existants. Il est possible de distinguer deux types de fondements envisageables. Certains permettraient d'appréhender de façon négative la sanction d'un abus de la part du créancier bénéficiant de sûretés disproportionnées. D'autres à l'inverse permettraient d'appréhender de façon positive le respect de la règle comme le respect de certaines valeurs propres au droit contractuel. Les premiers fondements, rattachés à l'abus de droit, seront rejetés dès lors qu'ils impliquent d'envisager la règle de proportionnalité des sûretés comme une règle de sanction du créancier et non comme une règle de protection du crédit du constituant (I). La seconde catégorie de fondements envisagés, découlant de la justice contractuelle, se rapprochera davantage de l'idée de la règle de proportionnalité des sûretés. Ces fondements s'avéreront néanmoins insuffisants pour préciser la notion de proportionnalité des sûretés (II).

¹³¹⁸ Il est notable qu'en matière de proportionnalité du cautionnement, aucune précision du mode d'appréciation de la proportionnalité n'avait été posée antérieurement à l'adoption de l'article L. 313-1à du Code de la consommation. La généralisation de la règle par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique dite loi Dutreil a engendré un important contentieux ayant conduit la Cour de cassation à préciser différents aspects du contrôle de proportionnalité. La Cour de cassation a en effet dû se prononcer sur différentes questions relatives à l'application de la nouvelle règle de proportionnalité. Elle a précisé le champ d'application de la règle, en affirmant notamment que la caution avertie est en droit de se prévaloir de la règle : Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-16355. La Cour de cassation a encore clarifié la charge de la preuve : Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-25.377. La Cour de cassation a également précisé les éléments à prendre en considération pour évaluer les capacités de paiement de la caution. Elle a affirmé que tous les éléments du patrimoine de la caution devaient être pris en compte et non seulement ses revenus : Cass. 1^{er} civ., 7 avr. 1999, n° 97-12828. Elle a également affirmé que les cautionnements antérieurement souscrit par la caution devaient être pris en compte au titre de ses dettes : Cass. com., 22 mai 2013, Bull. civ. 2013, IV, n° 84, n° 11-24812 ; *RDBF* n° 2, mars 2015, comm. 42, obs. D. Legeais ; *CCC*, n° 4, avr. 2015, comm. 99, note G. Raymond.

I. Le rejet des fondements issus de la notion d'abus

662. Dualité de fondements rattachables à la notion d'abus. La notion d'abus renvoie évidemment au fondement de l'abus de droit. Le rattachement de la règle de proportionnalité au fondement de l'abus de droit sera rejeté dès lors qu'il implique de concevoir la règle de proportionnalité comme une règle sanctionnant le comportement du créancier (A). En matière de proportionnalité des sûretés, la notion d'abus peut encore renvoyer à la lutte contre les clauses abusives. En effet, la Cour de cassation a pu qualifier de clause abusive la clause donnant naissance à une sûreté alors qu'une autre sûreté était par ailleurs offerte au créancier. Ce rattachement sera également rejeté dès lors que la qualification de clause abusive n'a été retenue en jurisprudence qu'en raison de la nature des deux sûretés offertes au même créancier (B).

A. Le rejet du fondement de l'abus de droit

663. Abus du droit de se faire consentir des sûretés¹³¹⁹. L'abus de droit peut être défini comme « un acte commis par celui qui invoque l'absolutisme de son droit pour l'exercer rigoureusement au détriment d'autrui, arguant que la loi est de son côté puisqu'elle le lui a conféré »¹³²⁰. Cette définition pourrait correspondre à l'attitude du créancier qui multiplie les sûretés puisque la loi le lui permet, sans se soucier des intérêts de son cocontractant. En ce sens, les professeurs Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau considèrent que l'abus de droit de se faire consentir des sûretés inutiles devrait exister¹³²¹. Ces auteurs précisent que la prise de sûretés disproportionnées entraîne justement une prise de sûretés inutiles. Ainsi, selon eux, la prise de sûretés disproportionnées devrait être qualifiée d'abusive. Par suite, ces auteurs proposent qu'un contrôle de proportionnalité permette de réduire les sûretés disproportionnées.

664. Association de l'abus et de la disproportion. Le raisonnement envisagé semble cohérent. L'abus de droit a déjà été utilisé en jurisprudence pour sanctionner non pas directement la prise

¹³¹⁹ Sur l'abus de droit : J.-R. Tskia, *L'abus de droit en matière de sûretés*, thèse Rennes 1995 ; D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, 2005 LGDJ, bibl. dr. privé, t. 432 ; S. Moracchini-Zeidenberg, *L'abus dans les relations de droit privé*, PUAM 2004 ; M.-O. Gain, *Essai sur l'abus de droit*, thèse Lille, 1991 ; B. Bachelet, *L'abus en matière contractuelle*, thèse Grenoble, 2004 ; M.-C. Seyssel, *L'abus de droit dans les contrats*, thèse Chambéry, 2004 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 411, 2004, p. 452 et s., n° 765 et s. spéc. n° 766 : « l'utilisation de la théorie de l'abus en matière contractuelle cache parfois un véritable contrôle de proportionnalité. Le mécanisme du contrôle de proportionnalité intègre parfois ce que la jurisprudence qualifie d'abus ».

¹³²⁰ Définition par P. Morvan, *Le principe en droit privé*, préf. J.-L. Sourieux, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 1999, p. 168, n° 185.

¹³²¹ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 187 et s., n° 199 et s.

de sûretés disproportionnées, mais le refus d'un créancier d'octroyer un crédit à un débiteur qui lui proposait pourtant des sûretés fiables¹³²². Cette solution est néanmoins critiquable. Il semble en effet que les créanciers doivent rester libres d'octroyer ou non les crédits sollicités par les candidats à l'emprunt. Pour cette raison, la solution du tribunal de grande instance de Lyon a été critiquée au sein de gouvernement de l'époque¹³²³. En toute hypothèse, cet arrêt invite à penser que les juges du fond ne seraient pas tous hostiles au recours à la notion d'abus de droit pour sanctionner le comportement du créancier. Il est par ailleurs intéressant de constater que le législateur lui-même a associé la disproportion et l'abus de droit en matière de voies d'exécution. En effet, le principe de proportionnalité des voies d'exécution est rattaché à l'abus du droit de recouvrer sa créance¹³²⁴. Le lien entre la disproportion dans le comportement du créancier et l'abus qu'il commet dans l'exercice de ses droits ne peut donc être nié. Ainsi, il semble que l'abus de droit pourrait servir de fondement à la règle de proportionnalité des sûretés.

665. Conception souple de l'abus de droit. De manière classique, l'abus de droit recouvre d'une part le comportement de celui qui use de son droit dans le but de nuire à autrui et d'autre part le comportement du justiciable qui détourne la finalité de la règle dont il fait usage¹³²⁵. Le rattachement de la règle de proportionnalité à l'abus de droit impliquerait de retenir une conception plus large de ce fondement. Les auteurs ayant rapproché le contrôle de

¹³²² Solution présentée et approuvée par P. Bouteiller, *Le cautionnement, aspects généraux et pratiques bancaires*, préf. B. Bouloc, les éditions de l'épargne, Paris, 1986 : TGI Lyon, 13 fév. 1973, *Banque* 1973-828. Le candidat au crédit offrait au créancier pressenti une hypothèque de second rang et les cautions de deux organismes financiers. La banque refusait néanmoins l'octroi du prêt sous prétexte que le débiteur ne pouvait lui offrir d'hypothèque de premier rang. Le tribunal de Lyon a condamné la banque qui a commis par son exigence un abus de droit.

¹³²³ JO, Débats parlementaires, Assemblée Nationale du 27 mars 1976, p. 1207, n° 25189 : le député M. Macquet, expose à monsieur le ministre de l'économie et des finances : « Les banques sont responsables des risques qu'elles acceptent en consentant des crédits ; elles ont de ce fait, toute liberté pour accorder ou refuser les concours demandés par leurs clients compte tenu notamment de l'appréciation qu'elles peuvent porter sur la situation financière de ces derniers et sur les garanties fournies. Elles sont libres d'apprécier la valeur de ces garanties, qu'elles consistent en une caution, une hypothèque ou se présentent sous une toute autre forme. Étant donné les risques financiers qu'encourent les établissements prêteurs, il n'apparaît pas souhaitable en principe, et il ne serait pas sans danger sur le plan pratique, d'imposer par voie législative ou réglementaire, des limites aux garanties que ces établissements peuvent demander aux emprunteurs. Si ces derniers estiment que les garanties exigées par une banque sont excessives... il leur appartient de faire jouer la concurrence interbancaire en s'adressant à d'autres établissements susceptibles de se montrer plus compréhensifs à leur égard ».

¹³²⁴ Sur le principe de proportionnalité des voies d'exécution : v. n° 723 et s.

¹³²⁵ Les définitions de l'abus de droit proposées par le Vocabulaire juridique Capitant reflètent ces visions classiques de l'abus de droit. Sens 1 : « faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux (théorie consacrée par les tribunaux, distincte de celle des troubles anormaux du voisinage) ». Sens 3 : « exercice régulier d'une compétence étatique en vue d'atteindre un but illicite, qu'il s'agisse d'un but autre que celui que le Droit international assigne à la compétence en question, ou d'un moyen d'éluder une obligation internationale ou d'obtenir un avantage indu (théorie non unanimement admise par la doctrine) » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° abus.

proportionnalité des sûretés de l'abus de droit ont d'ailleurs précisé que la notion d'abus de droit retenue par eux ne correspondait pas à une vision stricte¹³²⁶. Selon une telle perception, l'abus de droit s'entendrait seulement du détournement de la finalité du droit. Selon ces auteurs, l'abus de droit peut également résulter d'un manquement à un devoir de prudence et de modération¹³²⁷. En effet, le créancier se faisant consentir des sûretés disproportionnées par rapport à la créance garantie n'a, dans la majorité des hypothèses, aucune volonté de nuire au constituant de sûretés. Sa seule volonté est de multiplier ses chances d'obtenir le remboursement de sa créance. De la même manière, en matière de voies d'exécution, le principe de proportionnalité a été rattaché à la notion d'abus de droit sans que soit précisément identifiée l'hypothèse à laquelle se rattache la prise de sûretés disproportionnée par rapport à la créance consentie. Il semble qu'en cette matière l'abus de droit doive être entendu comme la sanction de l'absence de modération¹³²⁸.

666. Rejet du rattachement au fondement de l'abus de droit. Toutefois, nous n'adhérons pas à l'association de la règle de proportionnalité des sûretés à la notion d'abus de droit. D'une part, cette association pourrait réduire la portée de la règle de proportionnalité si les juges du fond décidaient de retenir une conception stricte de l'abus de droit. D'autre part, ce rattachement implique de considérer la proportionnalité sous un angle négatif. En effet, le rattachement de la règle à la notion d'abus de droit implique de considérer la règle de proportionnalité des sûretés non sous l'angle de la protection du constituant, mais sous celui de la sanction du créancier. Cet angle de vue ne correspond évidemment pas à la finalité retenue de la règle de proportionnalité. Selon nous, l'essence de la règle de proportionnalité ne consiste pas à sanctionner le comportement du créancier¹³²⁹. Toutefois, la conception retenue de la règle de proportionnalité des sûretés n'est pas unanimement admise. Un auteur se prononce au contraire en faveur de la condamnation du comportement abusif du créancier. Cet auteur rejette la conception d'une règle de proportionnalité des sûretés objective. Pourtant, selon nous, la proportionnalité doit

¹³²⁶ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 182, n° 196. Selon eux « l'abus de sûreté peut être considéré soit comme un détournement de finalité, soit comme un manque de prudence et de modération ».

¹³²⁷ Dans le même sens : « les actes seront considérés comme illicites, non point parce qu'ils procèdent d'une intention subjectivement répréhensible, mais parce qu'ils excèdent la mesure de ce qui est objectivement permis » : R. Von Ihering, *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, 1862, Œuvres choisies, trad. O. de Meulenaere, 1893, t. II, p. 121, spéc. n° 9.

¹³²⁸ Retenant cette conception large de l'abus de droit : J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 183 et s., n° 198. Les auteurs étudient l'abus comme « manquement à la prudence et à la modération ».

¹³²⁹ En ce sens, la date qui sera retenue pour apprécier la proportionnalité des sûretés ne sera pas celle de leur constitution : v. n° 753 et s. Le rejet de cette date démontre que la finalité de la règle n'est pas de juger et de sanctionner le comportement du créancier au jour où il aura obtenu des sûretés disproportionnées.

être appréciée de manière objective sans référence au comportement adopté par le créancier dès lors que la finalité recherchée est de protéger les constituants de sûretés et non de punir le comportement adopté par les créanciers. Selon la conception retenue, « le défaut de proportionnalité est synonyme d'*excès* et se concrétise par une inadéquation mathématique »¹³³⁰. Cette finalité de la règle a dicté son élaboration. Il est intéressant de noter que la proportionnalité est également appréciée de manière objective en matière de cautionnement. La règle de proportionnalité du cautionnement ne vise pas à sanctionner un comportement. La finalité de la règle est d'assurer la protection des cautions contre l'insolvabilité. Ainsi, en matière de cautionnement comme de sûretés disproportionnées, la finalité de protection des règles de proportionnalité implique que la disproportion ne puisse être rattachée à la notion d'abus de la part du créancier. Pour cette même raison, le rattachement de la règle de proportionnalité à la sanction des clauses abusives sera également rejeté.

B. Le rejet du fondement des clauses abusives

667. Hypothèse particulière des clauses abusives. L'existence d'une jurisprudence sanctionnant le cumul de deux sûretés sur le fondement des clauses abusives invite à se poser la question de savoir s'il faut retenir ce fondement comme justifiant la règle de proportionnalité. Néanmoins, l'observation de la jurisprudence conduit à rejeter cette hypothèse du recours à la notion de clause abusive. En jurisprudence, le cumul de deux sûretés a été qualifié de clause abusive en raison de l'incompatibilité des deux sûretés obtenues par un même créancier sur un même bien. En effet, a été qualifiée de clause abusive la clause offrant à un vendeur à crédit la réserve de la propriété du bien vendu, alors même qu'il s'est fait consentir par ailleurs un gage sur le même bien. Cette solution a été retenue en jurisprudence à plusieurs reprises¹³³¹ et a été approuvée dans un avis rendu par la Cour de cassation¹³³². Les magistrats de la Haute juridiction affirment que la conclusion d'une clause de réserve de propriété et d'un gage sur un même bien entraîne une ambiguïté sur la qualité de propriétaire. Cette justification de la qualification de clause

¹³³⁰ C. Séjean-Chazal, *op. cit.* p. 219 et 220, n°169 : l'auteur distingue le risque d'abus et l'excès : « Dans un premier sens, le défaut de proportionnalité est synonyme d'*excès* et se concrétise par une inadéquation mathématique ; la disproportion est alors sanctionnée objectivement, pour elle-même. Suivant la seconde signification, la disproportion est rattachée à l'abus ; sous cette acception, le défaut de proportionnalité n'est pas condamnable en soi, mais il prend place dans une analyse subjective plus large du comportement du titulaire du droit en cause, au sein de laquelle il peut permettre de révéler l'existence de cet abus ». *Ibid.*, p. 223, n°170 : l'auteur se prononce contre la sanction de l'excès dans la prise de sûretés : « alors qu'il existe, lors de la mise en œuvre d'une sûreté réelle, un danger d'*abus* de la part du créancier identique à celui existant dans l'utilisation d'une voie d'exécution, l'excès de la mesure, en revanche, n'a pas à être condamné ».

¹³³¹ TI Vienne, 22 sept. 2000 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 181 et TI Villeurbanne, 19 nov. 2012, RG : 11-12-001757.

¹³³² Cass. avis n° 16011, 28 nov. 2016, n° 16-70009.

abusives fait apparaître que cette solution est spécifique au cumul de ces deux sûretés qui sont en réalité incompatibles. En effet, dès lors qu'un vendeur à crédit reste propriétaire du bien vendu par l'effet d'une clause de réserve de propriété, le gage qu'il obtient sur ce même bien ne peut lui être consenti par le propriétaire dès lors que l'acquéreur n'a pas encore cette qualité. Ainsi, même si l'existence de cette jurisprudence a pu conduire à envisager la qualification de clauses abusives en cas de cumul de sûretés, cette qualification n'est pertinente en l'espèce que parce que les sûretés en présence sont inconciliables. Cette jurisprudence n'implique dès lors pas la possibilité de systématiser le recours à la qualification de clause abusive en cas de cumul de sûretés au bénéfice d'un même créancier. Se pose toutefois la question de savoir si l'octroi de sûretés disproportionnées à un créancier peut recevoir la qualification de clause abusive.

668. Clauses abusives en droit commun. Depuis la réforme du droit des obligations de 2016, les clauses abusives ont été consacrées en droit commun¹³³³. L'article 1171 du Code civil dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Ainsi, dans toutes les hypothèses dans lesquelles la clause d'un contrat de prêt prévoyant l'octroi d'une sûreté a été pré-rédigée par le créancier, le constituant semble pouvoir invoquer la rédaction d'une clause abusive. Le constituant pourrait soulever le déséquilibre significatif existant entre l'importance de la sûreté consentie et le montant du crédit obtenu en contrepartie. Le second alinéa de l'article 1171 du Code civil précise néanmoins que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Cette précision restreint les hypothèses dans lesquelles l'existence d'une clause abusive peut être invoquée. En considération de ce second alinéa, le constituant ne pourra pas invoquer la disproportion entre l'importance des sûretés octroyées et le montant du crédit garanti s'il s'agit de l'objet principal du contrat. Il en résulte que la sanction des sûretés disproportionnées ne peut être fondée sur celle des clauses abusives. En effet, si tel

¹³³³ Sur l'article 1171 sanctionnant les clauses abusives en droit commun : N. Blanc, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, n° 02, p. 155 ; A. Hontebeyrie, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180 ; Cattalano-Cloarec, « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », *EDCO*, n° 3, p. 6 ; L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat* 2018, p. 262 ; M. Chagny, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA* 2016, p.115. Sur les clauses abusives avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : M.-C. Peglion-Zika, *La notion de clause abusive : au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, LGDJ, 2018 ; J. Abdelkader Guesmi, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, thèse Toulon, 1997 ; A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, 2001 ; H. Maarouf-Raouf, *Sûreté du contrat ou sécurité du contractant : la sanction des clauses abusives*, thèse Strasbourg, 2000.

était le cas, seules les sûretés consenties au sein du contrat occasionnant la créance pourraient être l'objet d'une sanction en cas de disproportion. À l'inverse, les sûretés constituées au sein d'un contrat autonome ne pourraient donner lieu à aucune sanction sous prétexte qu'elles sont l'objet principal du contrat. Une telle distinction selon le support de la constitution des sûretés n'est évidemment pas acceptable. Nul ne justifie que la protection des constituants dépende d'un détail formel.

669. **Sanction des clauses abusives.** En outre, dans l'hypothèse où la disproportion des sûretés pourrait être sanctionnée, la sanction pourrait être critiquée. En effet, la rédaction de clause abusive est sanctionnée par le « réputé non écrit » des dites clauses. Or si la clause prévoyant la constitution de sûretés était réputée non écrite, les sûretés consenties au créancier seraient réputées n'avoir jamais existées. Une telle sanction est trop sévère en présence de sûretés disproportionnées au crédit consenti¹³³⁴. En somme, le fondement des clauses abusives ne peut être retenu comme fondement de la règle de proportionnalité des sûretés non seulement parce qu'il ne permettrait pas de protéger tous les constituants de sûretés, mais également parce que la sanction de la disproportion serait trop sévère. En définitive, les fondements de l'abus de droit ainsi que celui des clauses abusives ont été rejetés. Il convient dès lors d'envisager d'autres fondements de la règle de proportionnalité qui refléteraient fidèlement la règle de proportionnalité conçue comme une règle de protection de l'ensemble des constituants.

II. L'insuffisance des fondements issus de la justice contractuelle

670. **Impossible rattachement à la notion d'équité.** En application de la règle de proportionnalité les droits du créancier résultant des sûretés prises par lui seront révisés pour que le constituant ne subisse pas une atteinte disproportionnée à sa faculté à obtenir des crédits. Cette règle de protection est une mesure de faveur offerte aux constituants de sûretés de bonne foi. La présentation sommaire de cette règle fait apparaître que le rapprochement de la règle de proportionnalité des sûretés et de l'équité semble naturel¹³³⁵. L'équité pourrait donc servir de

¹³³⁴ Cette solution sera envisagée et rejetée : v. n° 767 et s.

¹³³⁵ Sur la notion d'équité : Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 329, 2000 ; M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique comparée des nullités contractuelles*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002 ; V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, thèse Paris 2006 ; J.-P. Brouillaud, *Le juge amiable compositeur*, thèse Paris 1995 ; F. Lafay, *La modulation du droit par le juge : étude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006 ; S. Pellé, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011, p. 1230 ; J. Mestre, « Bonne foi et équité, même combat ! », *RTD civ.* 1990, p. 649 ; H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, p. 1472 ; N. Molfessis, « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD civ.* 1998, p. 221 ; N. Dion, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, p. 195 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 10^e éd. Précis

fondement à la règle de proportionnalité si cette règle était dictée par les juges. En effet, la proportionnalité permet parfois de réaliser une « pesée des intérêts » qui la rapproche de l'équité¹³³⁶. Il est vrai que l'équité n'est pas une source du droit. De sorte que les juges ne peuvent se fonder expressément sur l'équité pour découvrir une règle de proportionnalité en dehors de toute règle légale¹³³⁷. Néanmoins, l'équité a pu guider les juges de la Cour de cassation qui se sont alors tournés vers l'outil de la proportionnalité pour rendre une décision qui leur semblait juste au vu des circonstances¹³³⁸. L'outil de la proportionnalité est alors mis au service d'un raisonnement qui répond à la définition de l'équité selon laquelle : « afin d'apaiser un conflit, le juge prend en considération les éléments de l'espèce pour rechercher un équilibre entre intérêts divergents »¹³³⁹. Ce recours à la proportionnalité masquant le fondement de l'équité est critiquable lorsqu'il conduit à contredire la loi¹³⁴⁰. Cette utilisation de la proportionnalité doit être distinguée de celle qui est proposée en matière de sûretés. En effet, « le contrôle de proportionnalité en tant que mode général de raisonnement » doit être distingué de « la proportionnalité comme catégorie légale » qui consiste à « mener une appréciation de fait entre deux éléments pour déterminer s'il n'y a pas une forme d'excès entre eux »¹³⁴¹. Cette dernière acception de la proportionnalité correspond à la règle de proportionnalité proposée en matière de sûretés. Elle se distingue de l'équité et peut être acceptée plus aisément¹³⁴².

Dalloz, 2015, p. 14, n° 16 ; J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 2018, p. 206, n° 183 ; M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, 2017, p. 18 et 19, n° 18.

¹³³⁶ Sur le rapprochement de la proportionnalité et de l'équité v. notamment : F. Chénéde, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179 ; F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2019, p. 76, n° 67 : « c'est l'équité qui avance à peine masquée, revêtue des habits d'un droit européen des droits de l'homme qui procède à un contrôle des droits fondamentaux *in concreto*, en fonction des circonstances de chaque espèce ». Sur l'équité : Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, bibl. dr. privé t. 329, 2000.

¹³³⁷ En effet, la Cour de cassation affirme que « l'équité n'est pas une source de droit ». v. notamment Cass. soc. 4 déc. 1996, Bull. civ. n° 46, p. 26. Sur cette solution : Ch. Albigès remarque que cette solution est surprenante. Il explique que la notion n'a pas vocation constituer une source du droit. Il s'agit d'un outil permettant au juge de corriger le caractère inéquitable du droit légiféré. v. Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000.

¹³³⁸ La Cour de cassation s'est opposée à l'annulation d'un mariage entre alliés afin d'éviter l'atteinte à la vie privée qui en serait résulté : Cass., 1^e civ., 4 déc. 2013, Bull. civ. I, n° 234 ; *D.* 2014, p. 179, note F. Chénéde ; *D.* p. 153, note H. Fulchiron ; *D.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret ; *AJ fam.* 2013. 663, F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud. Cet arrêt a été suivi d'un autre arrêt ne menant pas à la cassation de l'arrêt d'appel ayant prononcé la nullité du mariage mais fondant ce rejet sur l'absence de disproportion au vu des circonstances de l'espèce : Cass., 1^e civ. 8 déc. 2016, n° 15-27201.

¹³³⁹ Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000, p. 10, n° 13.

¹³⁴⁰ En ce sens, : F. Rouvière, « Les différentes formes du contrôle de proportionnalité » in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, J.-P. Agresti (sous dir.), PUAM, 2018, p. 79 : « l'abstraction et la généralité des catégories légales sont sacrifiées sur l'autel des faits ».

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 76 et p. 79.

¹³⁴² En ce sens : « cette façon de concevoir la proportionnalité ne pose pas de problème majeur et ne souffre pas de critiques fondamentales. Elle apparaît ponctuellement dans les textes de droit positif et suit sa propre logique sans bouleverser par ailleurs l'économie du raisonnement juridique », *Ibid.*, p. 76.

L'instauration d'une règle de proportionnalité par voie législative apparaîtrait ainsi plus sécurisée.

671. Recherche d'un fondement à la règle de proportionnalité. Seront donc proposés des fondements qui, comme l'équité, participent à la recherche du juste, mais peuvent servir de fondement à une règle légale. Diverses règles ou notions pourraient servir de fondement à la règle de proportionnalité des sûretés. Tel est le cas de l'éthique contractuelle, de l'équilibre contractuel ainsi que du vice de violence économique. Seront étudiés ensemble les notions issues d'éthique contractuelle et d'équilibre contractuel (A), puis sera étudiée la règle plus précise relative au vice de violence (B).

A. Le rattachement aux notions issues de la justice contractuelle

672. Pertinence du fondement de l'éthique contractuelle ¹³⁴³. Pour respecter l'éthique contractuelle, il convient de considérer son cocontractant comme « un être de chair qui doit être traité non comme une abstraction comptable, mais avec le respect dû à toute personne »¹³⁴⁴. Cette affirmation justifie le rapprochement de la règle de proportionnalité des sûretés à l'éthique contractuelle. En effet, en vertu de la règle de proportionnalité, le créancier serait tenu de voir dans la personne du constituant non seulement une personne en mesure de lui fournir des sûretés, mais également une personne pouvant avoir un intérêt à conserver un patrimoine libre de toute sûreté. De manière beaucoup plus précise, une autre définition de l'éthique contractuelle permet de confirmer la cohérence du rapprochement de la règle de proportionnalité à cette notion. En effet, les professeurs Manuella Bourassin et Vincent Brémond ont affirmé que « négativement, l'éthique contractuelle s'oppose à ce que les créanciers profitent de leur situation de force pour exploiter l'ignorance, l'inexpérience ou l'urgence des besoins de leur débiteur. Dans les contrats unilatéraux plus précisément, elle condamne la disproportion des moyens employés par le créancier en position de force pour protéger ses intérêts »¹³⁴⁵. Les auteurs visent spécifiquement la situation de la caution comme le démontre la suite de leur affirmation. Selon eux, l'éthique contractuelle justifie « de contraindre ces créanciers à faire preuve de tempérance, c'est-à-dire de modération, et de sanctionner ceux qui, par exemple, feraient souscrire au débiteur ou à la caution des

¹³⁴³ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* p. 218, n° 281 : « on parle également de loyauté contractuelle ».

¹³⁴⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 7.

¹³⁴⁵ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, *loc. cit.*

engagements disproportionnés ou qui compromettraient le recours subrogatoire de celle-ci »¹³⁴⁶. Si cette dernière proposition vise spécifiquement certaines règles applicables en matière de cautionnement, la notion d'éthique contractuelle est néanmoins envisagée de manière générale¹³⁴⁷. Bien que la définition de l'éthique contractuelle propre aux contrats unilatéraux semble parfaitement adaptée à la règle de proportionnalité des sûretés, cette notion n'est pas limitée à ces contrats particuliers. La définition négative générale de l'éthique contractuelle : « s'oppos[ant] à ce que les créanciers profitent de leur situation de force pour exploiter l'ignorance, l'inexpérience ou l'urgence des besoins de leur débiteur » correspond également au fondement de la règle envisagée. Ainsi, la règle de proportionnalité des sûretés repose sur le fondement de l'éthique contractuelle. Néanmoins, le rattachement de la règle à ce fondement ne permet pas de préciser la conception retenue de la proportionnalité. Seront donc envisagés d'autres fondements qui pourraient permettre de préciser la notion de proportionnalité des sûretés. En particulier, se pose la question de savoir si la règle pourrait être rattachée à une autre notion découlant de la justice contractuelle : l'équilibre contractuel.

673. Question du fondement de l'équilibre contractuel¹³⁴⁸. Le fondement global de la justice contractuelle invite à envisager le lien entre la règle de proportionnalité et l'équilibre contractuel¹³⁴⁹. L'équilibre contractuel répond à une idée de justice contractuelle puisqu'il semble juste que des contractants concluant un contrat synallagmatique s'engagent

¹³⁴⁶ *Ibid, loc. cit.* Selon les auteurs, l'éthique contractuelle « se manifeste de deux manières ». L'autre manifestation de l'éthique contractuelle est ainsi décrite : « Positivement, l'éthique contractuelle exige de faciliter l'exécution de l'obligation de son cocontractant. Elle implique que chacune des parties se montre solidaire envers l'autre, en lui fournissant des renseignements sur tout ce qui serait susceptible de faciliter ou d'entraver l'exécution de sa prestation. Les obligations d'information que la loi fait peser sur le créancier au coût de la vie du cautionnement relèvent de cette logique ».

¹³⁴⁷ Sont visés la règle de proportionnalité du crédit, la règle de proportionnalité du cautionnement ainsi que le bénéfice de subrogation. En effet, ces deux premières règles sont applicables lorsque les créanciers font « souscrire au débiteur ou à la caution des engagements disproportionnés » et la dernière est applicable aux créanciers « qui compromettraient le recours subrogatoire » de la caution.

¹³⁴⁸ Sur la contribution de l'outil de la proportionnalité au rétablissement de l'équilibre contractuel : Y. Guyon, « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in *Mélange en l'honneur de Michel Vasseur*, banque éditeur, 2000, p.75 et s. ; D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », p. 12, in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », dir. M. Behar-Touchais, *LPA*, 30 sept. 1998, n° 117 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *loc. cit.* p. 21.

¹³⁴⁹ Sur l'équilibre contractuel : L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 366, 2002 ; V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préf. E. Locquin, LexisNexis-Litec, 2006, v. 27 ; F. Jacomino, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Nice, 2018 ; E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau Editeur 1912 ; S. Baraké, *Le champ contractuel : étude de l'adéquation des moyens au but contractuel*, thèse Bordeaux, 2007 ; G. Lardeux (sous dir.) *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012 ; Ch. Albigès, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, Paris, 1999, p. 3 et s. ; L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001 p. 177 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12^e éd. 2019, p. 50 et s., n° 47 et s.

mutuellement à des obligations de même valeur¹³⁵⁰. Il convient de considérer que l'octroi d'une sûreté par le débiteur est récompensé par l'obtention d'un crédit. La prise de sûretés disproportionnées par rapport au crédit consenti au débiteur implique alors que les deux obligations des contractants ne soient pas de valeurs équivalentes. L'octroi de sûretés apparaît trop important par rapport au crédit obtenu. Apparaîtrait donc le déséquilibre contractuel résultant de la disproportion des sûretés prises. Toutefois, ce rattachement de la proportionnalité des sûretés à la notion d'équilibre contractuel ne permet pas de trouver un fondement solide à la règle de proportionnalité. En effet, aucun principe général n'impose en droit français le respect d'un équilibre contractuel.

674. Acceptation limitée du contrôle de l'équilibre contractuel. Il n'est pas certain que le rattachement de la règle de proportionnalité à la notion d'équilibre contractuel justifie son instauration. En effet, de manière classique, le droit français n'admet pas l'intervention du juge pour rééquilibrer les contrats. En témoigne le fait que la rescision pour lésion n'est pas admise de manière générale en droit français, mais seulement dans des hypothèses exceptionnelles¹³⁵¹. Pourtant, un auteur affirme que le contrôle de l'équilibre contractuel est une réalité dans de nombreux domaines, bien qu'aucun principe général ne permette au juge de s'immiscer dans les contrats afin de les rééquilibrer¹³⁵². Le mécanisme de l'imprévision adopté à l'occasion de la réforme des obligations de 2016¹³⁵³, ajoute une règle transversale permettant au juge de s'immiscer dans l'équilibre contractuel lorsque celui-ci a été rompu à la suite de circonstances extérieures au contrat¹³⁵⁴. Le double constat de l'absence de principe général d'équilibre

¹³⁵⁰ Le contrat synallagmatique est défini comme : « qui engendre des obligations réciproques et interdépendantes : se dit des contrats ou conventions par lesquels les contractants s'engagent réciproquement les uns envers les autres » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o synallagmatique.

¹³⁵¹ Sur la lésion : G. Chantepie, *La lésion*, LGDJ 2006 ; L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 366, 2002 ; P. Bernusset, *De la lésion*, Paris : impr. de E. Donnau, 1867 ; J.-J. Anvile N'Goran, *La lésion dans la vente d'immeuble*, thèse Nancy 1991 ; A. Mrabti, *Contribution à l'étude critique de la notion de lésion*, thèse Paris 1986 ; L. Orsini, *Le juste prix dans la vente d'immeuble*, thèse Marseille 1994 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, v^o Lésion, p. 705 et s.

¹³⁵² G. Lardeux, « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in G. Lardeux (sous dir.) *L'équilibre du contrat*, PUAM 2012, p. 59 et s.

¹³⁵³ Ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹³⁵⁴ Art. 1195 c. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Sur le mécanisme de l'imprévision : v. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd. 2019/2020, p. 114 et s., n^o 125.50 et s. ; R. Boffa, « La révision et la résiliation pour imprévision », Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016, *Loyers et Copropriété*

contractuel et de l'existence de règles permettant de contrôler l'équilibre contractuel peut amener à la défense de deux thèses opposées. L'augmentation croissante du nombre de domaines touchés par les règles de contrôle de l'équilibre contractuel peut inviter à penser qu'il serait plus cohérent d'instaurer un contrôle global de l'équilibre de l'ensemble des contrats synallagmatiques. À l'inverse, il est possible de penser que le législateur a choisi de réglementer seulement certains contrats de sorte que le principe de l'absence de contrôle de l'équilibre contractuel doit être préservé¹³⁵⁵. Ainsi, le rapprochement de la règle de proportionnalité au fondement de l'équilibre contractuel ne permettrait pas nécessairement de justifier l'instauration de la règle envisagée.

675. Avantage résultant pour le débiteur de l'octroi de sûretés importantes. En outre, le rapprochement de la règle de proportionnalité des sûretés et de la notion d'équilibre contractuel n'apparaît pas de manière évidente. En effet, il est permis de douter de la pertinence du rattachement à la notion d'équilibre contractuel dès lors que le constituant d'une sûreté n'obtient pas de contrepartie pour la sûreté qu'il consent. Il est faux de considérer que l'octroi de sûretés par le débiteur et l'octroi de crédit par le créancier sont des obligations qui se répondent. L'obligation du créancier ne constitue pas la contrepartie de celle du débiteur. Bien que le constituant octroie des sûretés dans le but d'obtenir un crédit, le créancier, lui, n'octroie pas un crédit dans le but d'obtenir des sûretés. Or la notion de contrepartie d'une obligation fait apparaître cette idée de but de l'engagement¹³⁵⁶. Il est néanmoins possible de considérer que la notion d'équilibre contractuel ne se limite pas à la recherche d'obligations réciproques de même valeur. Il est possible de considérer que l'équilibre contractuel doit être apprécié dans son

n° 10, octobre 2016, dossier 12 ; H. Barbier, « L'imprévision, l'acceptation des risques, et le juge des référés », *RTD civ.* 2017, p. 387 ; M. Mekki, « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP éd. N*, n° 3, 20 janvier 2017, act. 155 ; Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avr. 2016, p. 30 ; T. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* juin 2016, n° 2, p. 373.

¹³⁵⁵ Ce point de vue est défendu par G. Lardeux, « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in G. Lardeux (sous dir.) *L'équilibre contractuel*, PUAM 2012.

¹³⁵⁶ En ce sens, la Cour de cassation retient que le contrat de cautionnement demeure un contrat unilatéral malgré l'instauration de devoirs mis à la charge du créancier dès lors que l'engagement de la caution n'a pas pour contrepartie l'exécution de ces devoirs. Précisément en l'espèce, la Cour de cassation a rappelé que la caution ne s'engage pas dans le but de bénéficier d'une information annuelle : Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, Bull. civ. ch. mixte, n° 2, n° 13-13709 ; *Defrénois* 30 août 2016, p. 815, n° 15-16, note S. Cabrillac ; *RDC* 2016, n° 1, p. 59, note A.-S. Barthez ; *Gaz. Pal.* 2 avril 2015, n° 092, p. 5, note M. Mignot ; *RTD civ.* p. 433, note P. Crocq ; *D.* 2015, p. 840, note M.-O. Barbaud ; *JCP éd. G* avr. 2015, n° 17, 505, note Ph. Simler ; *RLDC* juin 2015, n° 127, note A. Dumery. Déjà en ce sens : M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcicff, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 528., 2011.

ensemble et non clause par clause¹³⁵⁷. Dans cette hypothèse, le déséquilibre apparent d'une clause ne doit pas être sanctionné s'il est compensé par un avantage prévu au contrat¹³⁵⁸. En matière d'octroi de sûretés, il est important de préciser que si l'octroi de crédit n'est pas la contrepartie de l'octroi de sûretés, l'octroi de sûretés permet néanmoins au débiteur d'obtenir le crédit escompté ou de négocier des conditions favorables pour son crédit. En effet, l'octroi de sûretés permet de rassurer le créancier et de rendre plus sûr le remboursement de la créance. Or, plus le débiteur inspire confiance au créancier, moins le crédit octroyé pourra être qualifié de risqué et moins les taux d'intérêts seront élevés¹³⁵⁹. Il semble donc que l'octroi de sûretés disproportionnées par rapport au crédit consenti servirait finalement le débiteur. De ce point de vue, le débiteur ne pourrait se plaindre du nombre important de sûretés qui sont exigées de lui. En effet, le bénéfice de taux d'intérêts réduits constitue un avantage pour le débiteur qui résulte de l'octroi de sûretés importantes. Ce raisonnement devrait conduire à conclure que l'octroi de sûretés disproportionnées ne donne lieu à aucun déséquilibre contractuel. Ce raisonnement ne résiste pourtant pas à l'analyse.

676. Absence d'avantage résultant de l'octroi de sûretés disproportionnées. Si l'octroi de sûretés fiables par le débiteur est compensé par la prévision d'un taux d'intérêt intéressant pour lui, l'octroi de sûretés disproportionnées n'est compensé par aucun avantage pour le débiteur. En effet, l'offre de sûretés disproportionnées par rapport au crédit consenti implique qu'une partie des sûretés consenties est excessive. Cette partie excessive ne permet pas de réduire le coût du

¹³⁵⁷ Cette conception de l'équilibre contractuel est notamment défendue par M. Béhar-Touchais, « L'équilibre en droit commercial », in G. Lardeux (sous dir.) *L'équilibre contractuel*, PUAM 2012, p. 27 et s. ; G. Lardeux, « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in G. Lardeux (sous dir.) *L'équilibre contractuel*, PUAM 2012, p. 59 et s. qui affirme que l'« appréciation globale de l'équilibre du contrat [est la] seule vraiment respectueuse de la liberté contractuelle ».

¹³⁵⁸ Telle est la solution retenue concernant les clauses abusives sanctionnées par le Code de la consommation comme le précise l'article L. 212-1 al. 2 c. consom. : « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution ». Tel est également le cas en droit belge comme le précise l'art. VI/91/3§ 2 § 2 nouveau du Code de droit économique : « Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend ». v. M. Behar-Touchais, « Loi du 4 avril 2019 introduisant dans le Code de droit économique belge la sanction du déséquilibre manifeste dans les contrats entre entreprises », *LEDICO* nov. 2019, n° 10, p. 3.

¹³⁵⁹ Sur le calcul des taux d'intérêts : T. Bonneau, *Droit bancaire*, 12^e éd. LGDJ, 2017, p. 68 et s. ; S. De Coussergues, *Gestion de la banque du diagnostic à la stratégie*, Dunod, 3^e éd. 2002, p. 146 et s. Un calcul permet de déterminer le taux d'intérêt minimum à appliquer à un client pour qu'une marge soit dégagée conformément à la réglementation. Ce calcul fait intervenir le risque présenté par le client. Plus précisément sur l'évaluation du risque des particuliers : p. 150 et s. et sur l'évaluation du risque des entreprises : p. 155 et s.

crédit. Précisément, une partie des sûretés consenties permet réellement de rassurer le créancier et entraîne une diminution des taux d'intérêts. Une autre partie des sûretés, celle qui caractérise l'excès dans la prise de sûretés, n'est finalement plus utile pour rassurer le créancier qui même en l'absence de cette part des sûretés, aurait été suffisamment confiant pour accorder au débiteur un crédit rémunéré par un taux d'intérêt déterminé. Il en résulte que si l'octroi de sûretés fiables est récompensé par une diminution des taux d'intérêts, l'octroi de sûretés disproportionnées n'est pas avantageux pour le débiteur. Dès lors qu'aucun avantage ne découle de l'octroi de sûretés excessives par rapport au crédit consenti, le déséquilibre contractuel pourrait être caractérisé. Il est en revanche plus difficilement perceptible lorsque le constituant n'est pas le débiteur.

677. Absence d'obligations réciproques en présence d'un tiers constituant. La règle de proportionnalité des sûretés a vocation à s'appliquer tant en présence de sûretés consenties par le débiteur qu'en présence de sûretés pour autrui¹³⁶⁰. Or, les constituants de sûretés réelles pour autrui ainsi que les garants offrant des sûretés personnelles n'obtiennent pas systématiquement de contrepartie pour leur engagement¹³⁶¹. En pratique, seuls les établissements de crédit qui s'engagent en tant que cautions sont rémunérés pour ce service¹³⁶². En outre, dans ces hypothèses, la contrepartie de l'octroi d'une sûreté n'est pas versée au constituant par le créancier mais par le débiteur. Ainsi, à chaque fois qu'une sûreté n'est pas consentie par le débiteur lui-même, le constituant de la sûreté pour autrui s'engage sans obtenir de contrepartie financière de la part du créancier. Le constituant de sûreté pour autrui s'engage de manière unilatérale¹³⁶³. Cette difficulté invite à renoncer au rattachement de la règle de proportionnalité au fondement de l'équilibre contractuel. En effet, l'équilibre contractuel est une notion qui n'a de sens qu'en présence de contrats synallagmatiques. Ainsi, bien que le rapprochement de la règle de proportionnalité au fondement de l'équilibre contractuel apparaisse cohérent lorsque les sûretés sont consenties au sein d'un contrat synallagmatique, il n'a pas de sens en présence de sûretés consenties par des tiers dans des contrats unilatéraux. Il résulte de ce constat que le rapprochement de la règle de proportionnalité au fondement de l'équilibre contractuel ne doit

¹³⁶⁰ Sur la disproportion des sûretés personnelles : v. n° 506 et s.

¹³⁶¹ Une telle contrepartie peut être conventionnellement prévue, mais elle n'est pas systématique.

¹³⁶² Sur le cautionnement bancaire : J.-P. Wattiez, *Le Cautionnement bancaire : Le rôle des banques et des établissements financiers*, Sirey, 1964 ; B. Seye, *La pratique du cautionnement bancaire*, thèse Saint-Etienne, 2005 ; G. Piette, « cautionnement commercial », *Rep. dr. com.*, janv. 2012. Le monopole bancaire prévu à l'article L. 511-5 c. mon. et fin. interdit à toute personne autre que les établissements de crédit de consentir des crédits à titre habituel, y compris sous forme de garantie offerte à un autre créancier. Le cautionnement bancaire constitue en effet un crédit par signature.

¹³⁶³ Sur le caractère unilatéral du cautionnement v. n° 144.

pas être suivi. La règle de proportionnalité pourrait encore être rapprochée d'un dernier fondement récemment consacré : le vice de violence.

B. Le rattachement à une règle issue de la justice contractuelle

678. Lien entre la disproportion et le vice de violence. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a instauré une règle transversale permettant un contrôle de l'équilibre contractuel non seulement en prévoyant la révision du contrat pour imprévision, mais également en ajoutant au vice du consentement relatif à la violence d'un contractant le cas de la violence économique¹³⁶⁴. En effet, l'ordonnance de 2016 a introduit la violence par abus de l'état de dépendance¹³⁶⁵, laquelle permet d'annuler un contrat lorsque l'un des contractants a obtenu un engagement anormal de son cocontractant et en tire un « avantage manifestement excessif »¹³⁶⁶. Il est possible d'envisager que le créancier parvenant à obtenir des sûretés manifestement disproportionnées exerce sur le constituant une forme de violence économique. Le créancier pourrait exercer une pression sur le débiteur qui se trouve dans un état de besoin. Le débiteur pour qui l'octroi d'un crédit apparaît indispensable, se trouverait contraint d'accéder aux demandes du créancier et lui offrirait notamment des sûretés disproportionnées par rapport au crédit consenti. Cette pression pourrait également être subie par le constituant d'une sûreté pour autrui à condition qu'il ait conscience de la nécessité pour le débiteur d'obtenir le crédit escompté.

679. Existence d'un déséquilibre anormal. Toutefois, le législateur envisage par le biais du vice de violence la sanction des contrats déséquilibrés anormaux. Le caractère anormal du déséquilibre ne se retrouvera pas dans les hypothèses dans lesquelles les sûretés auront été consenties par un autre que le débiteur¹³⁶⁷. La constitution de sûreté pour autrui est évidemment déséquilibrée dans la mesure où le constituant s'engage sans recevoir de contrepartie de la part du créancier. Néanmoins, ce déséquilibre n'apparaît pas anormal. L'anormalité ne peut résulter

¹³⁶⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹³⁶⁵ L. Andreu et M. Mignot (sous dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut universitaire Varenne, 2017 - Étude : « les sûretés personnelles après la réforme du droit des obligations » par L. Andreu, p. 501 et s.

¹³⁶⁶ Art. 1143 c. civ. : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

¹³⁶⁷ La règle de proportionnalité des sûretés est applicable quelle que soit la personne du constituant. En effet, les sûretés réelles pour autrui et les sûretés personnelles participent à la disproportion : v. 506 et s.

simplement de la conclusion d'un contrat unilatéral au bénéfice du créancier¹³⁶⁸. Ainsi, en présence de sûretés pour autrui, l'absence de contrepartie obtenue par le constituant ne suffit pas en elle-même à affirmer que le créancier bénéficie d'un contrat anormalement déséquilibré. Toutefois, en présence de sûretés, qu'elles soient consenties par le débiteur ou par un tiers, l'anormalité du déséquilibre pourrait résulter de l'obtention par le créancier de sûretés disproportionnées par rapport au crédit consenti. En effet, si le déséquilibre apparaît normal en présence d'une sûreté pour autrui, l'obtention d'une sûreté pour autrui disproportionnée engendre un déséquilibre pouvant être qualifié d'anormal. Ainsi, en présence de sûretés consenties par un tiers comme en présence de sûretés consenties par le débiteur, il apparaît possible de constater un déséquilibre anormal entre les prestations des parties.

680. Existence d'un avantage excessif pour le créancier. En réalité, la notion d'avantage pourrait être débattue puisque l'obtention de sûretés disproportionnées n'apportera finalement rien d'intéressant au créancier¹³⁶⁹. En dehors de son sentiment d'être assuré contre le risque de non remboursement de la créance, le créancier ne percevra pas d'avantage résultant de l'obtention de sûretés disproportionnées au crédit consenti. Ainsi, la part excessive des sûretés obtenues ne lui sera d'aucune utilité. Il est néanmoins possible de retenir une conception subjective de l'avantage obtenu par le biais de la violence. Le créancier usant de l'état de détresse économique de son débiteur pour obtenir des sûretés disproportionnées aura le sentiment d'avoir obtenu un avantage. Il sera en effet rassuré par l'obtention de sûretés disproportionnées, bien que toutes les sûretés obtenues ne soient pas objectivement utiles et donc avantageuses pour lui. En somme, il est possible de considérer que le créancier aura, selon lui, obtenu un avantage. Cet « avantage » pourrait objectivement être qualifié d'anormal. Il semble alors possible de caractériser une violence économique dans les situations dans lesquelles l'obtention de l'avantage est le fruit de pressions exercées par le créancier sur le constituant des sûretés¹³⁷⁰.

¹³⁶⁸ En ce sens : L. Andreu, « Les sûretés personnelles après la réforme du droit des obligations », in L. Andreu et M. Mignot (sous dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 501 et s., spéc. p. 505 et 506. Selon L. Andreu la condition de l'obtention par le créancier d'un avantage manifestement excessif implique que cet article ne s'applique qu'aux contrats déséquilibrés anormaux. Cette condition exclut donc que l'avantage puisse résider dans la seule conclusion de la sûreté. Toutefois en sens contraire : P. Crocq, « Droit des sûretés », *D.* 2016, p. 1955 : sans s'attarder sur le caractère anormal de l'avantage obtenu par le créancier, l'auteur admet que le contrôle de l'excès par le biais de l'article 1143 c. civ. sera soumis à des conditions strictes dès lors qu'il faudra établir le caractère manifestement excessif de l'avantage obtenu, le comportement abusif du créancier ainsi sur l'impossibilité pour le constituant de trouver un autre créancier susceptible de lui procurer un crédit comparable.

¹³⁶⁹ Selon L. Andreu il faut donc chercher un avantage en plus du cautionnement. L. Andreu, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁷⁰ De manière classique, le vice de violence ne peut entraîner la nullité du contrat que si les pressions viennent du cocontractant de la victime de violence. Ainsi, seules les pressions exercées par le créancier pourraient entraîner

681. Rejet du vice de violence comme fondement de la règle de proportionnalité. Nous ne sommes pas favorables au rattachement de la règle de proportionnalité au vice de violence. Dans certaines hypothèses, le fondement de la violence pourrait servir de fondement à la sanction de la prise de sûretés disproportionnées. Toutefois, ces hypothèses ne recouvrent pas l'ensemble des cas dans lesquels un créancier obtient des sûretés disproportionnées. En effet, la sanction de la nullité pour vice de violence économique ne pourrait permettre de sanctionner la prise de sûretés disproportionnées que si d'une part le débiteur se trouve dans un état de dépendance à l'égard du créancier et si d'autre part le créancier obtient des sûretés démesurées en abusant de cet état de dépendance. Dans de nombreux cas, une prise de sûretés disproportionnées pourra être constatée sans que le vice de violence puisse être invoqué¹³⁷¹. Soit parce que les pressions exercées par le créancier ne pourront être démontrées, soit parce que le débiteur ne pourra pas prétendre être en situation de dépendance à l'égard du créancier¹³⁷². La prise de sûretés disproportionnées doit être sanctionnée en elle-même. Réserver la sanction de la prise de sûretés disproportionnées aux situations dans lesquelles pourra être caractérisé un vice de violence ne permettrait pas de protéger tous les constituants contre l'atteinte à leur capacité à obtenir des crédits. Il convient de sanctionner la disproportion de manière objective, or le rattachement de la règle de proportionnalité au vice de violence ne permettrait pas une telle sanction objective.

682. Recherche d'un critère d'appréciation de la proportionnalité. Aucun des fondements envisagés ne permet finalement de préciser le mode d'appréciation de la proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti. Ont été rejetés le fondement de l'équilibre contractuel qui apparaît dénué de sens en matière de sûretés pour autrui, ainsi que le fondement de la violence économique puisque ce dernier restreindrait le domaine d'application de la règle de proportionnalité¹³⁷³. Le rattachement de la règle de proportionnalité à l'idée de justice contractuelle, et plus précisément à l'éthique contractuelle, a en revanche été retenu. Toutefois, le rapprochement de la règle de proportionnalité à ce fondement ne permet pas de préciser l'appréciation de la proportionnalité des sûretés. La précision de cette notion semble

la nullité du contrat pour violence économique, les pressions exercées par le débiteur sur le constituant d'une sûreté pour autrui ne pourraient être prises en compte.

¹³⁷¹ Sur les conditions de la caractérisation du vice de violence économique : B. Petit et S. Rouxel, « contrats et obligations. – Violence », *JurisClasseur Code civil* > Art. 1111 à 1115, spéc. n° 15 à 19.

¹³⁷² La concurrence entre les établissements de crédit rendra plus difficile la caractérisation d'un état de dépendance. Le débiteur ayant besoin de crédit pouvant effectuer des demandes auprès de divers établissements.

¹³⁷³ v. n° 678 et s.

indispensable. Il y sera procédé par la recherche d'un critère autonome associé à l'appréciation de la proportionnalité.

§ 2 : Le critère précisant la notion de proportionnalité

683. **Recherche d'un critère autonome permettant de préciser la proportionnalité des sûretés.**

L'étude des fondements auxquels la règle de proportionnalité aurait pu être rattachée n'a pas permis de préciser l'appréciation devant être faite de la notion de proportionnalité. Divers critères autonomes se rapprochent de la notion de proportionnalité. Il est dès lors intéressant d'étudier ces différents critères dans le but de trouver un critère qui pourrait être rattaché à la notion de proportionnalité et préciser la conception devant être retenue de cette notion. Seront rejetés les critères non pertinents que sont les critères du raisonnable et de l'excès (I), avant que soit retenu le critère de l'utilité des sûretés (II).

I. Le rejet des critères non pertinents

684. **Objectif de la recherche d'un critère d'appréciation de la proportionnalité.** Il convient de préciser la notion de proportionnalité des sûretés par un critère aisément maniable et compréhensible. Un tel critère permettrait que les différents juges du fond qui auront à se poser la question de la disproportion des sûretés prises par un créancier puissent y apporter une réponse uniforme. Les critères qui n'apparaîtront pas utiles puisqu'ils ne faciliteront pas la compréhension du critère de la proportionnalité doivent donc être rejetés. Tel est le cas du critère du raisonnable (A), ainsi que du critère de l'excès (B).

A. Le rejet du critère du raisonnable

685. **Critère connu du raisonnable**¹³⁷⁴. Le doyen Carbonnier a affirmé que le principe de proportionnalité « est ramené à une exigence un peu vague d'équilibre raisonnable »¹³⁷⁵. Le critère du raisonnable est connu en droit français. Depuis la réforme du droit des obligations de 2016¹³⁷⁶, le critère de la personne raisonnable a remplacé la notion de bon père de famille. La disparition de la notion de « bon père de famille » fait suite à la suppression dans le vocabulaire

¹³⁷⁴ Sur le critère du raisonnable : H. Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009 ; L.-M. Duong, *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse Nice, 2004 ; G. Weiszberg, *Le raisonnable en droit du commerce international*, thèse Paris, 2003.

¹³⁷⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Thémis, PUF., 25^e éd. refondue, 1997, n° 53.

¹³⁷⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

des distinctions entre les genres féminin et masculin¹³⁷⁷. Cette évolution dans le vocabulaire n'a pas été l'occasion d'une précision de la notion. Le critère de la personne raisonnable n'est pas plus éclairant que celui du bon père de famille. Ainsi, bien que le critère du raisonnable soit un critère juridique connu, il est un critère souple qui ne permettrait pas aux juges du fond de cerner avec précision la notion de proportionnalité. Dire que la prise de sûretés disproportionnées est déraisonnable n'apporterait aucune aide aux juges du fond chargés de caractériser la disproportion. Le critère du raisonnable aurait pu sembler cohérent, mais il n'est pas utile. En effet, il ne sera pas plus aisé de caractériser une prise de sûretés déraisonnable, qu'une prise de sûretés disproportionnées. La même justification conduira à rejeter le critère de l'excès.

B. Le rejet du critère de l'excès

686. Proximité de la disproportion et de l'excès. « L'acte excessif, ce sera l'acte qui dépassera ce à quoi on pouvait normalement s'attendre dans les rapports entre particuliers. On part, en somme, de cette idée qu'il y a une conduite normale et une conduite anormale, que ce qui dépasse le volume ordinaire du droit doit être condamné »¹³⁷⁸. Cette définition de l'acte excessif semble correspondre parfaitement à l'idée de prise de sûretés disproportionnées. La proximité entre la notion de disproportion et la notion d'excès ne peut être niée. Contrairement à la notion d'abus, celle d'excès n'implique pas une appréciation subjective de la proportionnalité. En effet, l'excès est apprécié de manière objective, sans que le comportement du créancier ne soit pris en considération¹³⁷⁹. Ainsi, contrairement au rattachement de la disproportion à l'abus, le rapprochement entre l'excès et la disproportion apparaît justifié. La proximité entre les deux notions est telle que la prise de sûretés disproportionnées peut être qualifiée de prise de sûretés excessives. Il est d'ailleurs notable que la règle posée à l'article 2444 du Code civil permettant de réduire l'assiette des hypothèques lorsque celle-ci est disproportionnée au montant de la créance garantie, ne fait pas intervenir textuellement la notion de disproportion mais celle

¹³⁷⁷ Sur l'écriture inclusive : T. Coustet, « Féminisation des mots : la Cour de cassation demande la marche à suivre à l'Académie française », *D. Actualité* 23 nov. 2017.

¹³⁷⁸ R. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. I, n° 117, p. 529.

¹³⁷⁹ v. C. Séjean-Chazal, *op. cit.* p. 219 et 220, n° 169 : l'auteur distingue le risque d'abus et l'excès : « Dans un premier sens, le défaut de proportionnalité est synonyme d'excès et se concrétise par une inadéquation mathématique ; la disproportion est alors sanctionnée objectivement, pour elle-même. Suivant la seconde signification, la disproportion est rattachée à l'abus ; sous cette acception, le défaut de proportionnalité n'est pas condamnable en soi, mais il prend place dans une analyse subjective plus large du comportement du titulaire du droit en cause, au sein de laquelle il peut permettre de révéler l'existence de cet abus ». Sur l'excès : D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 432, 2005.

d'excès¹³⁸⁰. Ainsi l'une des règles qualifiées de « règle de proportionnalité » puisqu'elle permet de faire respecter un certain rapport entre la sûreté prise et la créance garantie, repose textuellement sur la notion d'excès. Le lien entre l'excès et la disproportion est dès lors indéniable.

687. Inutilité du rattachement à l'excès. Pourtant, il ne semble pas utile de rattacher la disproportion à l'excès. Plutôt que de préciser l'appréciation de la proportionnalité, la notion d'excès pourrait la complexifier. La proportionnalité est plus précise que l'excès en ce qu'elle instaure une idée de comparaison, de rapport entre deux éléments. S'agissant d'appliquer la règle de proportionnalité des sûretés, il conviendra de comparer les sûretés prises avec le crédit obtenu. L'outil de la proportionnalité est donc plus adapté que la notion d'excès pour procéder à ce contrôle. Ainsi, la notion d'excès semble moins appropriée en matière de contrôle de l'importance des sûretés obtenues par un créancier, parce que ce contrôle est réalisé en considération du crédit consenti au débiteur. La notion d'excès est donc moins exacte que celle de disproportion. Ainsi, la notion d'excès ne pourrait pas être substituée à celle de proportionnalité. En outre, l'excès ne permet pas de préciser l'appréciation de la proportionnalité. Les sûretés excessives ne sont pas instinctivement perceptibles. La notion d'excès renvoie néanmoins à d'autres qualificatifs qui semblent pouvoir être plus aisément palpables. Le doyen Josserand a en effet qualifié l'acte excessif d'« acte inattendu, insolite, discordant, qui a rompu l'équilibre de la situation juridique »¹³⁸¹. Si ces qualificatifs semblent plus concrets que celui d'excessif, il n'est pas certain qu'ils permettent aux juges du fond de percevoir immédiatement et sans doute si les sûretés prises par un créancier peuvent être qualifiées de disproportionnées ou non. Ainsi, si le rattachement des sûretés disproportionnées aux sûretés excessives n'est pas erroné, en ce que ces deux notions peuvent parfois être retenues pour désigner les mêmes situations, la notion de disproportion est plus adaptée concernant la règle que nous souhaitons voir instaurée et l'association de la disproportion à l'excès n'apporte pas de précision. Un autre critère semble devoir être retenu puisqu'il apporte la précision recherchée relative à l'appréciation de la proportionnalité.

¹³⁸⁰ Art. 2444 c. civ. : « Lorsque les inscriptions prises en vertu des articles 2401 et 2412 sont excessives, le débiteur peut demander leur réduction en se conformant aux règles de compétence établies dans l'article 2442. Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ».

¹³⁸¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., 1938, t. I, n° 1500, p. 827.

II. La sélection du critère de l'utilité des sûretés

688.Choix du critère de l'utilité des sûretés. De nombreux fondements et critères autonomes ont été envisagés pour permettre de préciser l'appréciation devant être faite de la règle de proportionnalité. Aucun n'a atteint l'objectif fixé. C'est finalement le critère de l'utilité des sûretés qui permettra de rendre plus aisée l'appréciation de la proportionnalité. Ce critère sera présenté (A), tout comme le sera sa principale caractéristique : sa souplesse (B).

A. La présentation du critère de l'utilité des sûretés

689.Découverte et définition du critère de l'utilité des sûretés. L'ensemble des fondements et critères jusqu'ici étudiés ont été rejetés dès lors qu'ils ne permettaient pas de préciser la notion de proportionnalité. Le critère finalement retenu pour préciser la notion de proportionnalité sera celui de l'utilité des sûretés. Il peut être découvert à travers l'observation des différentes règles existantes ainsi que de la doctrine (1). Une fois découvert, le critère de l'utilité des sûretés sera précisé (2).

1. La découverte du critère de l'utilité des sûretés

690.Observation des règles de proportionnalité existantes. L'étude des différents fondements juridiques et des différents critères juridiques existants n'a pas permis de découvrir un critère qui puisse être associé à la notion de disproportion et permette de la préciser. L'incapacité des fondements et critères envisagés à préciser la notion de proportionnalité des sûretés invite à s'intéresser aux règles de proportionnalité des sûretés existantes afin de trouver un critère permettant de remplir cette mission. Un critère commun aux différentes règles qui imposent aujourd'hui le respect d'un rapport de proportionnalité en droit de sûretés sera recherché. Toutefois, avant même d'examiner les règles du droit des sûretés, il est possible d'observer le droit des voies d'exécution au sein duquel règne un véritable principe de proportionnalité.

691.Observation de la proportionnalité des voies d'exécution. En cette matière, la proportionnalité des mesures d'exécution est associée à leur nécessité. L'article L. 111-7 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ». En vertu de cet article, devrait être sanctionné le créancier qui a recours à des mesures d'exécution non nécessaires pour obtenir le paiement de sa créance. Si le même critère de nécessité était retenu

en matière de sûretés, seraient sanctionnés les créanciers se faisant consentir des sûretés non nécessaires pour que soit efficacement garanti le remboursement de leur créance. L'idée semble intéressante. Toutefois la règle ainsi posée pourrait sembler rigoureuse. La prise de sûretés « non nécessaires », ne semble pas nuisible au constituant. Les termes de sûretés « non nécessaires » ne reflètent pas le caractère gênant de la prise de sûretés disproportionnées. Au critère de l'absence de nécessité posé à l'article L. 111-7, sera donc préféré celui de l'inutilité qui présente une connotation négative. L'article L.121-2 dispose en effet que « le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie »¹³⁸². En matière de voies d'exécution, il semble que les deux termes soient pris pour synonymes. La Cour de cassation se fonde conjointement sur les deux articles et recherche si les mesures exercées étaient utiles au recouvrement de la créance¹³⁸³. Pourtant, le choix du critère de l'utilité semble plus exact que celui de la nécessité.

692. Distinction de l'utilité et de la nécessité. La nécessité et l'utilité sont deux notions qui expriment une idée commune, mais se distinguent par leur degré. L'acte utile est l'acte qui est apte à satisfaire un besoin ou à créer les conditions favorables à sa satisfaction¹³⁸⁴. L'acte nécessaire est l'acte indispensable, celui dont on ne peut se passer¹³⁸⁵. Il apparaît ainsi que l'acte nécessaire est forcément utile, alors que l'acte utile n'est pas forcément nécessaire. Appliquées à la prise de sûretés, la distinction entre ces deux notions est aisément perceptible. La sûreté utile est une sûreté qui permet de rendre plus sûr le paiement du créancier, alors que la sûreté nécessaire est la sûreté dont le créancier n'aurait pas pu se passer. À l'opposé, la sûreté inutile est la sûreté qui ne permet pas d'augmenter les chances du créancier d'obtenir un paiement de sa créance. La prise de sûretés disproportionnées entraîne en ce sens une prise de sûreté inutile. En effet, la multiplication des sûretés ne permet plus au-delà d'un certain seuil, de favoriser le paiement du créancier. Une fois que la créance est suffisamment garantie, les sûretés supplémentaires prises sont nécessairement superficielles. La notion de sûreté non nécessaire ne recouvre pas tout à fait la même réalité. Trois auteurs affirment qu'« on peut définir la sûreté

¹³⁸² Sur la notion de mesure inutile prévue à l'art. L. 121-2 c. pr. d'exéc. : N. Cayrol, *op. cit.*, p. 432, n° 793.

¹³⁸³ v. notamment Cass. 2e civ., 22 juin 2017, inédit, n° 16-16871 ; *Procédures* 2017, n° 234, obs. Ch. Laporte ; *RTD civ.* 2017, p.732, note. N. Cayrol.

¹³⁸⁴ Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° utile : « qui présente un intérêt (au moment de son accomplissement) ; qui se justifie au regard d'une bonne gestion ».

¹³⁸⁵ *Ibid.*, v° nécessaire sens 2 : « qui répond à un besoin primordial et souvent urgent, par opp. à voluptuaire ou même à utile » sens 3 : « qui est indispensable à... » sens 4 : « qui est impérieusement dicté par les circonstances ».

inutile comme celle qui outrepassa la mesure nécessaire au paiement de la créance »¹³⁸⁶. Ce qui est inutile n'est donc pas nécessaire, en revanche, ce qui n'est pas nécessaire n'apparaît pas toujours inutile. La sûreté non nécessaire peut être une sûreté utile. La sûreté est utile, mais non nécessaire lorsqu'elle permet d'augmenter les chances de paiement du créancier, sans toutefois être déterminante dans le choix du créancier d'octroyer un crédit. Dans cette situation, la sûreté n'apparaît pas indispensable au remboursement de la créance de sorte qu'il est possible d'affirmer que la prise de cette sûreté n'était pas absolument nécessaire. Pourtant, la sûreté apparaît utile en ce qu'elle favorise les chances de remboursement de la créance. Évidemment, il ne peut être considéré que la multiplication des sûretés fait apparaître une prise de sûretés disproportionnées toutes les fois que chacune des sûretés prise n'apparaît pas absolument nécessaire. Applicable aux établissements de crédit, la règle de proportionnalité contreviendrait à leur liberté de gestion si elle leur imposait de ne prendre que des sûretés nécessaires. En revanche, il semble que la prise de sûretés disproportionnée fasse systématiquement apparaître une prise de sûreté inutile. La pertinence du rapprochement de la disproportion et de l'inutilité sera vérifiée par l'observation des règles permettant un contrôle de la proportionnalité des sûretés.

693. Inutilité des hypothèques excessives dont l'assiette peut être réduite. Les règles relatives aux hypothèques prévues aux articles 2444 et 2445 du Code civil imposent un rapport de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit garanti. L'alinéa second de l'article 2444 du Code civil qui prévoit la réduction des hypothèques dont l'assiette est disproportionnée au montant de la créance garantie précise que « sont réputées excessives les inscriptions qui grevent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ». Le seuil de proportionnalité posé par cet article est suffisamment élevé pour impliquer que les sûretés qualifiées d'excessives soient nécessairement inutiles¹³⁸⁷. En effet, l'inscription d'une hypothèque sur plusieurs immeubles alors que la valeur d'un seul ou d'une partie des immeubles grevés excède très largement le montant de la somme garantie est nécessairement partiellement inutile.

¹³⁸⁶ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 189, n° 200.

¹³⁸⁷ Un seuil inférieur est retenu en matière de sûretés mobilière en Belgique : v. M. Julienne, « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », *RDC*, déc. 2014, n° 4, p. 656 : « la réforme belge consacre [...] la spécificité du gage consenti par un consommateur : la valeur du bien donné en garantie ne saurait excéder le double de la créance garantie » : L. n° C-2013/09377, 11 juill. 2013 : *Moniteur belge*, 2 août 2013, art.7 al. 4.

694. Inutilité des hypothèques excessives dont l'inscription peut être réduite. Ce critère de l'inutilité des sûretés qualifiées de disproportionnées se retrouve à l'article 2445 du Code civil. En vertu de cet article, peuvent être réduites les inscriptions réalisées par le créancier dans certaines situations dans lesquelles le montant de la créance n'avait pas été déterminé par les parties et qui apparaissent excessives au regard du montant de la créance à garantir¹³⁸⁸. Le second alinéa précise que pour réduire les inscriptions ainsi prises, les juges du fond doivent tenir compte des circonstances, des probabilités et des présomptions de fait. La logique de cet article implique que le juge qui constate qu'une créance conditionnelle ou éventuelle est garantie par une hypothèque peut réduire le montant de la créance inscrite. Il opte pour cette réduction en considération de la très faible probabilité d'apparition de la créance, de la probabilité importante de réalisation de la condition suspensive ou de non-réalisation de la condition résolutoire¹³⁸⁹. En vertu de cet article, le juge constatant qu'une créance indéfinie est garantie par une hypothèque peut également réduire le montant de la créance inscrite du chef du créancier s'il constate qu'il est peu probable que le montant de la créance atteigne une somme proche du montant prévu à l'inscription hypothécaire. Malgré le pouvoir d'appréciation important dont dispose les juges du fond, il est possible d'affirmer que l'article 2445 du Code civil leur offre la possibilité de réduire les inscriptions hypothécaires lorsqu'elles apparaissent inutiles en raison de leur caractère excessif. En effet, les inscriptions hypothécaires garantissant des créances éventuelles ou conditionnelles dont la naissance ou le maintien est très peu probable a de grandes chances de se révéler inutile. De même, les inscriptions hypothécaires réalisées par le créancier pour un montant excessif alors que la créance garantie est indéterminée apparaîtra partiellement inutile lorsque les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait inviteront à penser que la créance sera d'un montant largement inférieur au montant inscrit. Il est vrai que la sanction de la réduction des hypothèques n'apparaît pas parfaitement adaptée à la première des deux situations décrites. La très faible probabilité de naissance ou de maintien d'une créance donne lieu à une réduction de l'inscription hypothécaire réalisée par le

¹³⁸⁸ Art. 2445 c. civ. : « Peuvent aussi être réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention. L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur, sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte ».

¹³⁸⁹ La condition suspensive peut être définie comme un : « événement futur et incertain auquel est subordonnée la naissance d'une obligation » Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o suspensif, iv ; « La condition résolutoire établit une symétrie inverse de celle qui résulte de la condition suspensive » : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^e éd. LGDJ, 2018, p. 741, n^o 1330.

créancier, alors même qu'est en jeu l'existence de la créance et non son montant. Il est probable que le législateur n'ait pas osé octroyer aux juges du fond le pouvoir d'effacer intégralement l'inscription de l'hypothèque constituée pour garantir une telle créance. La sanction de la réduction semble néanmoins inadaptée à cette situation puisque le problème n'est pas relatif au montant garanti, mais à l'utilité de la sûreté dans son intégralité. En effet, aucune disproportion ne peut être relevée entre le montant de la créance garantie et l'importance de l'inscription hypothécaire. La seule raison de l'atteinte à l'inscription ainsi prise est le caractère probablement inutile de la sûreté prise. Bien que la sanction puisse être critiquée, il apparaît que la règle de réduction des hypothèques prévue à l'article 2445 du Code civil repose sur l'inutilité des inscriptions hypothécaires.

695. Inutilité prévisible des inscriptions hypothécaires. Il est important de relever également que l'inutilité des inscriptions n'a pas à être fermement démontrée par les juges du fond. Ces derniers disposent d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. L'article 2445 du Code civil leur offre la possibilité de réduire les inscriptions hypothécaires, mais ce même article prévoit la possibilité d'une erreur des juges. En effet, il est possible que les juges procèdent à la réduction des inscriptions alors même que le maintien des inscriptions aurait en réalité été utile. L'issue de cette situation est prévue au deuxième alinéa de l'article 2445 du Code civil lequel permet au créancier de réinscrire une hypothèque qui prendra rang au jour de son inscription¹³⁹⁰. La part d'aléa inhérente à l'application de l'article 2445 du Code civil est ainsi reconnue par l'article lui-même. Il en résulte que le pouvoir des juges de réduire les inscriptions hypothécaires prévu à l'article 2445 du Code civil n'est pas une science exacte. En somme, le critère de l'inutilité des sûretés pouvant être réduites se retrouve donc à l'analyse des deux règles de proportionnalité des hypothèques prévues au sein du Code civil.

696. Confirmation jurisprudentielle du lien entre proportionnalité et utilité. En revanche, l'article L. 650-1 du Code de commerce prévoyant une règle transversale de proportionnalité ne peut être rattaché avec certitude au critère de l'inutilité des sûretés. Cet article prévoyant une exception au principe de non-responsabilité des créanciers pour soutien abusif dans les hypothèses où le créancier se serait fait consentir des sûretés disproportionnées, ne donne aucune indication relative à l'appréciation de la proportionnalité. Il est compréhensible que le cas d'ouverture à la responsabilité du créancier résultant de la disproportion des garanties prises

¹³⁹⁰ Art 2445 c. civ. *in fine* : « sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte ».

n'ait pas été développé dans cet article dès lors qu'il ne s'agit pas de l'objet principal de la règle. En effet, l'article L. 650-1 du Code de commerce permet de sanctionner le créancier cumulant à l'excès les garanties, mais le domaine d'application de cet article est limité. Le créancier ayant exigé des garanties disproportionnées ne sera sanctionné que s'il a octroyé un crédit fautif au débiteur et si ce débiteur se trouve ensuite placé en procédure collective. La règle formulée à l'article L. 650-1 du Code de commerce n'a donc pas pour principal objet la sanction de la prise de garanties disproportionnées. Dès lors que l'exception relative à la prise de garanties disproportionnées n'est pas détaillée, la règle de proportionnalité ne peut être rattachée au critère de l'utilité des sûretés. La jurisprudence pourrait en revanche faire apparaître un lien entre la proportionnalité de l'article L. 650-1 du Code de commerce et le critère de l'utilité. En effet, la Cour de cassation a confirmé que le créancier disposant d'un nantissement de bons de caisse d'une valeur de 200 000 euros et d'un cautionnement à hauteur de 120 000 euros en garantie d'une créance de 200 000 euros bénéficiait de sûretés disproportionnées au crédit consenti¹³⁹¹. Le nantissement de bons de caisse est une sûreté très efficace¹³⁹². Il en résulte que le cautionnement garantissant une créance d'ores et déjà garantie par un nantissement de bon de caisse d'une valeur équivalente au montant de la créance garantie apparaît inutile. Ainsi, l'inutilité du cautionnement exigé par le créancier permet de caractériser la prise de sûretés disproportionnées. La Cour de cassation ne fonde pas explicitement son raisonnement sur l'inutilité du cautionnement pour démontrer la disproportion des sûretés prises. Toutefois, l'arrêt analysé démontre que les sûretés qualifiées de disproportionnées en application de l'article L. 650-1 du Code de commerce sont des sûretés partiellement inutiles.

697. Utilité comme condition des sûretés judiciaires. Si le critère de l'utilité peut servir de limite à la prise de sûretés conventionnelles, il est également intéressant de constater que ce critère constitue une condition de l'octroi de sûretés judiciaires. Les juges ont recours à ce critère de l'utilité de la sûreté lorsqu'ils décident d'octroyer ou non des sûretés judiciaires conservatoires. En effet, ces sûretés ne peuvent être octroyées que s'il existe une menace dans le recouvrement de la créance¹³⁹³. Or, en l'absence de menace dans le recouvrement de la créance, il est possible

¹³⁹¹ Cass. com. 27 mars 2012, Bull. civ. IV n° 68 ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2012 p. 384, note D. Legeais ; *Defrénois* 30 mars 2013, n° 6, note S. Cabrillac ; *rev. sociétés*, 2012, p. 398, note. Ph. Roussel Galle ; *BJS* juin 2012, n° 6, p. 493, note Ph. Pétel.

¹³⁹² Art. L. 223-1 et s. c. mon. et fin. : « Les bons de caisse sont des titres nominatifs et non négociables comportant engagement par un commerçant de payer à échéance déterminée, délivrés en contrepartie d'un prêt ». Sur les bons de caisse : A. Lecourt, « Bon de caisse », *rép. dr. comm.*, janv. 2017 ; P. Le connu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^e éd., 2018, p. 158, n° 196.

¹³⁹³ Le péril dans le recouvrement de sa créance est en effet une condition de l'octroi de sûreté judiciaire prévue à l'art. L. 511-1 al. 1 c. proc. civ. d'exéc. : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut

de considérer que la sûreté demandée ne serait pas utile. L'analyse de la jurisprudence relative aux sûretés judiciaires est intéressante puisqu'elle fait apparaître que les juges estiment parfois qu'aucune menace ne peut être caractérisée dans le recouvrement de la créance en raison des sûretés existantes garantissant d'ores et déjà le crédit en cause¹³⁹⁴. Il apparaît alors que l'existence de sûretés suffisantes interdit l'octroi de sûretés judiciaires. Par suite, les sûretés judiciaires consenties ne peuvent être que des sûretés utiles. Ainsi, il sera impossible pour un créancier d'obtenir judiciairement des sûretés disproportionnées au crédit garanti. Les sûretés judiciaires ne seront consenties que si elles apparaissent utiles, en considération des sûretés dont le créancier dispose déjà. Il en résulte que le créancier disposant de sûretés ne pourra obtenir des sûretés judiciaires complémentaires que si les sûretés dont il dispose sont insuffisantes.

698. Proposition du critère de l'utilité des sûretés. En définitive, il semble que le cumul de sûretés fait apparaître une prise de sûretés disproportionnées lorsque toutes ne sont pas utiles. Le critère révélant la disproportion des sûretés pourrait donc être celui de l'inutilité des sûretés prises. Les professeurs Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, favorables à la sanction de la prise de sûretés disproportionnée, ont déjà établi un lien entre la notion de disproportion et le critère de l'inutilité des sûretés prises¹³⁹⁵.

699. Rapprochement doctrinal de la proportionnalité et de l'utilité. Le rapprochement de la règle de proportionnalité des sûretés à la théorie de l'abus de droit a été exclu. Il est toutefois intéressant de noter que les auteurs invitant à recourir à la notion d'abus de droit pour sanctionner le créancier exigeant des sûretés disproportionnées qualifient ces sûretés d'inutiles¹³⁹⁶. Ils précisent que les sûretés disproportionnées en font partie. La prise de sûretés inutiles caractérise donc selon eux l'abus par le créancier de son droit de se faire octroyer des sûretés. Même si nous ne suivons pas ces auteurs lorsqu'ils se réfèrent à la notion d'abus, nous les rejoignons pour affirmer que la prise de sûretés disproportionnées implique une prise de sûretés inutiles. En effet, nous considérons que la sûreté inutile révèle la prise de sûretés disproportionnées. Bien que nous n'adoptions pas intégralement le raisonnement de ces auteurs,

solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ».

¹³⁹⁴ CA, Versailles, 16^e chambre, 5 septembre 2013 - n° 12/03614, Numéro JurisData : 2013-018747 : « La Cour dispose des éléments suffisants pour dire non établie l'insuffisance de garanties qui rendrait nécessaire la prise de sûretés supplémentaires sur d'autres biens immobiliers, et notamment sur l'immeuble constituant le domicile personnel de l'appelant ».

¹³⁹⁵ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 187 et s., n° 199 et s.

¹³⁹⁶ *Ibid*, loc. cit.

le rapprochement opéré entre le critère de l'utilité des sûretés et la prise de sûretés proportionnées au crédit garanti conforte notre démonstration. Dès lors que le critère l'inutilité des sûretés permettra de préciser la notion de sûretés disproportionnées, l'acceptation de la notion d'utilité retenue en droit des sûretés doit être précisée.

2. La précision du critère de l'inutilité des sûretés

700. Étude de l'inutilité des voies d'exécution. Le critère de l'utilité a été découvert à travers le principe de proportionnalité des voies d'exécution. Ce principe condamne toute mesure d'exécution réalisée en dépit de son caractère inutile¹³⁹⁷. Il semblerait donc intéressant d'étudier la jurisprudence relative à l'application du principe de proportionnalité des voies d'exécution pour préciser le critère de l'utilité des sûretés qui pourrait être associé à la notion de proportionnalité. Pour faciliter l'application de ce principe, une réponse ministérielle a précisé en 2003 le sens de la notion de saisie inutile¹³⁹⁸. Selon cette réponse, les saisies doivent être dites inutiles lorsqu'elles portent sur des biens dont la valeur permet seulement de couvrir les frais de saisie. En effet, dans un tel cas, le créancier saisissant ne bénéficie d'aucun paiement. Il est donc évident que la saisie pratiquée peut être qualifiée d'inutile. Toutefois, l'acceptation décrite de la saisie inutile ne rend pas compte de toutes les hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre d'une mesure d'exécution peut être qualifiée d'inutile.

701. Acceptation stricte de l'inutilité des mesures d'exécution. En théorie, la saisie disproportionnée correspond à la saisie d'un bien dont la valeur est disproportionnée au montant de la créance à recouvrer, de sorte qu'elle ne sert l'intérêt du créancier saisissant que dans la mesure où elle correspond à la valeur de sa créance augmentée des frais de saisie et non pour le surplus. Ainsi, pour le surplus, la saisie ne sert plus l'intérêt du créancier saisissant. En ce sens, la jurisprudence qualifie d'abusives une saisie immobilière pratiquée pour recouvrer une créance minimale¹³⁹⁹. Toutefois, une saisie unique ne peut être divisée. Il faut adopter un point de vue inverse et retenir que la saisie d'un bien dont la valeur est disproportionnée au montant de la créance à recouvrer est partiellement utile lorsqu'aucune autre mesure d'exécution plus

¹³⁹⁷ v. n° 691.

¹³⁹⁸ Rép. min. n° 26545, JOAN Q, 15 déc. 2003, p. 9662 : « Sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions et dans la mesure où le produit de la saisie est affecté en priorité au paiement des frais nécessaires, une saisie portant sur des biens dont, manifestement, la valeur n'excède pas le montant prévisible de tels frais, doit être considérée comme inutile puisqu'elle ne permettra pas de recouvrer la créance. Sous cette même réserve, il appartient aux huissiers de justice d'apprécier si la consistance des biens qu'ils saisissent est suffisante pour assurer le paiement total ou partiel de la créance, et, dans le cas contraire, de constater que la mesure d'exécution est infructueuse ».

¹³⁹⁹ v. notamment Cass. 2^e civ., 13 mai 1991, *D.* 1992. 128, obs. Julien ; *RDI* 1991. 500, obs. Simler et Delebecque.

mesurée et néanmoins suffisante ne pouvait être réalisée. Les juges du fond ne peuvent se fonder uniquement sur la disproportion existante entre la créance à recouvrer et la valeur du bien saisi pour caractériser l'inutilité de la saisie. Ils doivent en effet relever qu'une autre mesure d'exécution moins contraignante aurait pu permettre au créancier saisissant d'obtenir l'exécution forcée de sa créance¹⁴⁰⁰.

702. Contrôle de la motivation de l'inutilité des mesures d'exécution. Les juges du fond sont tenus de motiver précisément leur décision lorsqu'ils ordonnent la mainlevée d'une mesure d'exécution qu'ils considèrent être inutile. En ce sens, la Cour de cassation a affirmé que la cour d'appel prive sa décision de base légale lorsqu'elle ordonne la mainlevée de la mesure de saisie immobilière en retenant d'une part que la créance dont l'exécution forcée était poursuivie était modique au regard de la valeur du bien saisi et d'autre part que la saisie immobilière présentait un caractère inutile au regard des garanties dont bénéficiaient le créancier saisissant et des autres saisies qui auraient pu être pratiquées sur le patrimoine du saisi¹⁴⁰¹. En l'espèce, la Cour de cassation n'a pas été convaincue par la démonstration de la cour d'appel aboutissant à qualifier d'inutile la saisie immobilière pratiquée par le créancier. Pourtant, les nombreux autres moyens mis en place pour organiser le remboursement du créancier avait été rappelés par la cour d'appel. Ainsi, le caractère inutile de la mesure pratiquée doit être suffisamment caractérisé pour que puisse être prononcée la mainlevée de la saisie pratiquée. Cet arrêt témoigne de l'appréciation stricte du caractère inutile des mesures d'exécution exercée.

703. Appréciation objective de l'utilité des mesures d'exécution. Un arrêt de 2014 renforce la difficulté à caractériser la saisie inutile. À l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation a indiqué qu'une saisie immobilière n'aboutissant pas au paiement du créancier n'est pas *de facto* inutile¹⁴⁰². Elle a en effet confirmé l'arrêt d'appel ayant refusé de qualifier d'abusives la saisie immobilière réalisée par un créancier qui n'a finalement perçu aucun paiement. La Cour de cassation a indiqué qu'au vu des circonstances de l'espèce, le créancier pouvait « croire se trouver en rang utile pour être désintéressé ». De sorte qu'il ne pouvait être reproché à ce créancier titulaire d'un titre exécutoire, de tenter de recouvrer sa créance. En outre, la Cour de cassation précise que « la procédure de saisie immobilière ne pouvait être qualifiée d'inutile

¹⁴⁰⁰ Un auteur relève cette condition fait naître une difficulté probatoire pour le débiteur : C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 221, n° 169.

¹⁴⁰¹ Cass., 2^e civ., 22 juin 2017, inédit, n° 16-16871 ; *Procédures* 2017, n° 234, obs. Ch. Laporte ; *RTD civ.* 2017, p. 732, note N. Cayrol.

¹⁴⁰² Cass. 2^e civ. 27 fév. 2014, Bull. civ. II, n° 60, n° 13-11865 ; *D.* 2014, p. 1466, obs. A. Leborgne ; *RD banc. et fin.*, note. S. Piedelièvre.

puisque'elle avait permis de rembourser la dette [des débiteurs] à l'égard [d'un autre créancier] hypothécaire de premier rang »¹⁴⁰³. Ainsi, en matière de voies d'exécution, l'utilité de la saisie doit être comprise dans un sens général et n'est pas limité à l'intérêt du créancier saisissant.

704. Absence d'assimilation de l'inutilité des mesures d'exécution et des sûretés. La même rigueur caractérisera-t-elle la recherche de l'inutilité des sûretés ? Il est évident que, contrairement à la solution retenue en matière de voies d'exécution, l'utilité des sûretés devra s'apprécier uniquement en considération du créancier bénéficiant des sûretés. En revanche, la question de savoir si l'obtention d'une sûreté unique peut être qualifiée de prise de sûreté disproportionnée si elle porte sur un bien dont la valeur est disproportionnée au montant de la créance à garantir est plus sérieuse. S'il est possible de choisir une sûreté efficace et proportionnée, le choix d'une sûreté disproportionnée doit être condamné comme en matière de voie d'exécution. Toutefois, le choix d'une sûreté portant sur un bien dont la valeur est disproportionnée au crédit garanti ne pourra être sanctionné sur le fondement de la règle de proportionnalité que si la sûreté prise gaspille inutilement le crédit du constituant. Seules certaines sûretés peuvent à elles seules gaspiller le crédit du constituant¹⁴⁰⁴. Ainsi, la prise d'une sûreté pourra être qualifiée d'inutile, même s'il s'agit d'une sûreté unique, si elle gaspille le crédit du constituant alors que d'autres sûretés qui auraient pu être exigées par le créancier, auraient été suffisantes pour garantir sa créance. Il apparaît alors qu'il sera nécessaire d'observer la situation économique et patrimoniale du débiteur et celle du constituant s'il ne s'agit pas des mêmes personnes, afin d'identifier les sûretés qui auraient pu être consenties au créancier. En effet, en l'absence d'alternative, la prise d'une sûreté disproportionnée pourrait se trouver justifiée. À l'inverse, la possibilité d'obtenir des sûretés suffisantes et proportionnées permettra de caractériser le gaspillage inutile du crédit du constituant. De ce point de vue, l'appréciation de la proportionnalité des sûretés présentera des similitudes avec celle de la proportionnalité des voies d'exécution. Dans les deux cas, devra être prise en compte l'existence d'alternatives.

705. Souplesse du critère retenu. Il appartiendra aux juges, si l'interdiction de prendre des sûretés disproportionnées est généralisée, de préciser dans quels cas les sûretés doivent être considérées comme manifestement disproportionnées. Les juges sont aidés par la précision selon laquelle la prise de sûretés partiellement inutile en considération de l'ensemble des sûretés prises, permet

¹⁴⁰³ Civ. 2e, 27 févr. 2014, Bull. civ. II n° 60, *supra*.

¹⁴⁰⁴ Ces sûretés ont été identifiées : v. n° 472 et s.

de caractériser l'existence d'une disproportion des sûretés. Toutefois, les juges du fond conserveront un pouvoir d'appréciation important pour déterminer si les sûretés prises par un créancier sont ou non disproportionnées à la créance garantie dès lors que le critère de l'utilité des sûretés demeure un critère souple.

B. La souplesse du critère de l'utilité des sûretés

706. Origine et conséquence de la souplesse du critère retenu. Le critère de l'utilité des sûretés prises permet de préciser la notion de sûretés disproportionnées. En effet, la prise de sûretés importantes par rapport au crédit consenti est un phénomène courant. Il a semblé important de déterminer un critère qui facilite le travail des juges qui auront à déterminer à partir de quand la prise de sûretés peut être qualifiée de disproportionnée. Le critère de l'utilité des sûretés prises demeure néanmoins un critère souple puisqu'il ne permet pas l'instauration d'un seuil de proportionnalité (1). La souplesse qui caractérise ce critère implique que l'on fasse confiance aux juges du fond lorsqu'ils auront à se prononcer sur l'existence d'une disproportion des sûretés prises (2).

1. L'absence de seuil de proportionnalité

707. Impossibilité relative de prévoir un seuil de disproportion. Il est impossible de prévoir un seuil de disproportion dès lors que la règle de proportionnalité devra être appliquée à toutes les sûretés et garanties prises par un créancier considérées ensemble¹⁴⁰⁵. Il est vrai que certaines règles prévoyant la possibilité de réduire les sûretés prises par un créancier prévoient des seuils en deçà desquels les sûretés ne peuvent être réduites. Tel est notamment le cas de l'article 2444 du Code civil¹⁴⁰⁶ ou encore de l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution¹⁴⁰⁷. Le recours à cette méthode ne semble pourtant pas envisageable concernant la règle générale de proportionnalité des sûretés. La règle proposée a vocation à régir l'ensemble des sûretés existantes et à s'appliquer à l'ensemble des sûretés prises par un créancier. Or il n'est pas

¹⁴⁰⁵ Dans ce sens un auteur relève à propos de l'article L. 650-1 du Code de commerce que le législateur « n'a rien dit sur, quantitativement, la disproportion qu'il condamne, dans l'impossibilité dans laquelle il se fût trouver, en raison de la multiplicité des cas de figure, d'arrêter une formule uniformément applicable » : J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, p. 1743.

¹⁴⁰⁶ Art. 2444 al. 2 c. civ. : « Sont réputées excessives les inscriptions qui grevent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ».

¹⁴⁰⁷ Art. R. 532-9 c. proc. d'exéc. : « Lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties, le débiteur peut faire limiter par le juge les effets de la sûreté provisoire s'il justifie que les biens demeurant grevés ont une valeur double du montant de ces sommes ».

possible de prévoir un seuil de proportionnalité unique applicable à l'ensemble des sûretés. En effet, les différentes sûretés ne présentent pas la même efficacité. Concrètement en matière d'hypothèque, il a semblé juste au législateur de prévoir que la prise d'hypothèques sur plusieurs immeubles lorsque la valeur de l'un ou d'une partie des immeubles grevés était supérieure au double du montant des sommes dues augmentée du tiers de ce montant devait être qualifiée d'excessive. Le même seuil ne pourrait être retenu concernant la disproportion des nantissements de bons de caisse. L'efficacité de cette sûreté impliquerait l'instauration d'un seuil plus bas. Ainsi, le choix du seuil de proportionnalité applicable à chaque sûreté devrait dépendre de l'efficacité de la sûreté en cause.

708. Estimation imprécise de l'efficacité des sûretés. L'observation de la pratique permet de se faire une idée de l'efficacité des sûretés. Ainsi par exemple, l'ampleur du contentieux relatif à la remise en cause des cautionnements souscrits par des personnes physiques permet d'affirmer que l'efficacité de cette sûreté est douteuse. Des auteurs ont recensé les différentes sûretés dont l'efficacité est globalement reconnue¹⁴⁰⁸. La détermination de l'efficacité d'une sûreté ne semble pourtant pas évidente. Pour exemple, alors même que l'hypothèque est classée parmi les sûretés efficaces, un auteur a mis en évidence l'inefficacité de cette sûreté lorsqu'elle est prise par un établissement de crédit sur le logement principal d'un particulier dans les cas où le constituant se trouve en situation de surendettement¹⁴⁰⁹. L'inefficacité de cette sûreté résulte du pouvoir du juge de réduire le montant de la fraction du prêt restant due après la vente forcée de l'immeuble. Ce pouvoir est octroyé au juge par le quatrième alinéa de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1989¹⁴¹⁰. Si cet article autorise simplement le juge à réduire la part du crédit immobilier restant à payer, l'auteur envisage que la jurisprudence aille plus loin et accepte que le crédit restant à rembourser soit réduit à néant¹⁴¹¹. Cette jurisprudence met en évidence

¹⁴⁰⁸ L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 20, n° 7 : sous la forme d'un tableau. Ils classent parmi les sûretés efficaces : les hypothèques et les privilèges immobiliers, le gage avec ou sans dépossession, la garantie autonome, le crédit-bail, la réserve de propriété, la cession Dailly et la fiducie. Alors qu'à l'inverse sont dits non efficaces le cautionnement, les privilèges généraux, les privilèges mobiliers généraux et les privilèges mobiliers spéciaux.

¹⁴⁰⁹ P. Julien, « A propos du surendettement des particuliers et des familles », in *Mélanges en hommages à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 183 et s., spéc. p. 189.

¹⁴¹⁰ Aujourd'hui prévu à l'art. L. 733-4 1^o c. consom. : « en cas de vente forcée du logement principal du débiteur, grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ou à une société de financement ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition, la réduction du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit ou aux sociétés de financement après la vente, après imputation du prix de vente sur le capital restant dû, dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un rééchelonnement calculé conformément au 1^o de l'article L. 733-1, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur ».

¹⁴¹¹ P. Julien, *ibid*, loc. cit. : « Certes, le législateur n'est pas allé jusqu'à réduire lui-même à zéro le montant du solde du prêt, mais il a engagé le juge à cheminer dans cette direction, et, sur cette voie, le juge s'arrêtera là il estimera devoir le faire ».

l'efficacité imparfaite de l'hypothèque. Elle révèle que même les sûretés réputées efficaces ne sont pas infaillibles.

709. **Efficacité des sûretés réelles dépendante de l'évolution de la valeur des biens grevés.**

L'efficacité des sûretés réelles dépend en outre du risque de dépréciation du bien grevé de sûretés¹⁴¹². Or la dépréciation d'un bien n'est pas toujours prévisible. Ce constat impliquerait de prévoir une « marge d'erreur ». Dès lors que la proportionnalité sera appréciée antérieurement à la date de sa réalisation¹⁴¹³, le seuil de disproportion devrait ainsi être calculé en considération de ce risque de dépréciation¹⁴¹⁴. Devrait être pris en compte le risque de dépréciation avéré et potentiel. En effet, la prévision d'un seuil de proportionnalité concernerait une variété de sûretés, le risque de dépréciation des biens ne pourrait donc pas être évalué précisément en considération d'un bien déterminé. Ce risque devrait être estimé de manière générale pour une catégorie de biens¹⁴¹⁵. Il en résulte que le calcul du seuil de proportionnalité ne pourrait être un calcul exact. Peut être posée la question de savoir si la reconnaissance récente de l'imprévision par l'ordonnance de 2016 permettait d'envisager une renégociation des sûretés prises sur des biens qui auraient perdu en valeur. Si tel était le cas, le recours à l'imprévision garantirait au créancier une sûreté fiable en tout temps. Cette souplesse dans l'exécution du contrat lui permettrait de ne pas se prémunir dès la formation du contrat, contre une hypothétique dévaluation des biens du débiteur. Toutefois, pour que le mécanisme de l'imprévision puisse être invoqué, il faudrait que la dévaluation du bien remis en sûreté soit

¹⁴¹² La crainte d'une nouvelle crise systémique invite à prendre en compte ce facteur dès lors que les crises systémiques entraînent des dévaluations des sûretés réelles. cf. V. Catillon, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques », *LPA* 8 août 200, n° 159, p. 7 : « il survient parfois une évolution des circonstances économiques initiales qui affecte l'environnement de l'emprunteur, ces dégradations trouvant leur paroxysme lors des crises financières systémiques. Plus qu'une simple altération de l'environnement macroéconomique, ces crises se singularisent par une déflation généralisée de la valeur des actifs et entraînent outre l'impossibilité pour l'emprunteur de satisfaire ses obligations, la dévaluation du collatéral produit en garantie ».

¹⁴¹³ Sur la date d'appréciation de la proportionnalité : v. n° 720 et s.

¹⁴¹⁴ Les seuils de proportionnalité prévus par le législateur apparaissent élevés notamment en considération du risque de dévaluation des biens sur lesquels ils portent. cf. notamment le seuil prévu à l'article 2444 c. civ. : et article n'autorise le juge à procéder à la réduction des hypothèques que si la valeur des immeubles grevés représente plus du double du montant de la créance garantie augmenté d'un tiers de ce montant. Ainsi, la valeur des immeubles grevés doit représenter plus de deux cent trente-trois pourcent du montant de la créance pour que les juges puissent réduire les inscriptions hypothécaires. Un seuil aussi élevé permet de prémunir le créancier contre la dévaluation de l'immeuble. En effet, même si un immeuble perdait la moitié de sa valeur, l'hypothèque conservée par le créancier après réduction devrait encore être suffisante pour garantir le recouvrement de sa créance. Le seuil retenu a toutefois été critiqué pour être trop élevé, bien qu'il ait pour but de prendre en compte la dévaluation du bien. cf. P. Crocq, « Cautionnement. La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du crédit à la consommation », *RTD civ.* 1998, p. 157 : « Tant l'article 2161 du code civil que l'article 259 du décret du 31 juillet 1992 retiennent le critère du double du montant de la créance garantie ce qui, même en tenant compte des frais de réalisation du bien ainsi que du risque de perte de sa valeur au fil du temps, semble bien constituer un maximum trop élevé ».

¹⁴¹⁵ Par exemple, pour prévoir un seuil de proportionnalité applicable au gage, le risque de dévaluation des biens meubles devrait être évalué de manière générale.

imprévisible¹⁴¹⁶. Ainsi, l'imprévision pourrait seulement compléter l'instauration d'un seuil de proportionnalité suffisamment élevé pour anticiper la dévaluation prévisible des biens grevés de sûretés. La nécessité de prendre en compte la dévaluation possible des biens grevés n'est pas le principal facteur de complexité de la prévision d'un seuil de proportionnalité.

710. Efficacité des sûretés comme critère de fixation du seuil de proportionnalité. Il résulte des développements précédents qu'un seuil de proportionnalité propre à chaque sûreté pourrait être instauré, bien que la détermination d'un seuil juste pour chacune des sûretés soit source d'une importante complexité. Ainsi, en théorie il serait possible de prévoir un seuil de proportionnalité propre à chaque sûreté. Toutefois, cette solution ne serait pas viable dans la mesure où il est proposé que la proportionnalité des sûretés soit évaluée en considération de l'ensemble des sûretés prises par un créancier. La prévision d'un seuil de proportionnalité propre à chaque sûreté impliquerait alors une combinaison des différents seuils attachés aux différentes sûretés prises par un créancier. L'instauration d'un tel seuil serait d'une grande complexité. Il est à noter que l'article L. 650-1 du Code de commerce, qui implique une appréciation de la proportionnalité de l'ensemble des garanties consenties à un créancier, ne prévoit aucun seuil de disproportion contrairement aux articles précités relatifs aux hypothèques et aux sûretés judiciaires¹⁴¹⁷. L'impossibilité de prévoir des seuils de proportionnalité applicables à la règle de proportionnalité des sûretés n'est pas absolue. Toutefois, l'instauration de seuils semble bien trop complexe pour être retenue. La complexité inhérente à l'instauration de seuils serait renforcée par l'entrée en jeu d'un second facteur.

711. Risque inhérent au crédit comme critère de fixation du seuil de proportionnalité. Il semble que devraient être pris en compte non seulement l'efficacité des sûretés, mais aussi le risque de non-remboursement du créancier inhérent à la dette. L'utilité des sûretés prises ne dépend pas uniquement du montant de la créance garantie et de l'existence d'autres sûretés offertes au créancier. Le risque du crédit en cause a également une influence sur le caractère utile des sûretés offertes au créancier. La prise de sûretés importantes par un créancier acceptant de consentir un crédit risqué peut sembler compréhensible. Or il semble extrêmement compliqué de prévoir un système qui permette de déterminer le seuil de proportionnalité d'une sûreté qui

¹⁴¹⁶ L'imprévisibilité des circonstances ayant entraîné une évolution de l'équilibre contractuel était évidemment une condition de la mise en œuvre de ce mécanisme. Art. 1195 c. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

¹⁴¹⁷ Sur l'article L. 650-1 du Code de commerce : v. n° 581 et s.

tienne compte à la fois de la nature de la sûreté prise et du risque attaché à l'opération garantie. D'autant que le risque lui-même n'est pas aisément déterminable dès lors qu'il dépend de divers facteurs. En effet, le risque dépend en premier lieu du type d'opération garantie, mais il dépend également de la personne du débiteur considérée non seulement selon sa solvabilité au jour de la conclusion d'opération, mais également en considération de ses perspectives d'avenir économique¹⁴¹⁸. La prise en considération de l'ensemble de ces données n'est pas impossible. En témoigne la méthode de calcul des taux d'intérêts appliqués par les banques à l'occasion de l'octroi de crédit¹⁴¹⁹. Toutefois, la prise en compte de l'ensemble du risque lié à l'opération garantie impliquerait que le calcul du seuil de proportionnalité des sûretés dépende de chaque espèce. En outre, ce calcul apparaîtrait extrêmement complexe. Selon les professeurs Manuella Bourassin et Vincent Brémond, la prise en considération de la dangerosité du crédit consenti interdit toute prévision d'un seuil de disproportion en matière de proportionnalité des sûretés¹⁴²⁰. Ces auteurs regrettent « toute l'insécurité que cela emporte »¹⁴²¹. Néanmoins, l'instauration d'un seuil de proportionnalité n'est pas sans inconvénient.

712. Intérêts et inconvénients de l'instauration de seuils de proportionnalité. La prévision de seuils de proportionnalité des sûretés ferait apparaître un inconvénient inextricablement lié à l'instauration de seuils : la différence de traitement des personnes qui se trouvent juste au-dessus et des personnes qui se trouvent juste en-dessous du seuil. Cet inconvénient a conduit à critiquer la combinaison d'une sanction sévère et de l'instauration d'un seuil de proportionnalité en matière de protection des garants contre l'insolvabilité¹⁴²². En considération de cet inconvénient, l'établissement d'un seuil de proportionnalité des sûretés n'aurait pas été retenu, même si l'instauration d'un tel seuil s'était révélée moins complexe. Ainsi, l'instauration d'un seuil de proportionnalité serait non seulement complexe, mais également source d'injustices. En outre, l'instauration de seuils de proportionnalité n'apparaît pas

¹⁴¹⁸ S. Coussergues, *Gestion de la banque. Du diagnostic à la stratégie*, 3^e éd. Dounot, Paris, 2002, p. 151 : La méthode d'évaluation du risque dépend de la nature du crédit : à la consommation ou immobilier par exemple. Concernant les crédits à la consommation l'auteur affirme que « l'évaluation du risque de crédit s'appuie alors sur les trois éléments suivants : le crédit demandé représente un montant raisonnable des revenus [...] de l'emprunteur, ces revenus ont un caractère récurrent et l'emprunteur n'est ni surendetté ni sujet aux incidents de paiements ».

¹⁴¹⁹ S. Coussergues, *op. cit.*, p. 147 et s. : « l'analyste-crédit rassemble toutes les informations nécessaires sur l'emprunteur selon une liste préalablement établie en fonction de la qualité de l'emprunteur, particulier ou entreprise, et de la nature du crédit. [...] ces informations sont reportées dans des dossiers de demande de crédit qui sont des formulaires uniformisés et qui ne peuvent être considérés comme complets s'ils ne sont pas totalement documentés ». Ces informations sont traitées et permettent la décision d'octroi ou de refus du crédit.

¹⁴²⁰ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 963, n° 1340 « quelle importance doit atteindre la disproportion ? Aucun taux en saurait être fourni, car tout dépend de la nature du risque à couvrir et des garanties constituées ».

¹⁴²¹ *Ibid.*

¹⁴²² v. n° 163.

nécessaire¹⁴²³. Une autre solution existe pour qu'une disproportion minimale ne puisse entraîner la sanction du créancier. Il est en effet possible de prévoir que la disproportion devra être manifeste pour pouvoir être sanctionnée¹⁴²⁴.

713. Notion de disproportion manifeste. La sanction de la seule disproportion manifeste permet de s'assurer que la prise de sûretés disproportionnées ne sera pas sanctionnée dans des cas dans lesquels la disproportion apparaît discutable. Le droit positif enseigne que la disproportion manifeste doit être entendue comme une disproportion évidente. En matière de cautionnement, la règle selon laquelle le montant du cautionnement doit être proportionné aux biens et revenus de la caution n'entraîne le prononcé d'une sanction qu'en cas de disproportion manifeste¹⁴²⁵. Selon le professeur Dimitri Houtcieff il est nécessaire que la disproportion « crève les yeux » pour que l'article L. 332-1 du Code de la consommation trouve à s'appliquer¹⁴²⁶. Ainsi l'adverbe « manifestement » implique une idée d'évidence. La disproportion doit être indéniable pour pouvoir entraîner l'application de la règle de proportionnalité¹⁴²⁷. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation qui ne peut contrôler l'appréciation souveraine des juges du fond relative

¹⁴²³ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, bibl. dr. privé t. 335, 2000, p. 6 : « Il n'est nul besoin de fixer un seuil chiffré, il suffit de dénoncer le déséquilibre patent, celui qui met en danger la pérennité de la relation contractuelle. A cet égard, la disproportion correspond bien à une idée de grave déséquilibre ».

¹⁴²⁴ *Ibid*, p. 476, n° 1163. L'auteur critique le recours aux adjectifs « manifeste » et « significatif » pour qualifier la disproportion. Ces adjectifs sont selon elle inutiles et « signes d'une pauvreté de langue ». Elle estime que la notion de proportionnalité se suffit à elle-même dès lors qu'elle diffère de l'égalité-identité et de l'égalité-progressivité. v. *ibid*, p. 46, n° 83. L'auteur précise que la proportionnalité du contrat diffère de la stricte équivalence. Elle affirme : « le défaut de proportionnalité n'est préjudiciable que dans la mesure où il engendre une disproportion ».

¹⁴²⁵ Le caractère manifeste de la disproportion est expressément prévu par le législateur : Art. L. 332-1 c. consom. : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

¹⁴²⁶ D. Houtcieff, « La disproportion du cautionnement : le manifeste de la Cour de cassation », *RDC* 2018, n° 2, p. 222 : « il est nécessaire que l'engagement soit sans rapport avec le patrimoine et que la disproportion crève les yeux ». Sur l'adverbe manifestement des articles L. 314-18 et L. 332-1 c. consom. : F. Jacomino, « Cautionnement disproportionné du dirigeant : à l'impossible nul n'est tenu », *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299 : « l'adverbe "manifestement" semble induire une évidence dans la disproportion » ; S. Piedelièvre, « cautionnement et disproportion », *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, n° 13, p. 26 : « la simple disproportion est insuffisante en elle-même ; il est nécessaire qu'elle soit également manifeste ».

¹⁴²⁷ Le même sens est donné au mot « manifestement » dans la règle selon laquelle l'appel manifestement abusif du garant autonome autorise le garant à résister au paiement. v. art 2321 c. civ. al. 2 : « Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ». Sur ces exceptions : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 367 et., n° 588 et 589, spéc. p. 407, n° 589 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 12^e éd. 2018, p. 215, n° 344 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, p. 384 et s., n° 527 et s.

à l'existence d'une disproportion, s'est autorisée à contrôler la réalité de son caractère manifeste¹⁴²⁸.

714. Disproportion simple. La même exigence d'une disproportion manifeste ne se retrouve pas pour les règles de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti. En particulier, la disproportion ouvrant le droit d'engager la responsabilité pour soutien abusif du créancier prévue à l'article L. 650-1 du Code de commerce, ne doit pas selon ce texte présenter de caractère manifeste. Un auteur affirme qu'en l'absence de disposition prévoyant expressément le caractère manifeste de la disproportion, une disproportion simple pourrait suffire à mettre en œuvre la règle posée par cet article¹⁴²⁹. La jurisprudence semble confirmer ce point de vue. La Cour de cassation a admis que puisse être qualifiée de disproportionnée l'obtention d'un nantissement de bons de caisse d'une valeur égale au montant du crédit consenti complété par l'obtention du cautionnement d'une personne physique pour un montant inférieur¹⁴³⁰. La disproportion entre les sûretés prises et le montant du crédit garanti peut être constatée, mais elle ne peut sans exagération être qualifiée de manifeste. En effet, la disproportion ne s'impose pas avec évidence.

715. Seuils de proportionnalité impliquant une disproportion manifeste. Les autres règles de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti ne posent pas expressément la condition d'une disproportion manifeste. Néanmoins, le caractère manifeste de la disproportion résulte parfois évidemment du choix du seuil de disproportion retenu par le législateur. En effet, bien que le législateur fixe des seuils de proportionnalité, l'analyse de ces seuils invite à constater que la disproportion ne sera finalement sanctionnée que si elle est manifeste. L'article 2444 du Code civil illustre cette idée. Il n'autorise le juge à procéder à la réduction des hypothèques que si la valeur des immeubles grevés représente plus du double du montant de la créance garantie augmenté d'un tiers de ce montant. Ainsi, la valeur des immeubles grevés doit représenter plus de deux cent trente-trois pourcents du montant de la créance pour que les juges puissent réduire les inscriptions hypothécaires. L'analyse du seuil de proportionnalité prévu,

¹⁴²⁸ Cass. com. 28 fév. 2018, publié, n° 16-24841 ; *Revue proc. coll.* n° 3, mai 2018, comm. 112, note A. Aynès ; *RD banc. et fin.* n° 3, mai 2018, comm. 65, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 3 avril 2018, n° 13, p. 26, note S. Piedelièvre ; *LEDB* avril 2018, n° 4, p. 5, note N. Mathey ; *RDI* 2018 p. 335, note H. Heugas-Darraspen ; *D.* 2018, p. 1884, obs. P. Crocq ; *Gaz. Pal.* 12 juin 2018, n° 21, p. 70, note B. Bury ; *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299, note F. Jacomino ; *RDC* 2018, n° 2, p. 222, note D. Houtcieff : l'auteur précise que « L'adverbe "manifestement" n'est pas sans conséquences : il cantonne le pouvoir d'appréciation judiciaire de la disproportion ».

¹⁴²⁹ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., Montchrestien, 2018, p. 574, n° 865.

¹⁴³⁰ Cass. com. 27 mars 2012, Bull. civ. IV n° 68, n° 10-20077 : *D.* 2012. p. 870, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2012 p. 384, note D. Legeais ; *Deffrénois* 30 mars 2013, n° 6, note S. Cabrillac ; *rev. sociétés*, 2012, p. 398, note Ph. Roussel Galle ; *BJS* juin 2012, n° 6, p. 493, note Ph. Pétel.

indique de façon certaine que seules les disproportions manifestes permettent la réduction de l'assiette de l'hypothèque. Le même constat pourrait être fait pour la règle de proportionnalité des sûretés judiciaires à laquelle est indirectement attaché un seuil de proportionnalité¹⁴³¹. Ainsi, les règles imposant un seuil de proportionnalité imposent également, en considération des seuils choisis, une disproportion manifeste.

716. Intérêt d'une disproportion manifeste. En matière de sûretés disproportionnées, aucun seuil de proportionnalité ne pourra être prévu, c'est pourquoi il convient d'exiger une disproportion manifeste. Une telle exigence permettra d'éviter les erreurs judiciaires. Il convient d'être prudent dans l'appréciation de la disproportion. L'existence d'une disproportion sera évaluée antérieurement à la date de réalisation des sûretés. Or il est important de maintenir l'efficacité des sûretés. Cet exercice n'est pas évident dès lors que le passif du constituant au jour de la réalisation des sûretés est inconnu lors de l'appréciation de la proportionnalité. De même, si l'ensemble des sûretés réelles inscrites sur le patrimoine du constituant peuvent être connues, certaines sûretés constituées postérieurement à la date d'appréciation de la proportionnalité pourront primer les sûretés dont la proportionnalité est évaluée. Ainsi, à l'heure où il statuera, le juge ne pourra disposer de toutes les informations relatives au patrimoine du constituant au jour de la réalisation des sûretés. C'est pourquoi, exiger que la disproportion des sûretés soit manifeste permettra d'éviter que les sûretés offertes au débiteur soient réduites alors que toutes auraient pu lui être utiles. En effet, si le juge prend en compte l'avenir patrimonial probable du constituant et qu'il recherche une disproportion manifeste et non une disproportion simple, il ne devrait pas commettre l'erreur de sanctionner la prise de sûretés qui se seraient révélées utiles au créancier. Le caractère manifeste de la disproportion permet de contenir les réticences qui pourraient naître face à l'octroi aux juges du pouvoir de réviser les sûretés offertes aux créanciers. En effet, pourrait être contesté le fait d'octroyer aux magistrats le droit de s'immiscer dans les conventions des parties afin de rétablir un certain équilibre en particulier en considération du critère incertain de la proportionnalité des sûretés prises par un créancier au regard de la créance garantie. Toutefois, d'une part la notion de la proportionnalité a été précisée par le critère de l'utilité des sûretés prises et d'autre part, seules les disproportions manifestes permettront au juge de réduire l'importance des sûretés offertes au créancier. Ainsi,

¹⁴³¹ Tel est le cas de l'art. R. 532-9 du c. proc. civ. d'exéc. En effet l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution ne prévoit pas de seuil de proportionnalité mais précise que les biens demeurant grevés doivent avoir une valeur double du montant des sommes garanties. Cette précision implique qu'avant réduction, les sûretés doivent être d'une valeur supérieure au double du montant des sommes dues. Il en résulte que ces sûretés présentent un caractère disproportionné.

seules les sûretés manifestement inutiles pour le créancier pourront être réduites ou disparaître¹⁴³². Devraient dès lors être évitées les critiques ayant été formulées à l'encontre de l'article L. 650-1 concernant la part d'incertitude résultant de la latitude offerte aux juges du fond¹⁴³³. Rappelons que, contrairement à la règle proposée, cet article est applicable dès lors que les juges relèvent une disproportion entre les garanties prises et le crédit garanti, y compris en l'absence de caractère manifeste de cette disproportion. Le professeur Régine Bonhomme a affirmé à propos de cet article que « l'interprétation de la disproportion est laissée aux juges ce qui, malgré la confiance que l'on peut avoir en la sagesse de ceux-ci, renouvelle les sources d'insécurité »¹⁴³⁴. L'adverbe manifestement est donc un rempart à la critique portant sur la part d'appréciation des juges qu'implique la sanction du caractère disproportionné de la prise de sûretés par un créancier. Toutefois, ce rempart ne fait pas disparaître la nécessité de faire confiance aux juges en charge d'apprécier l'existence d'une disproportion manifeste.

2. La confiance aux juges

717. Confiance nécessaire dans l'appréciation des juges. La mission d'appréciation de la proportionnalité confiée aux juges est complexe. Néanmoins, les juges sont capables de la remplir. Les juges sauront apprécier la proportionnalité des sûretés prises par rapport au crédit garanti dès lors qu'ils sont habitués aux missions d'évaluation de la proportionnalité. En effet, de nombreuses règles font intervenir l'outil de la proportionnalité en matière de sûretés¹⁴³⁵. Précisément, les juges dès lors qu'ils sont capables d'apprécier la proportionnalité d'une hypothèque prise sur plusieurs immeubles ou la proportionnalité des sûretés judiciaires par rapport à la créance garantie, seront en mesure d'apprécier la proportionnalité de l'ensemble des sûretés offertes à un créancier en contrepartie de la créance garantie. Seuls les éléments à mettre en comparaison diffèrent ici. La tâche confiée au juge reste la même. Ainsi, dès lors que le législateur a accordé sa confiance aux juges en leur octroyant le droit de réduire certaines sûretés dans le cadre de règles diverses, il apparaîtrait injustifié de ne pas leur faire confiance pour exercer cette même tâche dans le cadre d'un contrôle généralisé de la proportionnalité des sûretés. Ainsi, nous ne partageons pas la crainte des professeurs Laurent Aynès et Pierre Crocq

¹⁴³² L'adverbe manifestement attaché à la disproportion s'applique également au critère de l'inutilité des sûretés qui précise la notion de disproportion.

¹⁴³³ Critiques en ce sens : J. Mouly, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, p. 1743 : « L'absence de caractérisation de la disproportion est surprenante au regard même du principe que cette disproportion vient tenir en échec, tant est large la brèche ainsi ouverte, considérable le pouvoir d'appréciation qui va échoir au juge ».

¹⁴³⁴ R. Bonhomme, « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 70.

¹⁴³⁵ Ces règles ont été étudiées : v. n° 554 et s.

selon qui « il n'est pas sûr que le juge français soit armé pour exercer un contrôle de l'opportunité d'une sûreté et du risque pris par le créancier »¹⁴³⁶. Au contraire, l'expérience de l'intervention du juge dans le contrat apparaît rassurante. Le professeur Denis Mazeaud a affirmé en ce sens que « lorsque l'on examine le droit positif en vue d'apprécier ce danger, on réalise, sauf à se tromper, que mises à part quelques dérives, le juge exerce son pouvoir modérateur avec modération ; en tout cas, la Cour de cassation veille à ce qu'il en soit ainsi »¹⁴³⁷. Ainsi, nous partageons l'avis selon lequel « le temps n'est plus de craindre les juges mais au contraire de leur faire confiance »¹⁴³⁸.

718. Démonstration de la confiance accordée aux juges. Parmi les règles permettant aux juges d'apprécier la proportionnalité des sûretés, l'article 2445 du Code civil est particulièrement éloquent¹⁴³⁹. D'une part, le législateur a inscrit dans cet article les éléments à prendre en considération pour apprécier la proportionnalité des inscriptions hypothécaires. Or, ces éléments ne sont pas des données exactes. Doivent être pris en considération « les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait ». Cet article indique également que les juges sont tenus de concilier les droits du créancier et l'intérêt de la conservation du crédit du débiteur. Cette nécessaire conciliation des intérêts en présence implique que la recherche de la proportionnalité ne soit pas une science exacte. Le vocabulaire utilisé par le législateur conforte cette idée puisque l'article prévoit que les juges du fond arbitrent l'excès des inscriptions hypothécaires. Le verbe arbitrer implique une idée de souplesse dans la détermination de l'excès des inscriptions hypothécaires. D'autre part et de manière plus flagrante, la possibilité d'une erreur commise par les juges dans leur arbitrage de l'excès des inscriptions hypothécaires est prévue et anticipée par le législateur. En effet, le législateur a prévu que si la créance qui était indéterminée a été portée à une somme plus forte que celle anticipée par le juge ayant réduit l'inscription hypothécaire, il sera possible de procéder à de nouvelles inscriptions hypothécaires¹⁴⁴⁰. La prévision par le législateur de la possibilité d'une erreur commise par le juge anticipant le montant à venir d'une créance indéterminée démontre

¹⁴³⁶ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 25, n° 18.

¹⁴³⁷ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : une nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s. spéc. n° 25 et s. p. 626 et s.

¹⁴³⁸ L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 366, 2002, p. 396 n° 558.

¹⁴³⁹ Art. 2445 al. 2 c. civ. : « L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur, sans préjudice de nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte.

¹⁴⁴⁰ Dans cette situation, le montant de l'inscription après réduction apparaît insuffisant pour garantir la créance en son entier, ce qui justifie l'inscription d'une nouvelle hypothèque.

que les règles de proportionnalité en droit des sûretés ne peuvent donner lieu à une application strictement mathématique. La confiance accordée aux juges en la matière est importante.

719. Possibilité de faire confiance aux juges. En définitive, même si le critère de l'inutilité permet de préciser la notion de disproportion, ce critère est souple et ne permet pas de procéder à un calcul exact de la disproportion. Il sera donc nécessaire de faire confiance aux juges du fond qui seront tenus de manier l'outil de la proportionnalité en ayant pour soutien le critère de l'utilité des sûretés prises¹⁴⁴¹. Le caractère manifeste de la disproportion requise constitue en ce domaine une sécurité qui permettra une application uniforme de la règle de proportionnalité des sûretés. Ainsi, le critère souple de l'utilité des sûretés sera accompagné de l'exigence d'une disproportion manifeste. La découverte de ce critère permet de préciser l'appréciation de la proportionnalité. Un autre élément apparaît indispensable pour poursuivre la précision de la règle : la détermination de la date d'appréciation de la proportionnalité.

Section 2 : La date d'appréciation de la proportionnalité

720. Option quant à la date d'appréciation de la proportionnalité. Le choix de la date d'appréciation de la proportionnalité est complexe. Le constituant souhaitera invoquer la disproportion des sûretés prises au jour où il souhaitera bénéficier de nouveaux crédits et se trouvera dans l'impossibilité d'offrir des sûretés à un éventuel nouveau créancier. Ainsi, la volonté du constituant d'invoquer la règle de proportionnalité des sûretés pourrait apparaître à tout moment au cours de l'existence des sûretés. La question de la date d'appréciation de la proportionnalité consiste alors à définir avec précision la date à laquelle doit être évaluée la proportionnalité des sûretés. Plusieurs hypothèses pourraient être envisagées. La proportionnalité pourrait être appréciée au stade de la réalisation des sûretés (§ 1). Elle pourrait également être appréciée au jour de l'octroi du crédit, de la constitution des sûretés ou encore de l'évaluation de la proportionnalité par le juge (§ 2).

¹⁴⁴¹ La confiance accordée aux juges devra être d'autant plus importante qu'en cas de disproportion des sûretés prises, ceux-ci seront autorisés à réduire l'importance des sûretés offertes au créancier : v. n° 793 et s.

§ 1 : L'appréciation de la proportionnalité au jour de la réalisation des sûretés

721. **Double finalité de la proportionnalité dans la réalisation des sûretés.** Il semble important d'étudier spécifiquement la proportionnalité appréciée au stade de la réalisation des sûretés dès lors que cette conception de la proportionnalité pourrait servir deux objectifs distincts. En effet, l'appréciation de la proportionnalité au stade de la réalisation des sûretés pourrait permettre de préserver les éléments d'actif du constituant en interdisant par exemple qu'une sûreté soit réalisée sur un bien dont la valeur est disproportionnée au crédit garanti (I). Si la proportionnalité était appréciée au jour de la réalisation des sûretés, la règle de proportionnalité pourrait également permettre une mise en balance des droits fondamentaux du débiteur et du créancier (II).

I. La proportionnalité préservant les actifs du constituant

722. **Existence d'une règle de proportionnalité de la réalisation des sûretés.** Le principe de proportionnalité des voies d'exécution impose que les mesures d'exécution mises en œuvre soient proportionnées au montant de la créance à recouvrer. Ce principe assure d'ores et déjà en droit positif le respect de la proportionnalité des sûretés réalisées par rapport au crédit garanti (A). L'utilité de ce principe est incontestable pour préserver les actifs du constituant. Il est néanmoins insuffisant en ce qu'il ne permet pas de protéger la capacité du constituant à obtenir des crédits (B).

A. L'existence d'une règle de proportionnalité

723. **Liberté de principe du choix des sûretés à réaliser.** Le créancier disposant de plusieurs sûretés garantissant l'exécution de son obligation peut librement choisir de réaliser la ou les sûretés de son choix¹⁴⁴². Il est même permis au créancier de réaliser l'ensemble des sûretés dont il dispose. Ainsi, l'existence de procédures d'exécution obligatoires n'impose pas en elle-même au créancier de choisir parmi les sûretés dont il bénéficie. Le législateur a posé à l'article L. 111-7 du Code des procédures civiles d'exécution de manière générale la liberté de principe du créancier dans son choix parmi les différentes mesures d'exécution¹⁴⁴³. Ce texte dispose que

¹⁴⁴² En ce sens : L. 111-7 c. proc. civ. d'exéc. : « Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ». Cet article correspond à l'ancien art. 22 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

¹⁴⁴³ Sur le principe de la liberté de choix du créancier d'une obligation : S. Piédelièvre, *op. cit.*, p. 31 et s., n° 31 et s. ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019, p. 203 et s., n° 157 et s.

« le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance ». Ainsi, bien que le créancier soit tenu de respecter des procédures permettant d'assurer le respect des intérêts du débiteur, ces procédures ne contraignent pas le choix des sûretés à réaliser. Le législateur a précisé l'étendue la liberté offerte au créancier réalisant une hypothèque ou un privilège spécial en affirmant que ce dernier n'était pas tenu de prendre en compte les intérêts des éventuels tiers détenteurs des immeubles hypothéqués. Le choix de la sûreté à réaliser peut nuire également au débiteur lui-même qui ne pourra pas imposer au créancier de saisir un bien plutôt qu'un autre. Seule l'hypothèque offerte au créancier le contraint à saisir le bien grevé avant tout autre immeuble¹⁴⁴⁴. En dehors de cette règle, le débiteur ne pourra choisir les biens sur lesquels le créancier exercera des mesures d'exécution. Le débiteur a nécessairement un intérêt économique ou personnel à la conservation de certains de ses biens plutôt qu'à celle d'autres biens. Les intérêts décrits du débiteur ne sont pas pris en compte par le législateur qui n'impose pas au créancier disposant de plusieurs sûretés de choisir celle dont la réalisation serait la moins contraignante pour le débiteur¹⁴⁴⁵. Cette liberté du créancier dans le choix de la réalisation de ses sûretés sera confirmée et même admise comme règle générale applicable à l'ensemble des sûretés si l'article 2286-4 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés est adopté. Selon cet article : « le créancier choisit librement le mode de réalisation de sa sûreté. S'il est titulaire de plusieurs sûretés, il est libre de l'ordre de leur réalisation ». Cette liberté offerte au créancier connaît néanmoins des limites légales¹⁴⁴⁶.

724.Principe de proportionnalité des voies d'exécution. L'article L. 111-7 du Code des procédures civiles d'exécution qui pose le principe de la liberté de choix du créancier dans la

¹⁴⁴⁴ Cette règle est prévue à l'art. L. 311-5 al. 2. c. pr. exéc. et 2192 c. civ. Sur cette règle v. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019, p. 67, n° 48. Selon l'auteur « la seule explication permettant de justifier véritablement cette disparité de traitement tient à une volonté de préserver le crédit immobilier du constituant, et donc l'assiette du droit de poursuite des autres créanciers ». À l'inverse, lorsqu'un créancier dispose d'une hypothèque portant sur plusieurs immeubles, le tiers détenteur de l'un des immeubles ne peut faire jouer son bénéfice de discussion en imposant au créancier d'agir sur un autre immeuble étant détenu par le débiteur lui-même que si le créancier dispose d'une hypothèque légale présentant un caractère général. En ce sens 2466 c. civ. : « L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble ». La jurisprudence confirme que le créancier est libre de choisir parmi les immeubles hypothéqués en sa faveur, celui sur lequel il souhaite exercer ses droits : Civ. 9 mai 1905, *DP* 1909. I. 225. v. plus généralement sur la liberté offerte au créancier pour la réalisation de ses sûretés : C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 204 et 205, n° 158.

¹⁴⁴⁵ Toutefois, le législateur part du postulat que le débiteur a un plus grand intérêt à la préservation de son patrimoine immobilier qu'à celle de ses biens meubles et il protège le mineur et le majeur protégé par une règle selon laquelle les meubles du majeur protégé doivent être saisis avant ses immeubles : art. L. 311-8 al. 1 c. proc. civ. d'exéc. « Les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un majeur en curatelle ou en tutelle ne peuvent être saisis avant la discussion de leurs meubles ». Cette règle ne concerne toutefois que les mineurs et les majeurs protégés.

¹⁴⁴⁶ En l'absence de limites légalement prévues, le débiteur aurait pu se prévaloir du fait que toute liberté cesse en cas d'abus. v. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.

réalisation des sûretés, prévoit également une limite aux droits du créancier. En effet, reproduit dans son intégralité l'article L.111-7 dispose que « le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ». La seconde partie de cet article pose donc une limite à l'exercice des mesures permettant au créancier d'assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. Cet article est complété par l'article L. 121-2 du même code qui dispose que : « le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie »¹⁴⁴⁷. Ensemble ces articles posent une exigence générale de proportionnalité des voies d'exécution¹⁴⁴⁸. Littéralement, le texte de l'article L. 111-7 prohibe le recours à des mesures d'exécution non nécessaires pour obtenir le paiement de la créance et le texte de l'article L. 121-2 confère au juge de l'exécution le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure d'exécution inutile ou abusive¹⁴⁴⁹. Les termes de mesure « non nécessaire » ou « inutile » indiquent que le législateur souhaite imposer une adéquation entre les mesures d'exécution mises en œuvre et la créance à recouvrer¹⁴⁵⁰. Le législateur sanctionne également

¹⁴⁴⁷ Ces deux articles résultent de la scission de l'article 22 de la loi n° 91-650 du 9 juillet de 1991. Cet article prévoyait : « Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie ». À propos de cette scission : C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 220, n° 169. L'auteur explique qu'« avant la codification du droit des procédures civile d'exécution, une seule et même disposition – l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991 – consacrait cette exigence et en sanctionnait l'irrespect. Le premier alinéa mentionnait l'excès, quand l'alinéa second, relatif à la sanction, se référait à l'abus du créancier ; les deux notions paraissaient donc liées, et l'excès n'aurait pas été condamné pour lui-même. Avec l'avènement du Code des procédures civiles d'exécution, les règles applicables au créancier ont été dissociées de celles relatives aux pouvoirs du juge de l'exécution, et ces eux alinéas de l'article 22 ont été détachés : l'article L. 111-7 interdit au créancier les mesures excessives, l'article L. 121-2 prévoit la sanction des mesures inutiles ou abusives. Malgré l'absence de mention de "l'excès" dans la disposition relative aux pouvoirs sanctionneurs du juge, il faut admettre que ces deux aspects de la disproportion sont condamnés par ces articles ».

¹⁴⁴⁸ Sur le principe de proportionnalité des voies d'exécution : S. Piedelièvre, *Procédures civiles d'exécution*, Economica, 2016, p. 34 et 35, n° 34 ; G. Couchez et D. Lebeau, *Voies d'exécution*, Sirey, 12^e éd. 2017, p. 53, n° 83 ; A. Leborgne, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz 2^e éd. 2014, p. 233 et s., n° 487 et s. ; Ph. Hoonakker, *Procédures civiles d'exécution*, 8^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2018, p. 54, n° 62 ; N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, 2^e éd. LGDJ, 2016, p. 431 et s., n° 792 et s.

¹⁴⁴⁹ Dans le même sens mais de manière plus précise, l'art. L. 311-5 al. 1 dispose que « le créancier ne peut procéder à la saisie de plusieurs immeubles de son débiteur que dans le cas où la saisie d'un seul ou de certains d'entre eux n'est pas suffisante pour le désintéresser et désintéresser les créanciers inscrits ».

¹⁴⁵⁰ Nous pensons qu'en vertu de ces textes l'exercice d'une mesure d'exécution inutile peut être sanctionnée objectivement, sans qu'il ne soit nécessaire d'affirmer que cette action traduit un comportement abusif du créancier. En sens contraire, un auteur rapproche le critère de la mesure inutile à l'abus commis par le créancier : C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 221, n° 169 : « L'existence d'un abus de saisie est classiquement sanctionnée. Elle pourra être démontrée à l'aide du caractère disproportionné, voire inutile, de la saisie, si celui-ci permet de mettre en évidence un comportement répréhensible du créancier, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une procédure dans la seule intention de nuire au saisi ou aux autres créanciers ». Ce comportement abusif est distingué de l'exercice de mesure d'exécution objectivement excessif. En effet, l'auteur poursuit en affirmant que « la fin doit également justifier les moyens : le créancier est donc tenu de s'engager dans une procédure qui ne soit pas objectivement excessive au regard de la créance à recouvrer ».

par ces articles l'abus des voies d'exécution. L'article L. 121-2 précise qu'en cas d'abus le créancier agissant pourra non seulement subir la mainlevée de la mesure litigieuse, mais également être condamné au paiement de dommages-intérêts. L'abus peut couvrir des réalités différentes des situations dans lesquelles les mesures d'exécution utilisées sont disproportionnées au montant de la créance à recouvrer. En effet, la jurisprudence précise que le créancier peut faire un exercice abusif de son droit de poursuite notamment s'il l'exerce dans un but détourné de sa finalité¹⁴⁵¹. Ainsi, la notion d'abus des voies d'exécution est plus large que celle d'usage de voies d'exécution disproportionnées. Néanmoins, le recours à des mesures d'exécution disproportionnées est qualifié d'abus des voies d'exécution. En ce sens, très clairement, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait rejeté l'action en paiement de dommages-intérêts pour procédure abusive sans rechercher si la saisie pratiquée « était proportionnée au montant de la dette »¹⁴⁵². Ainsi, la disproportion de la mesure exercée par le créancier constitue un abus de voies d'exécution, bien que cet abus puisse également résulter d'autres situations. En somme, en application des articles L. 111-7 et L. 121-2 et du principe de proportionnalité des voies d'exécution qui s'en dégage, le débiteur poursuivi peut critiquer le manque de mesure de son créancier dans l'exercice des voies d'exécution. Concrètement, la mise en œuvre d'une mesure d'exécution portant sur un bien d'une valeur importante pourra être contrée si la créance à recouvrer est d'un montant largement inférieur¹⁴⁵³. La disproportion résulte du fait que la contrainte pour le débiteur est excessive par rapport à la créance garantie.

725. Applications rares du principe de proportionnalité. Rares sont les arrêts de la Cour de cassation précisant l'application de ces articles. La rareté de la jurisprudence s'explique notamment par la charge de la preuve pesant sur le débiteur. Pour que la mesure d'exécution litigieuse puisse être qualifiée d'inutile, le débiteur doit prouver que la mesure dont il demande la mainlevée excède ce qui est nécessaire au recouvrement de sa créance par le créancier. Le caractère inutile de la mesure d'exécution choisie par le créancier peut résulter de diverses considérations. En jurisprudence, il a été admis que la disproportion de la voie d'exécution retenue peut apparaître au regard de la régularité et la longueur de la mesure exercée mises en

¹⁴⁵¹ Cass. 2^e civ., 20 avril 2017, publié, n° 16-15936 ; *Gaz. Pal.* 20 juin 2017, n° 23, p. 47, note J.-J. Ansault ; *Procédures* n° 6, juin 2017, comm. 125, note Ch. Laporte.

¹⁴⁵² Cass, 2^e civ., 10 mai 2007, inédit, n° 05-13628.

¹⁴⁵³ Selon un exemple chiffré et caricatural : la disproportion pourrait être constatée si le créancier souhaitait obtenir la saisie-vente du véhicule d'une valeur de 10 000 euros appartenant au débiteur afin de recouvrer une créance d'un montant de 100 euros.

balance avec l'importance modeste de la créance à recouvrer¹⁴⁵⁴. La durée d'exécution d'une procédure participe en effet à l'importance de l'atteinte aux droits du débiteur qui la subit. La jurisprudence a encore tenu compte, pour qualifier une procédure d'abusives, des frais générés par celle-ci¹⁴⁵⁵. Quelle que soit l'aspect de la voie d'exécution retenue qui laisse présager l'existence d'une disproportion par rapport à la créance à recouvrer, le débiteur doit prouver qu'il existe d'autres moyens permettant d'assurer l'exécution de son obligation¹⁴⁵⁶. Cette solution ressort d'un arrêt de 2014, dans lequel la Cour de cassation a refusé de qualifier d'inutile la saisie immobilière pratiquée en raison de l'absence de preuve de l'efficacité des autres voies envisagées pour permettre au créancier de recouvrer autrement sa créance¹⁴⁵⁷. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas toujours exigé que soit démontrée l'efficacité des voies d'exécution alternatives permettant de penser que la voie d'exécution choisie est inutilement rigoureuse. Dans un arrêt de 2007, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait rejeté la demande en paiement de dommages-intérêts pour saisie abusive d'un débiteur et a précisé dans son attendu que la cour d'appel « relevait que des mesures de saisie sur salaire étaient pratiquées par ailleurs »¹⁴⁵⁸. Il semble qu'en l'espèce le recours à des saisies sur salaires en parallèle de la saisie immobilière permette de démontrer que d'autres saisies pouvaient être pratiquées. En 2007, la question de l'efficacité des saisies sur salaires pratiquées seules n'est pas évoquée par la Cour de cassation. Néanmoins, l'arrêt de la cour d'appel est seulement cassé pour défaut de base légale. Au regard de la jurisprudence de 2014, il semble qu'aujourd'hui le débiteur soit tenu de prouver l'existence de mesures alternatives moins lourdes mais également efficaces.

726. Hiérarchie entre les différentes mesures d'exécution. Ce même arrêt est par ailleurs intéressant puisqu'il fait apparaître une hiérarchie entre plusieurs mesures d'exécution. Les juges du fond avaient accepté la mainlevée de la mesure d'exécution dès lors que, selon eux, la

¹⁴⁵⁴ CA Paris 7 déc. 1995 ; *D.* 1996, p. 203, note J. Prévault.

¹⁴⁵⁵ Cass. 2^e civ., 18 juin 2009, Bull. civ. II, n° 169, n° 08-18379 ; *Gaz. Pal.* 5 sept. 2009, n° 248, p. 25, note L. Lauvergnat ; *D.* 2010, p. 1307, obs. A. Leborgne. Ceux-ci peuvent mettre en évidence la disproportion de la mesure litigieuse en considération de la modicité de la somme à recouvrer.

¹⁴⁵⁶ En ce sens, C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 221, n° 169 : « le créancier est [...] tenu de s'engager dans une procédure qui ne soit pas objectivement excessive au regard de la créance à recouvrer. Pour apprécier l'excès, devront être pris en compte les frais d'exécution, la valeur du bien objet de la mesure, le dérangement causé au saisi, mais également – et c'est là que résidera la difficulté probatoire pour le débiteur – l'existence d'une autre mesure, mieux proportionnée à la cause et également à même de satisfaire le créancier ».

¹⁴⁵⁷ Cass. 2^e civ. 15 mai 2014, n° 13-16016, Bull. civ. II, n° 113 ; *D.* 2015, p. 554, note V. Avena-Robardet ; *JCP éd. G.* n° 27, 7 juill. 2014, 782, note L. Lauvergnat ; *D.* 2015, p. 1339, obs. A. Leborgne ; *D.* 2016, p. 554, obs. Ch. Hugon.

¹⁴⁵⁸ Cass 2^e civ., 10 mai 2007, inédit, n° 05-13628 ; *Procédures* n° 11, nov. 2007, comm. 246, note R. Perrot ; *D.* 2008, p. 1167, obs. A. Leborgne ; *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 265-20, obs. G. Courtieu.

saisie immobilière était inutile en ce que d'autres voies moins attentatoires aux droits du débiteur pouvaient être empruntées¹⁴⁵⁹. Ainsi, pour la cour d'appel une hiérarchie doit être respectée entre l'atteinte à la propriété immobilière du débiteur résultant de la saisie de son immeuble et d'autres mesures qui auraient pu être pratiquées, telles que la saisie attribution des loyers résultant de la location du bien immobilier et la saisie attribution des sommes placées sur un compte¹⁴⁶⁰. Il est vrai qu'une certaine gradation existe entre ces différentes mesures. La moindre gravité de la saisie des loyers résultant de la location d'un immeuble par le débiteur, par rapport à la saisie de cet immeuble ne laisse pas place au doute. D'autres situations donneront en revanche matière à réflexion. Les juges peuvent être amenés à se prononcer sur l'existence d'une hiérarchie entre diverses voies d'exécution. En effet, la disproportion de la mesure exercée par le créancier ne peut être constatée que si d'une part, le débiteur disposait d'autres biens qui auraient pu être saisis par le créancier poursuivant et qui lui aurait permis d'obtenir le paiement de la créance et si, d'autre part, la perte du bien qui aurait pu être saisi aurait été objectivement moins attentatoire aux droits du débiteur. Il semblerait logique que l'évaluation de l'importance du bien saisi au sein du patrimoine du débiteur ne dépende pas uniquement de la valeur objective du bien. Doit être prise en compte notamment l'utilisation faite du bien par le débiteur. Un bien présente en effet un intérêt particulier pour son propriétaire s'il constitue son logement¹⁴⁶¹, s'il produit des fruits ou encore s'il est utile à l'exercice de son activité professionnelle¹⁴⁶².

727.Principe applicable à la réalisation des sûretés. Le principe de proportionnalité des voies d'exécution n'est pas seulement applicable à la réalisation des sûretés appartenant au créancier, mais couvre cet aspect des voies d'exécution. Le professeur Claire Séjean-Chazal se prononce

¹⁴⁵⁹ Cass. 2^e civ. 15 mai 2014, Bull. civ. II, n° 113, n° 13-16016 ; *D.* 2015, p. 554, note V. Avena-Robardet ; *JCP éd. G.*, n° 27, 7 juill. 2014, 782, note L. Lauvergnot ; *D.* 2015, p. 1339, obs. A. Leborgne ; *D.* 2016, p. 554, obs. Ch. Hugon. Précisément, selon la cour d'appel : « La banque ne justifie ni ne prétend avoir tenté la mise en œuvre de voies d'exécution ne portant pas atteinte à la propriété immobilière, telle qu'une saisie-attribution sur le compte bancaire à la banque postale, dont la banque indique dans ses écritures que M. X... est titulaire, ou encore une saisie-attribution sur les loyers commerciaux que perçoit ou que percevait ce dernier à la suite de la location du bien saisi ».

¹⁴⁶⁰ En témoigne la règle selon laquelle les biens meubles d'un mineur ou d'un majeur protégé doivent être saisis avant ses biens immeubles : v. art. L. 311-8 al. 1 c. proc. civ. d'exéc. « Les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un majeur en curatelle ou en tutelle ne peuvent être saisis avant la discussion de leurs meubles ».

¹⁴⁶¹ Le logement du débiteur est un bien d'une valeur particulière dès lors que s'il est saisi, le débiteur va être contraint d'engager des frais pour se reloger.

¹⁴⁶² Les fruits étant définis comme des « biens de toute sorte (sommes d'argent, biens en nature) que fournissent et rapportent périodiquement les biens frugifères (sans que la substance de ceux-ci soit entamée comme elle l'est par les produits au sens strict) ; espèce de revenus issus des capitaux, à la différence des revenus du travail » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° fruits.

néanmoins en défaveur de l'applicabilité de ce principe aux créanciers titulaires de sûretés¹⁴⁶³. Pourtant, le texte ne distingue pas entre les créanciers agissant comme chirographaires et les créanciers réalisant leurs sûretés. En outre, l'inconvénient résultant pour le débiteur de la mise en œuvre d'une mesure d'exécution disproportionnée par rapport au crédit garanti est le même qu'il s'agisse ou non de la réalisation d'une sûreté. C'est pourquoi il semble que la réalisation des sûretés disproportionnées par rapport à la créance à recouvrer entre dans l'hypothèse des mesures inutiles visée par les articles L. 111-7 et L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution. Ainsi, la réalisation de sûretés disproportionnées est prohibée par les textes précités du droit des procédures civiles d'exécution. Se pose toutefois la question de savoir si cette protection est suffisante.

B. L'insuffisance de la proportionnalité des voies d'exécution

728.Finalités distinctes. Le principe de proportionnalité des voies d'exécution est applicable lorsque la mesure d'exécution en cause réside dans la réalisation d'une sûreté. Il diffère néanmoins de la proportionnalité des sûretés étudiée. En effet, ces deux règles ne s'opposent pas au même problème. D'une part, la règle de proportionnalité des sûretés vise à pallier l'impossibilité pour le constituant d'accéder à de nouveaux crédits. D'autre part, le principe de proportionnalité des voies d'exécution tend à préserver les actifs du débiteur constituant en empêchant la réalisation des sûretés portant sur certains biens qu'il lui importe de conserver.

729.Cumul de disproportions. Il est possible qu'un constituant subisse à la fois la disproportion des sûretés offertes au créancier et la disproportion des mesures d'exécution mises en œuvre par ce dernier. Ainsi, dans certaines hypothèses, les disproportions se recoupent. Il est intéressant de constater que dans une telle situation, le constituant pourra soit agir au cours de l'existence des sûretés soit au jour de leur réalisation. La disproportion des sûretés offertes au créancier ne gênera le constituant que s'il souhaite obtenir de nouveaux crédits. Dès lors que le constituant ne cherche pas à obtenir davantage de crédits, il n'aura pas d'intérêt à agir pour faire

¹⁴⁶³ C. Séjean-Chazal affirme à propos de l'application du principe de proportionnalité des voies d'exécution au titulaire d'une sûreté réelle réalisant sa sûreté, qu'« une telle extrémité n'est pas souhaitable ». v. C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 225, n° 172. Pour s'opposer à cette solution, l'auteur met en avant le fait que le titulaire d'une sûreté réelle se trouve dans une situation différente de celle d'un autre créancier saisissant. Elle précise que « les droits conférés par la sûreté réelle justifient, sous réserve de l'abus, que celui qui en bénéficie oriente son droit de poursuite vers le bien grevé à son profit, même si la valeur est disproportionnée en comparaison du montant de la créance à recouvrer ». Selon elle la solution inverse rendrait inutile la prise d'une sûreté réelle. Nous sommes opposés à cette conclusion dès lors que la disproportion ne pourra être sanctionnée que s'il existe une mesure moins contraignante pour le débiteur, mais tout aussi efficace. Or l'efficacité de la mesure disproportionnée est évaluée en considération de l'existence d'une sûreté réelle. Il en résulte que la disproportion ne sera sanctionnée que si une mesure aussi efficace que la réalisation de la sûreté réelle peut être exercée par le créancier.

réduire les sûretés dont dispose le créancier. Dans cette hypothèse, le constituant pourra néanmoins agir contre le créancier au jour de la réalisation des sûretés si les mesures d'exécution mises en œuvre sont disproportionnées à la créance à recouvrer. Une telle disproportion porterait une atteinte injustifiée aux actifs du constituants.

730. Disproportions autonomes et indépendantes. Il est à l'inverse des hypothèses dans lesquelles le constituant subira l'une des disproportions et non l'autre. Il est notamment possible que les sûretés offertes au créancier soient disproportionnées. À ce titre, le constituant peut décider d'agir ou non, afin de recouvrer la capacité à offrir des sûretés et par suite à obtenir de nouveaux crédits. Cette action aura lieu pendant l'existence de la sûreté. Elle n'implique pas qu'une action soit nécessaire au jour de la réalisation. En effet, il est tout à fait possible que le créancier ayant initialement exigé des sûretés disproportionnées ne réalise qu'une partie d'entre elles. Cette hypothèse est fréquente dès lors que le créancier qui craignait l'absence de remboursement au jour de l'octroi du prêt peut se sentir finalement rassuré au jour de l'exécution forcée de sa créance dès lors qu'il constate que certaines des sûretés dont il dispose seront efficaces et suffisantes. Son action sera dès lors mesurée au jour de la réalisation des sûretés. À l'opposé, il est possible que le créancier qui ne disposait que de sûretés mesurées au crédit garanti, mette en œuvre des mesures d'exécution disproportionnées à la créance à recouvrer. Dans une telle hypothèse, une disproportion pourra être constatée uniquement au jour de la réalisation des sûretés. Tel pourra être le cas lorsque le débiteur paiera en grande partie sa dette. La créance serait ainsi diminuée de sorte que la réalisation de la sûreté offerte au créancier pourra apparaître disproportionnée alors même que la sûreté ne l'était pas au jour de sa constitution. Le principe de proportionnalité des voies d'exécution peut dès lors prendre le relais de la règle de proportionnalité des sûretés. Ces différentes situations démontrent que les deux disproportions sont distinctes et autonomes. Le constat de l'existence d'une disproportion des sûretés offertes au créancier ne permet pas d'affirmer que les sûretés réalisées seront disproportionnées à la créance à recouvrer. Inversement, la réalisation de sûretés disproportionnées à la créance à recouvrer ne démontre pas que les sûretés offertes au créancier pouvaient être qualifiées de disproportionnées par rapport au crédit garanti. Il est en outre primordial de constater que le traitement de l'une des disproportions ne permet pas de traiter l'autre. Précisément, la réduction des sûretés disproportionnées par rapport au crédit garanti ne permet pas de s'assurer que les sûretés réalisées ne seront pas disproportionnées à la créance à recouvrer. Il en résulte que les deux règles de proportionnalité sont complémentaires.

731. **Insuffisance de la proportionnalité des voies d'exécution.** Dès lors que les deux règles de proportionnalité étudiées sont complémentaires, le principe de proportionnalité des voies d'exécution apparaît utile mais insuffisant. Il est utile en ce qu'il permet d'éviter la réalisation d'une sûreté portant sur un bien dont la valeur est disproportionnée à la créance à recouvrer. Il est toutefois insuffisant en ce qu'il ne suffit pas à protéger le crédit du constituant durant l'existence des sûretés. En définitive, bien qu'elles soient applicables aux sûretés, les deux règles de proportionnalité poursuivent des finalités distinctes. Le principe de proportionnalité existant ne permet pas de faciliter l'accès au crédit des constituants de sorte qu'une règle de proportionnalité autonome doit être édictée en ce sens.

732. **Dates distinctes de l'appréciation de la proportionnalité.** Cette règle de proportionnalité visant spécifiquement à préserver l'actif disponible des constituants devra pouvoir être invoquée pendant l'existence des sûretés et non uniquement au jour de leur réalisation. En effet, c'est l'existence de sûretés qui porte atteinte à la capacité du constituant à obtenir des crédits. Par suite, seule la disparition du caractère disproportionné des sûretés au cours de l'existence des sûretés apparaît utile pour restaurer la capacité du constituant à obtenir des crédits. La réalisation des sûretés constitue un bouleversement de la situation du constituant et du créancier. À ce stade, il n'est plus utile de préserver la capacité du constituant à obtenir des crédits. Les biens objets des mesures d'exécution ne pourront plus être remis en sûretés alors que les biens épargnés seront automatiquement libérés des sûretés qui les grevaient par l'effet du paiement de la créance garantie. La règle de proportionnalité des sûretés n'apparaîtrait donc pas utile pour favoriser l'accès au crédit du constituant. Si la réalisation des sûretés est en elle-même disproportionnée, le principe de proportionnalité des voies d'exécution trouvera à s'appliquer. Ainsi, il est inutile de prévoir que la règle de proportionnalité des sûretés permette d'évaluer la proportionnalité des sûretés réalisées par rapport à la créance à recouvrer. La règle de proportionnalité des sûretés ne trouvera sa place que si elle est distincte des règles existantes. La proportionnalité doit donc être appréciée avant la réalisation des sûretés. Néanmoins, avant de conclure définitivement que la proportionnalité des sûretés ne doit pas être appréciée au jour de leur réalisation, il convient d'étudier une autre fonction que pourrait assurer l'évaluation de la proportionnalité à cette date.

II. La proportionnalité et ses liens avec les droits fondamentaux

733. **Proportionnalité et droits fondamentaux.** La finalité poursuivie par la règle de proportionnalité des sûretés a été définie : il s'agit d'éviter le gaspillage des sûretés du

constituant¹⁴⁶⁴. Le principe de proportionnalité des voies d'exécution est en adéquation avec cette finalité. En effet, le principe existant permet à la personne poursuivie de se dresser contre une exécution forcée qui porterait une atteinte injustifiée à ses biens et donc à sa capacité à obtenir des crédits. La protection du constituant contre le gaspillage de son crédit est donc d'ores et déjà assurée au stade de la réalisation des sûretés par la règle de proportionnalité des voies d'exécution. Ce constat devrait conduire à renoncer à l'instauration d'une règle de proportionnalité au stade de la réalisation des sûretés. Pourtant, il apparaît qu'une telle règle pourrait servir une autre finalité. La règle de proportionnalité dans la réalisation des sûretés pourrait permettre de mettre en balance les droits fondamentaux des créanciers et des débiteurs (A). Toutefois, cette finalité ne sera pas poursuivie. En outre, le rapprochement de la règle de proportionnalité et des droits fondamentaux invite à constater que la règle proposée porte elle-même atteinte aux droits fondamentaux du constituant et du créancier (B).

A. *La proportionnalité comme outil de balance entre les différents droits fondamentaux*

734. Double finalité de la proportionnalité dans la réalisation des sûretés. La règle de proportionnalité visant à protéger les droits fondamentaux des débiteurs sera présentée (1). Néanmoins, l'objectif décrit apparaît éloigné de la finalité précédemment déterminée de la règle de proportionnalité. En outre, si la règle de proportionnalité était utilisée pour protéger les droits fondamentaux du constituant, cette règle porterait atteinte à l'efficacité des sûretés. C'est pourquoi, l'idée de l'instauration d'une règle de proportionnalité des sûretés protégeant les droits fondamentaux du constituant sera rejetée (2).

1. La présentation des droits fondamentaux du créancier et du débiteur

735. Outil adéquat de la proportionnalité¹⁴⁶⁵. La notion de proportionnalité serait parfaitement adaptée pour mettre en balance les droits du créancier et du constituant¹⁴⁶⁶. En effet, la proportionnalité est un outil permettant de concilier la protection des droits des justiciables

¹⁴⁶⁴ v. n° 461.

¹⁴⁶⁵ Sur le contrôle de proportionnalité : J.-P. Agresti (sous dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018 ; H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 ; J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 05 mars 2009, n° 46, p. 113. En droit européen, le principe de proportionnalité permet de contrôler les atteintes portées par les législations étatiques aux droits protégés par la CESDH. Sur ce principe : F. Surde, G. Gonzalez, H. Surrel K. Blay-Grabarczyk, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2017) », *RDP* 2018, n° 3, p. 895 ; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 7^e éd. LGDJ, 2017, p. 28 et 29, n° 20.

¹⁴⁶⁶ En ce sens : F. Rouvière, « Les différentes formes du contrôle de proportionnalité » in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, J.-P. Agresti (sous dir.), PUAM, 2018, p. 76 : « Le contrôle de proportionnalité s'impose donc comme la façon adéquate de problématiser les droits en conflit en recherchant le juste équilibre ».

et les limites à ces droits. Il arrive que des limites à ces droits soient posées par le législateur lui-même. Dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité et/ou de conventionnalité, le juge national s'assure de la proportionnalité de l'atteinte portée par le législateur par rapport au motif d'intérêt général poursuivi¹⁴⁶⁷. Mais le juge ne vérifie pas seulement l'atteinte portée aux droits fondamentaux par le législateur. Il veille à ce que l'application d'une loi, dans un contexte particulier, ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux des parties. Un arrêt rendu en droit de la famille est particulièrement explicite en ce sens dès lors que la Cour de cassation a relevé d'office l'atteinte à un droit fondamental pour écarter l'application d'une loi claire et précise¹⁴⁶⁸. Selon un auteur, cet arrêt « exprime peut-être de façon plus explicite que cela ne l'avait été l'obligation faite à tout juge de procéder, lorsque l'atteinte à un droit fondamental garanti par une convention internationale est invoqué, à un contrôle de proportionnalité »¹⁴⁶⁹. En outre, le contrôle de la proportionnalité n'est pas toujours vertical. Il permet également d'arbitrer entre les droits fondamentaux contradictoires des parties. Ce rôle rempli par la proportionnalité peut être qualifié de « contrôle de la proportionnalité dans le cadre des rapports interindividuels »¹⁴⁷⁰. Ce contrôle permet notamment de concilier la liberté d'expression des uns et le droit au respect de leur vie privée des autres¹⁴⁷¹. Ce contrôle se développe au sein même de la matière contractuelle. À ce titre un auteur a pu parler de « la contractualisation des droits fondamentaux » pour mettre en évidence le fait qu'au sein même de la relation contractuelle, chaque partie est tenue de respecter les droits fondamentaux de son partenaire¹⁴⁷². Ainsi, la proportionnalité pourrait permettre de mettre en balance les droits fondamentaux du constituant et du créancier¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁷ En ce sens, A. Marais, « Droits fondamentaux », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511, n° 121 : « Les limitations apportées par le législateur à un droit fondamental ne sont admises [...] qu'à la double condition d'être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

¹⁴⁶⁸ La Cour de cassation s'est opposée à l'annulation d'un mariage entre alliés afin d'éviter l'atteinte à la vie privée qui en serait résulté : Cass. 1^e civ., 4 déc. 2013, Bull. civ. I, n° 234 ; *D.* 2014, p. 179, note F. Chénéde ; *D.* p. 153, note H. Fulchiron ; *D.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁴⁶⁹ Ph. Bonfils, « Propos d'ouverture » in J.-P. Agresti (sous dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 13.

¹⁴⁷⁰ L. Sermet, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA* 5 mars 2009, n° 46, p. 26.

¹⁴⁷¹ Sur l'utilisation du contrôle de proportionnalité pour concilier la liberté d'expression et le droit au respect de leur vie privée : J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 05 mars 2009, n° 46, p. 113.

¹⁴⁷² Expression employée par A. Marais, « Droits fondamentaux », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511, n° 121.

¹⁴⁷³ A. Marais, « Droits fondamentaux », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511, n° 121 ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le*

736. **Identification des droits fondamentaux.** Une telle conciliation est nécessaire dès lors que différents droits fondamentaux du créancier et du débiteur entrent en conflit lors de la réalisation de sûretés. Du point de vue du créancier, deux droits fondamentaux sont à prendre en considération. D'une part, le droit de propriété du créancier dès lors que, le créancier est propriétaire de la créance qu'il détient à l'encontre du débiteur. Le Conseil constitutionnel a consacré la propriété des créances¹⁴⁷⁴. D'autre part, le droit à l'exécution forcée d'une créance est également un droit fondamental¹⁴⁷⁵. Du point de vue du constituant, un droit fondamental peut être menacé. Si une sûreté a été consentie sur l'immeuble servant d'habitation au constituant, son droit au logement sera menacé par la réalisation de la sûreté¹⁴⁷⁶. En revanche, se pose la question de savoir si la réalisation des sûretés peut porter atteinte au droit de propriété du débiteur constituant. En effet, le droit de saisie du créancier sur le patrimoine de son débiteur ne résulte pas de l'existence d'une sûreté mais de l'existence d'une créance¹⁴⁷⁷. Néanmoins, l'exécution forcée d'une créance, y compris lorsqu'elle prend la forme d'une réalisation de sûretés, semble porter atteinte au droit de propriété du saisi dès lors que celui-ci perd son droit de propriété contre sa volonté immédiate¹⁴⁷⁸. Il en résulte que l'exécution forcée peut être considérée comme portant atteinte au droit de propriété du saisi. Par ailleurs, la réalisation d'une

droit civil, l'Harmattan, 2012 ; A.-A., « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le "membre fantôme" de l'article 1102 alinéa 2 nouveau du Code civil », *RDLF*, 2016, chron. n° 20.

¹⁴⁷⁴ C. const. 10 juin 2010, décision n° 2010-607 DC, JO 16 juin 2010, page 10988, texte n° 2 ; *RDLF* 2013, chron. n° 22, note S. Milleville.

¹⁴⁷⁵ En interprétant l'article 6 § 1 de la CESDH, la CJCE promeut au rang de droit fondamental le droit au recouvrement de sa créance. CJCE, 19 mars 1997, n° 18357/91, *Hornsby c/ Grèce* ; *D.* 1998, p. 74, note N. Fricero ; *JCP éd. G* 1997, II, 22949, note O. Dugrip et F. Sudre.

¹⁴⁷⁶ Sur le droit au logement : Ch. Albigès, « Le droit au logement », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 1039 et s. Au plan européen ce droit est consacré par la CESH dans son art. 8 al. 1 : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Sur la protection des droits fondamentaux par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation : A. Marais, « Droits fondamentaux », in D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 511, n° 121, spéc. p. 514 et 515 : « La haute juridiction fait peser sur chaque contractant une obligation de ne pas violer les droits fondamentaux de son cocontractant ». Le droit au logement, reconnu par l'art. 8 CESDH, pourrait être protégé de la même façon par la Cour de cassation. Toutefois, l'atteinte au droit au logement est parfois justifiée, de sorte que l'invocation de ce droit est inefficace : v. Cass. 3^e civ. 17 mai 2018, publié, n° 16-15792 : dans cet arrêt la 3^e chambre civile refuse que l'invocation du droit au respect de son domicile par l'occupant d'un immeuble fasse obstacle à l'efficacité de l'action en revendication du propriétaire de l'immeuble. Un auteur en déduit que la Cour de cassation a affirmé la supériorité du droit de propriété sur le droit au logement : A. Tadros, « Vers l'établissement d'une hiérarchie objective en faveur de la propriété au détriment du droit au domicile ? », *rev. des contrats*, n° 03, p. 452.

¹⁴⁷⁷ La confusion entre le droit de saisie du créancier résultant de son droit de gage général et le droit réservé au créancier muni de sûretés s'explique par l'origine commune de ces deux droits. v. C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 40, n° 28 s. L'auteur retrace l'origine commune du droit des sûretés et du droit des voies d'exécution découlant de l'*obligatio*. v. spéc. p. 42, n° 29 « quoique l'évolution vers deux institutions distinctes se soit faite assez rapidement, les indices de cette confusion originelle permettent d'éclairer la force des lignes existant entre sûretés et droit de l'exécution ».

¹⁴⁷⁸ Le débiteur ou le constituant d'une sûreté pour autrui a néanmoins accepté ce risque au jour de la conclusion du contrat ayant donné naissance à la créance ou à la sûreté pour autrui en cause.

sûreté pourra porter atteinte au droit de propriété du constituant s'il ne s'agit pas du débiteur. Dans cette hypothèse, en l'absence de sûretés, le créancier n'a aucun droit sur le patrimoine du constituant. Le droit de saisie du créancier résulte de la sûreté dont il bénéficie. Par suite, la réalisation de la sûreté concrétise l'atteinte au droit de propriété du constituant. L'importance du droit de propriété qui est un droit absolu n'est pas à démontrer¹⁴⁷⁹. Le droit au logement quant à lui présente une nature particulière en raison de sa proximité avec la dignité de la personne poursuivie¹⁴⁸⁰. La protection de ces droits particuliers est donc indispensable.

737. Atteinte au droit de propriété en matière d'exécution de créances. Bien qu'il soit qualifié d'absolu, le droit de propriété doit être exercé dans le respect de certaines limites¹⁴⁸¹. L'existence de limites est posée à l'article 544 du Code civil¹⁴⁸². L'une des limites au droit de propriété réside dans la possibilité pour les créanciers d'un justiciable d'agir contre lui en exécution forcée de leur créance¹⁴⁸³. Évidemment, les saisies et la réalisation forcée des biens du débiteur ou du constituant portent atteinte à son droit de propriété¹⁴⁸⁴. Pourtant, ces saisies doivent pouvoir être pratiquées par les créanciers pour que leur droit de créance soit effectif. La simple attente de l'exécution volontaire par leurs débiteurs serait bien souvent insuffisante. Ainsi, il est indispensable que des voies de droit soient ouvertes aux créanciers souhaitant obtenir l'exécution forcée de leurs obligations. Le droit à l'exécution forcée des créances est posé à l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution¹⁴⁸⁵. Ce droit est considéré

¹⁴⁷⁹ Le terme « absolu » est employé à l'article 544 du Code civil qui définit le droit de propriété : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Le droit de propriété est protégé par divers textes fondamentaux : Art. 1 al. 1 du protocole additionnel de la CESDH : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » ; Art. 17 DDHC : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». La DDHC rappelle également l'importance de ce droit dans son art. 2 : « Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Sur le droit de propriété : L. Condorelli, *in* E. Decaux et P.-H. Imbert (sous dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica 2^e éd. 1999, p. 971 et s. ; J.-L. Sauron et A. Chartier, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino, 2014, p. 383 et s. ; P. Mbongo, *Libertés et droits fondamentaux*, Berge Levraut, 2015, p. 819 et s., n° 1932 et s.

¹⁴⁸⁰ En témoigne la doctrine relative au droit à un logement décent. Notamment : P.-J. Delage, « Logement indécet : l'égalité humaine ne se négocie pas », *LPA* 27 mai 2016, n° 106, p. 47.

¹⁴⁸¹ Sur la signification du caractère absolu du droit de propriété : S. Schiller, *Droit des biens*, Dalloz, 8^e éd. 2018, p. 61, n° 71 et p. 77, n° 89.

¹⁴⁸² Art. 544 c. civ. « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

¹⁴⁸³ L'article 2284 du Code civil prévoit en effet que « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

¹⁴⁸⁴ En ce sens à propos des saisies conservatoires : Cass. crim. 11 juin 2008, Bull. crim. n° 145, n° 07-87319 ; *RSC* 2008, p. 932, note R. Finielz.

¹⁴⁸⁵ Art. L. 111-1 al. 1 c. proc. civ. d'exéc. : « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». L'alinéa 2 de ce même article pose également

comme un droit fondamental du créancier¹⁴⁸⁶. L'encadrement des droits des créanciers sur le patrimoine de leurs débiteurs par le droit des voies d'exécution permet normalement d'assurer le respect d'un équilibre indispensable entre les droits des débiteurs poursuivis et ceux des créanciers poursuivants¹⁴⁸⁷. Toutefois, l'existence d'une atteinte avérée au droit de propriété pourrait inciter les juges à avoir recours au principe de proportionnalité pour protéger particulièrement ce droit. Il arrive en effet que la Cour de cassation ait recours à l'outil de la proportionnalité pour vérifier que l'atteinte au droit de propriété d'un débiteur subissant une voie d'exécution doive être tolérée¹⁴⁸⁸. La protection du droit de propriété et du droit au logement pourrait entrer dans l'objet de la règle de proportionnalité si l'on admettait que celle-ci puisse non seulement protéger la capacité des constituants à obtenir des crédits, mais également préserver les constituants des nuisances générées par les sûretés offertes.

738. Alternatives au recours à la proportionnalité. Toutefois, la proportionnalité n'est pas le seul outil qui permette de protéger les droits du créancier et des constituants. Des règles précises peuvent également être adoptées pour assurer ces protections. En témoigne l'existence dans de nombreux pays, de règles spécifiques à la protection de la résidence principale des débiteurs en procédure de faillite¹⁴⁸⁹. Même si le recours à l'outil de la proportionnalité est adapté à la protection du droit au logement et du droit de propriété des débiteurs, des règles de protection spécifiques peuvent être adoptées. De la même façon, le droit de propriété du saisi est d'ores et déjà protégé par les règles de procédure des voies d'exécution. La protection du droit au logement et du droit de propriété par la règle de proportionnalité des sûretés n'apparaît dès lors pas indispensable. En outre, cette protection ne semble pas devoir être assurée par la règle de proportionnalité des sûretés. Une telle évolution de la finalité complexifierait inutilement la règle de proportionnalité étudiée. En effet la proportionnalité des sûretés se distingue de l'outil

immédiatement le droit pour le créancier de pratiquer des mesures conservatoires. Art. L. 111-1 al. 2 c. proc. civ. d'exéc. : « Tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits ».

¹⁴⁸⁶ En interprétant l'article 6 § 1 de la CESDH, la CJCE promeut au rang de droit fondamental le droit au recouvrement de sa créance. CJCE, 19 mars 1997, n° 18357/91, *Hornsby c/ Grèce* : *D.* 1998, p. 74, note N. Fricero ; *JCP éd. G* 1997, II, 22949, note O. Dugrip et F. Sudre.

¹⁴⁸⁷ v. n° 724.

¹⁴⁸⁸ v. notamment : Cass. crim. 11 juin 2008, Bull. crim, n° 145, n° 07-87319, *supra*. La chambre criminelle constate en l'espèce une « protection suffisante du droit de propriété ». Elle en déduit « l'absence de violation de l'article 1 du protocole ».

¹⁴⁸⁹ Pour une comparaison des règles de protection de la résidence principale des faillis de différentes nationalités : Ch. Hugon, « Protection de la résidence de l'entrepreneur : les conditions de la réalisation forcée des immeubles », *LPA* 31 oct. 2017, n° 217, p. 26.

de la proportionnalité tel qu'il est utilisé en matière de droit fondamentaux, en ce qu'il présente un aspect arithmétique¹⁴⁹⁰.

2. Le rejet de la proportionnalité protégeant les droits fondamentaux des débiteurs

739. Respect de la finalité de protection de la capacité à obtenir des crédits. La conciliation entre d'une part le droit de propriété ou le droit au logement du débiteur et d'autre part le droit du créancier à l'exécution forcée de sa créance actuellement opérée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation ne doit pas être éradiquée en faveur d'une primauté systématique des droits du créancier. Nous sommes néanmoins opposés à ce que cette conciliation jurisprudentielle des intérêts divergents des différents justiciables soit confondue avec la règle de proportionnalité des sûretés. Il apparaît en effet dangereux que la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés soit étendue. Pour être admise, la règle de proportionnalité des sûretés doit être cantonnée à la finalité qui lui a initialement été attribuée, consistant à protéger le crédit du constituant. Cette règle ne doit pas permettre, de manière générale, de limiter la gêne occasionnée par la constitution de sûretés. L'élargissement de la finalité de la règle de proportionnalité apparaîtrait dangereux en ce qu'il offrirait un large pouvoir aux juges. Si la finalité de la règle de proportionnalité était élargie, il faudrait inscrire dans le Code civil une règle autorisant les juges du fond à avoir recours à l'outil de la proportionnalité pour défendre les intérêts des constituants de sûretés. Une telle règle ne nous semble pas suffisamment précise. Il serait difficile d'encadrer strictement le pouvoir conféré aux juges par cette règle.

740. Disproportions distinctes et sanction unique. En outre, il serait complexe de prévoir une sanction unique de la disproportion. Si la finalité de la règle de proportionnalité était élargie, la disproportion s'entendrait non seulement de la disproportion des garanties offertes au créancier par rapport au crédit consenti, mais aussi de la disproportion de l'atteinte au droit de propriété ou au droit au logement du constituant par rapport à la créance à recouvrer. Il est peu probable qu'une sanction unique puisse répondre à ces deux formes de disproportion distinctes. En effet, le constituant ayant consenti des sûretés disproportionnées verra sa capacité à obtenir des crédits augmenter s'il bénéficie d'une réduction des sûretés offertes au créancier¹⁴⁹¹. Néanmoins, une telle réduction des sûretés ne permettrait pas nécessairement de protéger le logement du constituant. La problématique liée à la recherche d'une sanction de la disproportion met en évidence le fait que la poursuite de deux finalités distinctes par une règle unique serait une

¹⁴⁹⁰ Sur cette spécificité de la proportionnalité en matière de sûretés : v. n° 6.

¹⁴⁹¹ Sur le choix de la sanction de la disproportion : v. n° 793 et s.

source inutile de complexité. Les deux règles envisagées poursuivent des finalités distinctes bien qu'elles servent de manière générale à protéger les intérêts des constituants de sûretés. Dès lors, leur regroupement en une règle unique ne semble pas souhaitable. Enfin, une telle protection porterait atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés.

741. **Atteinte justifiée aux droits du constituant.** La protection par la règle de proportionnalité des sûretés du droit au logement ou du droit de propriété porterait nécessairement atteinte à l'efficacité des sûretés. En effet, dès lors que l'exercice des voies d'exécution atteint le droit de propriété du constituant et menace son droit au logement, la modération de l'atteinte à ces droits empêchera l'exercice normal des voies d'exécution. La réalisation des sûretés, qu'elles soient ou non inscrites sur un bien ou un ensemble de biens déterminés, prendra la forme d'une exécution forcée s'opposant directement au droit de propriété du constituant¹⁴⁹². Le droit au logement du constituant sera quant à lui atteint à chaque fois que la sûreté en cause aura été consentie sur son immeuble d'habitation. Les atteintes ainsi portées aux droits du constituant sont justifiées par l'existence d'une créance ou de sûretés. Dès lors que le constituant d'une sûreté se trouvera être le débiteur de l'obligation garantie, l'atteinte à son droit de propriété découlant du droit du créancier d'obtenir l'exécution forcée de son engagement ne résultera pas de la constitution d'une sûreté sur l'un de ses biens, mais de sa qualité de débiteur. Le droit de gage général accordé à tout créancier sur le patrimoine de son débiteur, assorti du droit à l'exécution forcée des obligations, permet en effet au créancier de porter atteinte au droit de propriété du débiteur en obtenant la saisie et la réalisation forcée de ses biens¹⁴⁹³. Il faut accepter que, de la même manière, le constituant d'une sûreté pour autrui offre au créancier le droit de porter une atteinte à son droit de propriété. La source conventionnelle de la sûreté pour autrui implique que le constituant s'est obligé volontairement¹⁴⁹⁴. Or, toute obligation peut donner lieu

¹⁴⁹² La constitution d'une sûreté personnelle engage le garant sur l'ensemble de ses biens alors que la constitution d'une sûreté réelle ne porte que sur certains biens identifiés.

¹⁴⁹³ Le droit du créancier à obtenir l'exécution forcée de ses obligations est posé à l'article L. 111-1 c. proc. civ. d'exéc. al. 1 : « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». Le droit de gage général offrant au créancier un droit sur l'ensemble des biens du débiteur est quant à lui prévu à l'art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

¹⁴⁹⁴ Les sûretés consenties pour autrui ont toujours une source conventionnelle y compris lorsque le fait générateur de la sûreté est la loi ou une décision de justice. Sur la distinction entre la source de la sûreté et son fait générateur : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 13, n° 18. Toutefois en sens contraire : J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2012, p. 182 et s. : l'auteur affirme qu'il existe des sûretés personnelles de source légale ou prétorienne.

à exécution forcée en nature ou en équivalent et donc porter atteinte au droit de propriété du débiteur de l'obligation.

742. Atteinte à l'efficacité des sûretés. Dès lors que la mise en œuvre des voies d'exécution et la réalisation des sûretés porte atteinte au droit de propriété du débiteur ou du constituant et porte potentiellement atteinte à son droit au logement, la protection du droit de propriété et du droit au logement du constituant porterait nécessairement atteinte à l'efficacité des sûretés. En effet, pour protéger le débiteur ou le constituant de sûretés, il serait nécessaire de réviser les droits résultant des sûretés obtenues par le créancier. En particulier, pour protéger le logement du constituant, il conviendrait d'empêcher la réalisation forcée des sûretés portant sur cet immeuble. Ces dernières seraient dès lors inefficaces. Il est intéressant de constater qu'à l'inverse, la règle de proportionnalité des sûretés imposant une certaine mesure dans la prise de sûretés ne devrait permettre que de faire tomber les sûretés qui n'étaient pas réellement utiles au constituant¹⁴⁹⁵. En effet, la prise de sûretés disproportionnées par rapport au crédit garanti n'apparaît pas utile. Dès lors, la perte de sûretés inutiles ne porte pas atteinte à la faculté du créancier de recouvrer sa créance. La règle de proportionnalité des sûretés visant strictement à préserver le crédit du constituant ne portera pas atteinte à l'efficacité des sûretés. Au contraire, la proportionnalité permettant d'éviter que la réalisation de sûretés ne porte une atteinte disproportionnée au droit de propriété ainsi qu'au droit au logement du constituant portera inévitablement atteinte à l'efficacité des sûretés réalisées. Une différence existe donc concernant les conséquences des deux conceptions envisagées de la règle de proportionnalité des sûretés. Cette différence invite à se méfier de la proportionnalité ayant pour but de protéger le droit de propriété et le droit au logement des constituants. Les atteintes à l'efficacité des sûretés doivent rester marginales¹⁴⁹⁶ dès lors que l'objectif des sûretés est d'apporter une sécurité au créancier¹⁴⁹⁷.

743. Rejet de l'évaluation de la proportionnalité dans la réalisation des sûretés. En définitive, la règle de proportionnalité des sûretés ne devra pas donner lieu à une évaluation de la

¹⁴⁹⁵ v. n° 688 et s.

¹⁴⁹⁶ Les mises en garde contre les atteintes portées à l'efficacité des sûretés sont anciennes : pour une mise en garde datant de 1975 : L.-M. Martin, « Sûretés traquées : crédit détraqué », *in Banque* 1975, p. 1133.

¹⁴⁹⁷ En effet, la sûreté a été définie comme : « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire à de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement » : P. Crocq, *thèse op. cit.*, p. 234, n° 282. Cette définition met en évidence la finalité des sûretés qui est d'apporter une sécurité au créancier.

proportionnalité au jour de la réalisation des sûretés. D'une part, la protection du patrimoine du constituant contre les excès du créancier dans l'exercice de ses droits est, à ce stade, d'ores et déjà assurée par la règle de proportionnalité des voies d'exécution. D'autre part, la protection de certains droits fondamentaux du constituant ne semble pas devoir être défendue par la règle de proportionnalité des sûretés en raison de l'atteinte trop importante qu'elle porterait à clarté des objectifs poursuivis par la règle de proportionnalité et à l'efficacité des sûretés. Non seulement la règle de proportionnalité des sûretés semble inappropriée pour protéger les droits fondamentaux des constituants de sûretés, mais en outre, elle porte elle-même atteinte aux droits fondamentaux des parties.

B. L'atteinte aux droits fondamentaux des parties

744. **Atteinte aux droits fondamentaux.** Dès lors qu'elle ne protégera pas les droits fondamentaux, la règle de proportionnalité doit s'entendre d'une règle réservée exclusivement à la facilitation de l'accès aux crédits des constituants. Pour remplir cette finalité, la proportionnalité est évaluée entre les garanties offertes au créancier et le montant de la créance détenue par lui. Cette conception de la proportionnalité porte elle-même atteinte à certains droits fondamentaux des parties. Les deux parties subissent une atteinte au droit au respect de leurs biens. La règle de proportionnalité porte une double atteinte à ce droit prévu par la convention européenne des droits de l'Homme et du citoyen¹⁴⁹⁸. Du point de vue du propriétaire du bien, l'obligation de proportionnalité des sûretés réelles entraînerait une atteinte à la liberté de disposer de ses biens. En effet, le droit au respect de ses biens ne concerne pas seulement les biens compris en un sens matériel, mais également les prérogatives des propriétaires sur leurs biens. Concrètement, certaines prérogatives contractuelles des propriétaires sur leurs biens sont protégées par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴⁹⁹. À ce titre, pourrait être protégé le droit pour un propriétaire de constituer des sûretés sur ses biens. Ainsi, la règle de proportionnalité qui invite les parties à offrir des sûretés mesurées porte atteinte à la prérogative du constituant consistant à offrir des sûretés sur ses biens. Par ailleurs, l'exigence de proportionnalité des sûretés réelles

¹⁴⁹⁸ Art. 1 al. 1 du protocole additionnel de la CESDH : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » : L. Condorelli, in E. Decaux et P.-H. Imbert (sous dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica 2^e éd.1999, p. 971 et s. ; J.-L. Sauron et A. Chartier, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino, 2014, p. 383 et s. ; P. Mbongo, *Libertés et droits fondamentaux*, Berge Levraut, 2015, p. 819 et s., n° 1932 et s.

¹⁴⁹⁹ Notamment le pouvoir d'« user de leurs biens (...) les vendre, les léguer, les donner ou les hypothéquer » CEDH, 24 juin 1993, Papamichalopoulos, A. 260 B § 43. Plus récemment, le fondement de l'art. 1 du protocole additionnel de la CESDH a permis de sanctionner l'atteinte portée par le législateur roumain à la liberté d'user de ses biens : CEDH, 8 févr. 2007, n° 77217/01, Cleja et Mihalcea c/Roumanie.

entraîne également une atteinte aux biens du point de vue du créancier. En effet, le créancier disposant de sûretés est propriétaire d'un bien dès lors que la sûreté est qualifiée de bien par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵⁰⁰. Par suite, de manière évidente, la règle permettant de réduire les sûretés offertes à un créancier portera atteinte à ses biens. La règle de proportionnalité porte atteinte à la sûreté du créancier, considérée comme un bien.

745. Méthode de justification de l'atteinte au droit au respect des biens. Avant de justifier l'atteinte portée à un principe défendu par la Cour européenne des droits de l'Homme, il est possible de remarquer qu'une telle atteinte au droit au respect des biens du créancier a été admise sans difficulté lors de l'adoption des règles de proportionnalité des hypothèques légales et des sûretés judiciaires¹⁵⁰¹. Il est néanmoins impératif de vérifier que l'instauration d'une règle de proportionnalité généralisée pourra également être admise. Évidemment, l'origine *supra* nationale du droit au respect de ses biens n'interdit pas que ce droit soit encadré. Il convient néanmoins de vérifier que la règle de proportionnalité des sûretés pourrait être admise au titre des encadrements tolérés du droit au respect de ses biens prévu par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. En ce sens, un auteur affirme que « toute loi portant atteinte à un "bien" doit faire l'objet d'une légitimation reposant sur un contrôle de proportionnalité mis en œuvre dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole 1 »¹⁵⁰². Pour justifier une telle atteinte au droit au respect de ses biens, il est possible de procéder à un contrôle de la proportionnalité de la règle. Afin de vérifier que la règle de proportionnalité des sûretés porte une atteinte proportionnée au droit au respect de ses biens prévu par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, les trois aspects du contrôle de la proportionnalité d'une règle seront envisagés : sa légalité, son but conforme à l'utilité publique et sa proportionnalité au sens strict¹⁵⁰³.

¹⁵⁰⁰ M. Mekki, thèse *op. cit.*, p. 480, n° 814 : fait observer qu'un arrêt de la CEDH révèle qu'une atteinte à la clause de réserve de propriété est une atteinte au droit de respect d'un bien. cf. CEDH 23 fév. 1995, Gasus Dossier und Födertechnik GmbH c/ Pays-Bas. Série A n° 306-B.

¹⁵⁰¹ L'atteinte au droit au respect de ses biens subie par le constituant privé du droit de consentir les sûretés de son choix sur ses biens n'est pas concernée par ces règles dès lors que les sûretés réglementées ne sont pas d'origine conventionnelle.

¹⁵⁰² M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 411, 2004 p. 481, n° 818.

¹⁵⁰³ Sur ces trois aspects du contrôle de proportionnalité : J.-L. Sauron et A. Chartier, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino, 2014, p. 397.

746. **Justification de l'atteinte au droit au respect de ses biens.** Pour être proportionnée, la proportionnalité des sûretés doit d'abord apparaître utile¹⁵⁰⁴. L'utilité d'une telle règle ne fait pas de doute. En effet, elle permettra de protéger le crédit du constituant¹⁵⁰⁵. Pour être proportionnée, la règle envisagée doit également être nécessaire¹⁵⁰⁶. Elle apparaît nécessaire en ce qu'aucune autre règle ne permettrait d'assurer un tel objectif sans porter atteinte au droit au respect de leurs biens des constituants et des créanciers. Enfin, la règle proposée ne pourra être qualifiée de proportionnée que si elle apparaît elle-même proportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit¹⁵⁰⁷. Concrètement, se pose la question de savoir si le moyen qu'est la règle de proportionnalité des sûretés, est proportionné à la finalité de protection du crédit des constituants. Une réponse positive doit être apportée à cette question dès lors que seules les disproportions manifestes seront sanctionnées. Ainsi, l'atteinte au droit de disposer de ses biens par le constituant n'apparaîtra pas excessive. En outre, l'atteinte au bien du créancier doit être qualifiée de proportionnée dès lors que la sanction retenue en cas de disproportion des sûretés prises sera elle-même mesurée¹⁵⁰⁸.

747. **Proportionnalité et droits fondamentaux.** En définitive, non seulement la règle de proportionnalité des sûretés ne permet pas de défendre les droits fondamentaux des parties, mais elle porte en outre atteinte à ces droits. L'atteinte portée au droit au respect des biens des parties a été justifiée. Cette atteinte ne s'oppose donc pas à l'instauration d'une règle de proportionnalité. Il a été précisé que la proportionnalité ne serait pas appréciée au jour de la réalisation des sûretés mais au cours de leur existence. Il reste à déterminer le jour exact de l'appréciation de la proportionnalité.

§ 2 : La précision de la date d'appréciation de la proportionnalité

748. **Appréciation de la proportionnalité au jour de son examen par le juge.** Il n'apparaît pas utile de prévoir une règle de proportionnalité dans la réalisation des sûretés visant à protéger la faculté du constituant à obtenir des crédits puisque le principe de proportionnalité des voies d'exécution remplit cette fonction. Il n'est pas davantage opportun de prévoir une règle de

¹⁵⁰⁴ La condition de la légalité se compose de deux éléments : la règle portant ingérence au droit au respect de ses biens doit reposer sur une base légale en droit interne et être accessible, précise et prévisible. v. J.-L. Sauron et A. Chartier, *op. cit.*, p. 397 et 398.

¹⁵⁰⁵ v. n° 461.

¹⁵⁰⁶ Sur le but conforme à l'utilité publique au sens du contrôle de proportionnalité. J.-L. Sauron et A. Chartier, *op. cit.*, p. 399 et 400.

¹⁵⁰⁷ Sur la proportionnalité J.-L. Sauron et A. Chartier, *op. cit.*, p. 401 à 403.

¹⁵⁰⁸ Sur la sanction de la disproportion v. n° 793 et s.

proportionnalité des sûretés visant à protéger le droit de propriété et le droit au logement du constituant, dès lors qu'une telle règle porterait atteinte à la cohérence de la règle de proportionnalité ainsi qu'à l'efficacité des sûretés. Il en résulte que la proportionnalité ne devra pas être évaluée au jour de la réalisation des sûretés¹⁵⁰⁹. Il reste à préciser si la proportionnalité doit être appréciée à la date de la naissance de la créance garantie, au jour de la constitution des sûretés ou au jour de l'évaluation de la proportionnalité par le juge. Les deux premières hypothèses seront rejetées (I) de sorte que la proportionnalité sera appréciée au jour de son évaluation par le juge (II).

I. Les solutions rejetées

749. Rejet de l'appréciation au jour de la naissance du crédit ou des sûretés. L'évaluation de la proportionnalité à la date de la naissance de la créance doit être rejetée dès lors qu'elle ne permettrait pas de prendre en compte les sûretés constituées postérieurement à l'octroi de crédit (A). De même, le choix de l'appréciation de la proportionnalité au jour de la constitution des sûretés doit être rejeté puisqu'il pourrait laisser apparaître une disproportion au cours du crédit résultant soit de la diminution de la créance garantie, soit de l'augmentation de la valeur de la sûreté (B).

A. Le rejet de l'appréciation au jour de la naissance de la créance

750. Prise de sûretés postérieure à la naissance de la créance. Il aurait pu sembler intéressant d'évaluer la proportionnalité des sûretés prises en garantie d'une créance au jour de la naissance de cette créance¹⁵¹⁰. Les sûretés consenties en contrepartie d'une créance sont généralement consenties à l'occasion de la naissance de la créance¹⁵¹¹. Toutefois, il n'est pas interdit d'octroyer des sûretés en contrepartie d'une créance déjà née. Il est d'ailleurs notable que les créanciers réclamant des sûretés négatives prenant la forme d'obligations d'information souhaitent être informés des changements dans la situation de leur débiteur justement pour avoir

¹⁵⁰⁹ Dans le même sens : C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 223, n° 170. L'auteur affirme que l'excès dans l'exécution de la sûreté réelle ne doit pas être condamné en l'absence de comportement abusif du créancier. Toutefois, le raisonnement de l'auteur diffère du nôtre dès lors qu'elle s'oppose également à la condamnation de la prise de sûretés excessives. Selon elle la disproportion entre la valeur de la sûreté prise et le montant de la créance permet de renforcer l'efficacité de la sûreté. v. C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 224 s., n° 172.

¹⁵¹⁰ Sur la date de naissance des créances : S. Torck, « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 9 nov. 2004, n° 224, p. 25.

¹⁵¹¹ Tel est automatiquement le cas des privilèges et des hypothèques légales bien que l'opposabilité de ces dernières dépende de la date de leur inscription. Tel est également souvent le cas des sûretés conventionnelles. C'est au jour où le créancier octroie un crédit qu'il prend un risque. Il est logique qu'il souhaite obtenir des garanties à cette date.

la possibilité de réclamer au débiteur des sûretés en cas de détérioration de sa situation patrimoniale. Une telle dégradation faisant craindre au créancier un risque de non remboursement de sa créance. De même, les créanciers peuvent demander judiciairement l'octroi de sûretés¹⁵¹². Les sûretés de source judiciaire ne sont pas obtenues dès le jour de la naissance de la dette garantie, mais postérieurement à cette date, en raison de l'apparition d'un risque de non-recouvrement de la créance¹⁵¹³. Ainsi, il n'est pas exceptionnel que des sûretés soient consenties postérieurement à la naissance de la créance garantie.

751. Volonté d'appréhension des sûretés consenties postérieurement. L'évaluation de la proportionnalité des sûretés au jour de l'octroi du crédit garanti n'est pas retenue en raison de la possibilité pour le créancier de se faire consentir de nouvelles sûretés postérieurement. L'évaluation de la proportionnalité au jour de la conclusion du contrat donnant naissance à la créance garantie rendrait la règle inutile dans toutes les hypothèses dans lesquelles la disproportion apparaîtrait en raison de la prise de sûretés postérieure à l'octroi de crédit. Les créanciers pourraient en outre adapter leur comportement au choix d'une règle de proportionnalité appréciée au jour de la naissance de la créance garantie. Ils pourraient se contenter à cette date de sûretés raisonnables en considération de la créance garantie et exiger ensuite davantage de sûretés, sachant que ces dernières ne seraient alors pas prises en compte dans l'appréciation de la proportionnalité des sûretés. Une telle stratégie des créanciers serait néanmoins risquée concernant l'octroi d'une hypothèque, d'un nantissement ou d'un gage par le débiteur. En effet, lorsque ces sûretés sont offertes au créancier postérieurement à la naissance de la créance garantie, elles sont nulles de plein droit si elles ont été consenties en période suspecte¹⁵¹⁴. Il apparaît dès lors dangereux de se faire consentir de telles sûretés par un débiteur qui rencontre d'ores et déjà des difficultés économiques¹⁵¹⁵. Même si cette stratégie

¹⁵¹² Sur les sûretés judiciaires conservatoires : D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 12^e éd., 2017, p. 385 et s., n° 533 et s. ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 14, n° 19. Plus particulièrement, sur l'hypothèque judiciaire conservatoire, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 442 et s., n° 711 et s.

¹⁵¹³ Le péril dans le recouvrement de sa créance est en effet une condition de l'octroi de sûreté judiciaire. cf. art. L. 511-1 al. 1 c. proc. civ. d'exéc. : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ». Sur cette condition : M. Donnier et J.-B Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 9^e éd., LexisNexis, 2017, p. 177, n° 448 ; Ph. Hoonakker, *op. cit.*, p. 449, n° 795 ; S. Piedelièvre, *op. cit.*, PUF, p. 110, n° 89 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 899 et s., n° 1264.

¹⁵¹⁴ v. art. L. 632-1 c. com. : « I. — Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ».

¹⁵¹⁵ La période suspecte s'entendant de la période allant de la date de cessation des paiements du débiteur à la date d'ouverture d'une procédure collective à son encontre. Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° période : « période qui, s'étendant de la date de la cessation des paiements

apparaît risquée, il est possible que l'évaluation de la proportionnalité au jour de la naissance de la créance garantie incite les créanciers à prendre des sûretés initialement proportionnées pour obtenir par la suite des sûretés complémentaires.

752.Choix de l'évaluation de la proportionnalité des sûretés au jour de leur constitution. De manière générale, la pratique de la prise de sûretés postérieure à la naissance de la créance garantie invite à renoncer à l'appréciation de la proportionnalité des sûretés au jour de la naissance de la créance. Une telle évaluation laisserait de côté toutes les sûretés consenties postérieurement à la naissance de la créance garantie. À l'inverse, si la proportionnalité est évaluée au jour de la constitution des sûretés ou au jour où le juge statue, l'évaluation de la proportionnalité prendra en considération les sûretés obtenues postérieurement à l'octroi de crédit. Cette prise en compte des sûretés postérieures augmentera le risque de disproportion par rapport au crédit consenti. L'appréciation de la proportionnalité au jour de la constitution des sûretés n'est pourtant pas infaillible puisqu'il est possible qu'une disproportion apparaisse postérieurement à la constitution des sûretés.

B. Le rejet de l'appréciation au jour de la constitution des sûretés

753.Hypothèse d'apparition de disproportion postérieure à la prise de sûretés. L'appréciation de la proportionnalité au jour de la constitution des sûretés est préférable à l'appréciation de la proportionnalité au jour de la naissance de la dette garantie. Elle est néanmoins imparfaite puisqu'elle ne permettra pas de prendre en compte l'apparition d'une disproportion postérieure à la constitution des sûretés. Il peut sembler étonnant que la disproportion des sûretés prises par rapport au crédit consenti puisse apparaître postérieurement à la prise de sûretés. Une telle hypothèse implique que la disproportion ne résulte pas directement de la prise de sûreté. Cette hypothèse existe néanmoins et se concrétise dans deux hypothèses.

754.Réduction du montant de la créance garantie. Si elle n'existe pas au jour de la constitution des sûretés, il est possible que la disproportion apparaisse postérieurement en raison de la diminution du montant de la dette garantie. Il est logique que la disproportion entre les sûretés prises et le crédit garanti puisse résulter non seulement de la prise de sûretés trop importante, mais également de la garantie d'une créance dont le montant est « trop peu important ». La diminution du montant de la créance pourra alors faire apparaître une disproportion entre les

jusqu'au jugement qui ouvre une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire d'une entreprise, fait peser un soupçon de fraude sur les actes accomplis, pendant sa durée, par le débiteur, au point que ceux-ci doivent ou peuvent, selon les cas, être déclarés nuls ».

sûretés prises et le crédit garanti qui n'existait pas initialement¹⁵¹⁶. Concrètement, la disproportion pourra par exemple résulter d'un paiement partiel de la créance ou d'une remise partielle de dette. L'extinction partielle de la créance, quelle que soit sa cause, réduira le montant de la créance garantie¹⁵¹⁷. Cette réduction modifiera le rapport existant entre les sûretés prises et le crédit garanti. Dès l'instant où la créance garantie sera réduite, si les sûretés initialement consenties demeurent, une disproportion pourra apparaître. Cette disproportion demeurera jusqu'à l'extinction complète de la dette qui entraînera la disparition des sûretés¹⁵¹⁸.

755. Augmentation de la valeur du bien. La disproportion entre les sûretés prises et la créance garantie peut également naître postérieurement à la constitution des sûretés dans les hypothèses dans lesquelles la valeur du bien grevé de sûretés augmente. Dans ces hypothèses, le créancier se contente d'une sûreté dont la valeur est proportionnée au montant de la créance garantie au jour de sa constitution. La disproportion naît au cours de l'existence de la sûreté en raison de l'augmentation de la valeur bien grevé. En effet, si cette valeur augmente et si la sûreté greève le bien dans son entier, la valeur de la sûreté elle-même augmentera. Si cette augmentation est importante, elle pourra faire naître une disproportion entre la valeur de la sûreté et le montant de la créance garantie inexistante au jour de la constitution de la sûreté. Dans cette hypothèse également, les parties peuvent prévoir des clauses empêchant l'apparition d'une disproportion. Cette possibilité a été mise en évidence par un auteur qui après avoir approuvé la thèse selon laquelle l'article L. 650-1 du Code de commerce implique une appréciation de la proportionnalité des sûretés au jour de leur constitution, constate que la fluctuation de la valeur des biens remis en garantie peut modifier le rapport de proportionnalité existant entre les sûretés prises et le montant de la créance garantie¹⁵¹⁹. L'auteur précise que les parties peuvent remédier à ce problème en insérant dans leur contrat des clauses de substitution ou d'accroissement¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁶ En ce sens : J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 194, n° 206 « le caractère disproportionné de la sûreté peut apparaître à partir du moment où le débiteur n'est plus redevable que d'une faible fraction de la dette ».

¹⁵¹⁷ Sur les différentes causes d'extinction d'une créance : L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 3^e éd. 2018-2019, p. 729 à 782.

¹⁵¹⁸ Dès lors que les sûretés sont des accessoires de la créance, la disparition de la créance entraîne automatiquement la disparition des sûretés.

¹⁵¹⁹ Ch. Gamaleu Kameni, « Les garanties excessives octroyées par un débiteur placé en procédure collective », *RLDA* 1995, 1^{er} juill. 2014 : « il est logique d'admettre que lors de leur constitution, des garanties réelles proportionnelles ou adéquates au crédit fourni par le créancier peuvent, lors de leur réalisation, apparaître excessives ou pas, suivant le contexte économique et financier international. À titre d'illustration, on peut citer les produits financiers et les matières premières pris comme des nantissements, gages avec ou sans dépossession ».

¹⁵²⁰ *Ibid*, *loc cit.* : « Dans ces hypothèses où la valeur du bien donné en garantie est sujette à fluctuation, le problème peut être résolu par les parties elles-mêmes. Elles pourront ainsi insérer dans leur contrat les clauses de substitution ou d'accroissement ». Dans le même sens, P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz 2006, p. 294, n° 7. L'auteur affirme que concernant les sûretés portant sur des

De manière générale, il apparaît possible d'anticiper conventionnellement l'apparition d'une disproportion postérieure à la constitution des sûretés.

756. Mécanismes contractuels assurant la proportionnalité des sûretés. Les clauses d'écrêtement pourraient empêcher l'apparition d'une disproportion postérieure à la constitution des sûretés quelle qu'en soit la cause. Pour ce faire, il convient d'insérer dans le contrat créateur de la sûreté une clause d'écrêtement¹⁵²¹. Cette clause permettant d'adapter la valeur de la sûreté en considération de l'évolution de la créance garantie est évidemment favorable au maintien de la proportionnalité existant initialement entre la valeur des sûretés prises et le montant de la créance garantie. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'en droit allemand, la règle selon laquelle la sûreté ne doit pas être disproportionnée au crédit accordé vaut pour toute la durée de la vie de la sûreté¹⁵²². Cette règle implique alors nécessairement que le montant de la sûreté soit réduit lorsque le montant du crédit est réduit. Ce résultat ne peut être atteint que par l'insertion d'une clause d'écrêtement. En droit allemand, le Bundesgerichtshof a admis, en présence d'une clause de réserve de propriété prolongée dont l'assiette dépassait de 20 pourcents le total de la créance garantie que « la réduction des sûretés à une étendue raisonnable est atteinte grâce à la clause de mainlevée »¹⁵²³. L'utilité de clauses permettant de réduire les sûretés au fur et à mesure de la diminution de la créance garantie est incontestable.

757. Impossibilité de recourir aux clauses de substitution. En revanche, les clauses de substitution ne permettent pas d'adapter la valeur des sûretés en considération de l'évolution de la dette garantie. Ces clauses assortissant une sûreté réelle permettent de substituer aux biens initialement grevés d'une sûreté réelle de nouveaux biens. Il est vrai que la Cour de cassation

instruments financiers « des clauses d'arrosage ou de substitution d'assiette permettent de laisser au débiteur une maîtrise de la gestion des biens donnés en garantie tout en lui imposant de maintenir une adéquation entre la sûreté et le montant de l'encours de crédit garanti ».

¹⁵²¹ Pour une précision de l'objet de ces clauses : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* p. 716, n° 1004 : la clause dite d'écrêtement insérée dans les contrats de nantissements de comptes titres « permet la libération d'une partie des actifs grevés lorsque la sûreté devient surdimensionnée, en cas d'augmentation de la valeur des titres nantis ou de diminution du montant de la dette garantie ». La clause d'écrêtement s'oppose à la clause d'arrosage définie comme la clause mettant « à la charge du constituant une obligation lui imposant de reconstituer l'assiette du nantissement si les titres financiers venaient à disparaître ou si la valeur de ceux-ci venait à diminuer en deçà d'un certain seuil » : P. Crocq, « Nantissement », *Rép. dr. civ.*, fév. 2017, n° 93.

¹⁵²² Sur les principales applications du § 138 al. 1^{er} du BGB dont fait partie le contrôle de la proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti : C. Witz, *Droit privé allemand*, t. 1, Litec, 1992, n° 246 et s. ; M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2004, n° 107 et s. spéc. n° 109 ; F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 219 et s.

¹⁵²³ BGH 20.3.1985, BGHZ 94, 105 [112 et s.] Sur la réserve de propriété prolongée : C. Witz, *Droit privé allemand*, t. 1, Actes juridiques, Droits subjectifs, Litec 1992, p. 359, n° 446 : « la forme prolongée a pour but d'éviter que la réserve de propriété ne s'éteigne lors de l'exploitation économique du bien : on y aura recours toutes les fois que la vente porte sur des marchandises destinées à être vendues ou transformées ».

autorise la substitution de biens de natures différentes. Elle a en effet admis la substitution de biens malgré leur absence de fongibilité¹⁵²⁴. Néanmoins, les termes de la Cour de cassation invitent à penser que les biens grevés à l'origine et les biens qui leur sont substitués doivent avoir une valeur équivalente¹⁵²⁵. Il en résulte que les clauses de substitution ne permettront pas de procéder à la substitution de biens d'une valeur inférieure aux biens initialement grevés dans le but de réadapter la valeur de la sûreté à l'importance de l'endettement. Ainsi, les clauses de substitution connues ne peuvent être utilisées pour adapter l'assiette de la sûreté au montant de la créance restant à garantir. Toutefois, la liberté contractuelle autorise les parties à insérer des clauses prévoyant que l'évolution du montant garanti contraint les parties à substituer aux biens initialement grevés des biens d'une valeur plus ou moins importante.

758. Initiative des parties. Ainsi, bien que les clauses de substitution classiques ne puissent être utilisées à cette fin, des clauses permettent d'adapter l'assiette de la sûreté au crédit restant à garantir. Toutefois, il semble impossible de contraindre les parties à insérer de telles clauses dans leurs conventions. La liberté contractuelle en ce qu'elle autorise les parties à s'accorder concernant le contenu de leurs conventions, s'oppose à l'exigence légale d'une telle clause dans tous les contrats créateurs de sûretés réelles¹⁵²⁶. Ainsi, les parties ne pourront être contraintes à insérer dans les contrats des clauses favorisant le maintien de la proportionnalité. Il semble en revanche possible d'inciter les parties à insérer de telles clauses dans leurs contrats en précisant que la proportionnalité devra être appréciée au jour de l'invocation de la règle par le constituant. En effet, si la proportionnalité peut être évaluée postérieurement à la constitution de la sûreté, la disproportion résultant de la diminution du montant de la créance garantie sera sanctionnée par la règle de proportionnalité. Ce constat invite à retenir l'appréciation de la proportionnalité au jour de son évaluation par le juge plutôt qu'au jour de la constitution des sûretés.

¹⁵²⁴ Cass. com., 26 mai 2010, Bull. civ. VI, n° 98 ; *Gaz. Pal.* 16 oct. 2010, n° 289, p. 19, note F. Perochon ; *RDC* 2010, n° 4, p. 1341 ; *RB banc. et fin.* n° 5, septembre 2010, comm. 176, note A. Cerles ; *RD banc. et fin.* n° 4, juillet 2010, comm. 141, note D. Legeais ; *RTD civ.* 2010, p. 595, note P. Crocq ; *RTD com.* 2010, p. 785, note A. Martin-Serf.

¹⁵²⁵ En ce sens : A. Aynès, « Validité et efficacité des clauses de substitution de biens gagés non fongibles par nature », *RDC* 2010, n° 4, p. 1341 : « Encore faut-il, selon la haute juridiction, que cette substitution se fasse avec "la même quantité de choses équivalentes". Sans doute l'adjectif "équivalent" doit-il être pris dans son sens premier : "dont la quantité à la même valeur" (Dictionnaire Nouveau Petit Robert, 1996). Sauf à considérer que la Cour de cassation a immédiatement privé de portée le principe de validité qu'elle venait d'affirmer, cela ne peut signifier que les biens doivent être identiques, autrement dit... fongibles. Il suffit que les biens soient d'une valeur identique, peu important qu'ils aient une nature différente. Seule compte la valeur affectée en garantie ».

¹⁵²⁶ Les trois aspects de la liberté contractuelle sont expressément posés à l'art. 1102 c. civ. : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Sur la liberté contractuelle : D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 4^e éd. Bruylant, 2018, p. 86, n° 51-1 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 17^e éd. LGDJ, 2018, p. 44, n° 36.

759. Comparaison des deux hypothèses d'apparition de proportionnalité. Si la proportionnalité était appréciée au jour de la constitution des sûretés, la disproportion pouvant apparaître postérieurement à cette date ne serait pas sanctionnée. La disproportion résulterait soit de la diminution du montant de la créance garantie, soit de l'augmentation de la valeur de la sûreté. L'augmentation de l'un des éléments à comparer ou la diminution de l'autre modifiera évidemment le rapport de proportionnalité entre les deux. Ainsi, d'un point de vue théorique, ces deux hypothèses auront le même effet sur le rapport de proportionnalité. Néanmoins en pratique, la première hypothèse se concrétiserait plus fréquemment. En effet, la créance garantie diminuera au cours de la vie du crédit dans toutes les hypothèses dans lesquelles elle sera payable de manière échelonnée, or la majorité des crédits bancaires sont remboursables de manière échelonnée et non en une fois à terme. Dans ces hypothèses, le remboursement progressif de la créance fera apparaître une disproportion au cours du crédit si les sûretés initialement prises ont été conservées par le créancier. À l'inverse, il n'est pas fréquent que l'augmentation de la valeur du bien grevé d'une sûreté fasse naître une disproportion entre la valeur de la sûreté et le montant de la créance garantie. D'une part, il faut que la sûreté greve le bien dans son entier. En effet, l'augmentation de la valeur du bien sera sans incidence sur la valeur de la sûreté prise si cette dernière est inscrite pour un montant limité¹⁵²⁷. D'autre part, il faut que l'augmentation de la valeur du bien grevé soit telle qu'elle fasse naître une disproportion manifeste entre la valeur de la sûreté et le montant de la créance garantie. Il convient toutefois de rejeter l'appréciation de la proportionnalité au jour de la constitution. En effet, il a été précisé que la diminution du montant du crédit garanti interviendra fréquemment.

II. Le choix de l'appréciation de la proportionnalité au jour du jugement

760. Choix de l'appréciation de la proportionnalité au jour de l'appréciation. Les inconvénients liés à l'appréciation de la proportionnalité au jour de la constitution des sûretés ne se retrouvent pas si l'on retient que la proportionnalité doit être appréciée au jour de l'invocation de la règle de proportionnalité devant le juge. C'est donc cette dernière solution qui sera retenue. L'évaluation de la proportionnalité au jour de l'appréciation réalisée par le juge permet une application plus efficace de la règle de proportionnalité. La disproportion pourra être prise en considération par le juge quelle que soit la date de son apparition.

¹⁵²⁷ Par exemple : la prise d'une hypothèque en garantie d'un crédit de 200 000€ sur un bien valant initialement 300 000€ ne sera pas affectée par l'augmentation de la valeur du bien. Si le bien prend de la valeur et atteint une valeur de 400 000€, la valeur d'une hypothèque de premier rang inscrite en garantie d'un crédit de 200 000€ ne sera pas affectée.

761. Sûretés pour créances futures. En revanche, le rejet de l'appréciation de la proportionnalité au jour de la constitution des sûretés ne permet pas d'évacuer la question des sûretés constituées en garantie de créance futures. Certaines sûretés peuvent être octroyées conventionnellement pour garantir le paiement de créances avant même que ces créances soient nées¹⁵²⁸. La question de l'application de la règle de proportionnalité en présence de telles sûretés doit être posée dès lors que le constituant pourra demander l'évaluation de la proportionnalité à une date à laquelle les créances garanties ne seront pas encore nées. Dans ces hypothèses, le juge sera tenu d'évaluer la proportionnalité des sûretés offertes au créancier par rapport aux créances qui pourraient naître et être garanties par ces sûretés¹⁵²⁹. Dès lors que les créances garanties pourront être seulement déterminables, le juge devra redoubler de prudence. Il ne devrait néanmoins pas porter atteinte à l'efficacité de la garantie offerte au créancier dans la mesure où seules les disproportions manifestes pourront être sanctionnées. Bien qu'elle complexifie l'appréciation de la proportionnalité, la présence de sûretés garantissant des créances futures n'entrave pas la possibilité d'apprécier la proportionnalité au jour du jugement.

762. Date cohérente avec la finalité de la règle. L'appréciation de la proportionnalité au jour de son évaluation par le juge est cohérente avec la finalité de protection de la règle. En effet, si la règle avait eu pour objectif de sanctionner le comportement du créancier exigeant des sûretés disproportionnées, il aurait été logique d'apprécier la proportionnalité des sûretés au jour de leur obtention. À l'inverse, dès lors que la proportionnalité est détachée de l'idée d'un abus commis par le créancier, il est cohérent de retenir la date à laquelle la proportionnalité pourra être appréciée le plus précisément.

763. Date distincte en matière de proportionnalité luttant contre l'insolvabilité des garants. La proportionnalité des sûretés pour autrui par rapport aux facultés de paiement des garants est appréciée au jour de la constitution des sûretés. Cette date est distincte de celle retenue en matière de proportionnalité visant à préserver les actifs des constituants. Toutefois, les deux dates apparaissent cohérentes avec les finalités de protection des deux règles. L'appréciation de la proportionnalité au jour de la constitution des sûretés pour autrui s'accompagne du retour à meilleure fortune qui permet de filtrer les disproportions sanctionnées par la réduction. En application de ce mécanisme, seules les disproportions demeurant au jour de l'évaluation de la

¹⁵²⁸ Les sûretés peuvent garantir des créances futures à condition que ces créances soient déterminables. v. art. 2333 al. 2 c. civ. concernant le gage, art. 2356 al. 3 c. civ. concernant le nantissement, art. 2421 c. civ. concernant les hypothèques.

¹⁵²⁹ La même solution a été retenue lors de l'étude de l'application de la règle aux garanties autonomes : v. n° 524.

proportionnalité pourront mener à la réduction de la sûreté. Cette date permet donc une appréciation objective de la proportionnalité tenant compte du montant pour lequel les garants sont appelés et de leurs facultés de paiement réelles au jour où le paiement leur est réclamé. Contrairement à la règle de proportionnalité visant à protéger le crédit des constituants, cette règle de proportionnalité réservée aux garants ne peut être invoquée avant la date à laquelle le processus de réalisation de la sûreté est enclenché. En effet, avant le jour de l'appel des garants il est impossible de savoir quels montants leur seront effectivement réclamés, ni quelles seront leurs facultés de paiement à cette date. Bien que distinctes, les deux dates retenues pour apprécier la proportionnalité des sûretés pour autrui et de l'ensemble des sûretés ont pour objectif de permettre une protection mesurée des garants et des constituants de sûretés. Si la proportionnalité était appréciée à d'autres dates, les règles proposées pourraient être trop protectrices et par suite trop attentatoires aux droits des créanciers.

Conclusion du chapitre

Les fondements ne permettant pas d'adopter une acception positive de la règle de proportionnalité ont été rejetés. Tel est le cas de l'abus de droit qui n'a pas été retenu dès lors qu'il ne permet pas que la proportionnalité soit appréciée de manière objective. En effet, le rattachement au fondement de l'abus impliquerait de concevoir la règle de proportionnalité comme une règle sanctionnant le comportement du créancier ayant exigé des sûretés disproportionnées¹⁵³⁰. Le rattachement au fondement des clauses abusives a également été rejeté, bien que le cumul de deux sûretés ait déjà été sanctionné sur ce fondement en jurisprudence¹⁵³¹. La qualification de clause abusive s'expliquait en l'espèce par le fait que la constitution de la clause de réserve de propriété et le gage portaient sur le même bien et faisaient naître un doute sur la qualité de propriétaire. En dehors de cette hypothèse particulière, l'article 1171 du Code civil sanctionnant les clauses abusives semblait offrir un fondement intéressant à la sanction de la prise de sûretés disproportionnées. Ce fondement n'a pas été retenu dès lors qu'il n'aurait pas permis de sanctionner la disproportion dans les hypothèses dans lesquelles l'octroi de sûretés est l'objet principal du contrat¹⁵³².

¹⁵³⁰ Sur le rejet du fondement de l'abus de droit : v. n° 663 et s.

¹⁵³¹ Sur la jurisprudence ayant retenu la stipulation d'une clause abusive en présence d'une clause de réserve de propriété et d'un gage constitué sur le même bien : v. n° 667.

¹⁵³² Sur le rejet du rattachement au fondement des clauses abusives : v. n° 668 et s.

Des fondements adoptant une conception positive de la règle ont été envisagés. Ces fondements semblent intéressants en ce qu'ils permettent d'assurer la protection du constituant et non la sanction du créancier. La justice contractuelle est un fondement général auquel peut être rattachée la règle de proportionnalité des sûretés. Seulement, ce fondement ne permet pas directement de préciser l'appréciation de la proportionnalité. La règle de proportionnalité a ensuite été rapprochée de fondements plus précis tels que l'éthique contractuelle, l'équilibre contractuel ou encore la violence économique. Le rattachement de la règle de proportionnalité à la notion d'équilibre contractuel a été rejeté dès lors qu'il n'apparaîtrait pas cohérent en présence de sûretés consenties pour autrui. En effet, la notion d'équilibre contractuel suppose que les parties s'engagent réciproquement, ce qui n'est pas le cas en présence de l'engagement unilatéral d'un garant. Le rattachement de la règle au vice de violence économique a également été rejeté, bien qu'il soit possible de considérer que le créancier se rend coupable de violence lorsqu'il fait pression sur le constituant pour obtenir des sûretés disproportionnées¹⁵³³. Ce rattachement serait évidemment restrictif. Il limiterait la conception retenue de la proportionnalité dès lors qu'il ne pourrait être invoqué qu'en présence d'un constituant se trouvant dans un état de dépendance vis-à-vis de son créancier et d'un créancier ayant abusé de cet état de dépendance¹⁵³⁴. Il semble en revanche que la règle de proportionnalité puisse être rattachée au fondement de l'éthique contractuelle. En effet, la règle de proportionnalité interdira au créancier de profiter de sa situation de force pour obtenir des sûretés disproportionnées sans avoir égard à la situation de son cocontractant. Néanmoins, ce fondement ne permet pas de préciser l'appréciation de la proportionnalité.

Un critère de précision de la proportionnalité a été recherché en dehors de tout fondement auquel la règle pourrait être rattachée. La prise de sûretés disproportionnées aurait pu être rapprochée de la prise de sûreté déraisonnable ou excessive. Néanmoins, le critère du raisonnable est vague et ne permet pas de cerner avec plus de précision les cas dans lesquels les juges devront ordonner la révision des sûretés¹⁵³⁵. La même critique peut être formulée à l'encontre de la sanction de la prise de sûretés excessives¹⁵³⁶.

¹⁵³³ Sur le rattachement de la disproportion au vice de violence passant par la recherche d'un déséquilibre anormal et d'un avantage excessif : v. n° 679 et 680.

¹⁵³⁴ Sur le rejet du rattachement au vice de violence : v. n° 681.

¹⁵³⁵ Sur le rejet du critère du raisonnable : v. n° 685.

¹⁵³⁶ Sur le rejet du critère de l'excès : v. n° 686 et 687.

Il a finalement été mis en évidence un critère attaché à la notion de proportionnalité dans le cadre du contrôle général de la proportionnalité des voies d'exécution¹⁵³⁷. Ce critère est celui de l'utilité des sûretés prises par un créancier. La prise de sûretés par un créancier devrait être qualifiée de disproportionnée dès lors que les sûretés prises sont pour partie inutiles. La prise de sûretés démesurées par rapport au crédit accordé implique que certaines des sûretés prises ne sont pas utiles, dès lors que les autres sûretés sont largement suffisantes pour garantir la créance en cause¹⁵³⁸.

Ce critère permet de préciser de la notion de sûretés disproportionnées au crédit consenti. Néanmoins, ce critère se caractérise par sa souplesse. Aucun seuil de proportionnalité ne viendra préciser la règle¹⁵³⁹. L'instauration de tels seuils apparaîtrait complexe en raison des nombreux critères devant être pris en compte dans l'évaluation de la proportionnalité. En effet, doivent être prises en considération non seulement l'ensemble des garanties de paiement bénéficiant au créancier, mais également le risque attaché au crédit garanti. L'instauration de la règle de proportionnalité nécessitera donc de faire confiance aux juges. Une telle confiance peut être accordée aux juges du fond dès lors que les juges sont déjà investis d'une mission de recherche de la proportionnalité des sûretés dans le cadre de règles moins générales. En outre, les juges devront caractériser l'existence non d'une disproportion simple, mais d'une disproportion manifeste¹⁵⁴⁰. Ainsi, en théorie, les différences d'appréciation dans la recherche de la proportionnalité des sûretés ne devraient pas pouvoir exister.

Suite à la détermination d'un critère permettant de préciser la notion de proportionnalité, il a semblé impératif de préciser la date à laquelle devait être appréciée la proportionnalité des sûretés. Ce qui pouvait sembler être une simple précision des modalités d'appréciation de la proportionnalité des sûretés a finalement pris une dimension plus importante. En effet, a été envisagée l'appréciation de la proportionnalité des sûretés au jour de la réalisation des sûretés, laquelle peut recouvrir deux aspects distincts.

D'une part, si la proportionnalité des sûretés devait être appréciée au jour de la réalisation des sûretés, elle empêcherait que le créancier bénéficie d'un droit à l'exécution forcée de son obligation sans limite¹⁵⁴¹. Un droit absolu à l'exécution forcée impliquerait que le créancier

¹⁵³⁷ Sur le rapprochement avec le droit des voies d'exécution : v. n° 691.

¹⁵³⁸ Sur le critère retenu de l'utilité des sûretés : v. n° 688 et s.

¹⁵³⁹ Sur l'impossibilité de prévoir des seuils de proportionnalité : v. n° 707 et s.

¹⁵⁴⁰ Sur le caractère manifeste de la disproportion : v. n° 713 et s.

¹⁵⁴¹ Sur la proportionnalité comme limite aux voies d'exécution exercées par le créancier : v. n° 723 et s.

puisse faire exécuter son obligation sur l'ensemble des biens de son débiteur sans limite notamment quant à la valeur des biens réalisés. La règle de proportionnalité des sûretés ne serait pourtant pas utile à ce stade puisqu'un principe de proportionnalité des voies d'exécution existe d'ores et déjà pour empêcher la ruine du débiteur poursuivi. Ainsi, la règle de proportionnalité des sûretés envisagée viendra compléter le principe de proportionnalité existant en matière de voies d'exécution¹⁵⁴². Ces deux règles n'agiront pas au même moment et suivront des finalités distinctes.

D'autre part, si la proportionnalité était appréciée au jour de la réalisation des sûretés, elle pourrait servir d'outil de mise en balance des droits fondamentaux des parties¹⁵⁴³. En effet, lors de la réalisation des sûretés, le droit de propriété ainsi que le droit au logement du constituant entrent potentiellement en conflit avec le droit de propriété ainsi que le droit à l'exécution forcée du créancier. Toutefois, nous ne sommes pas favorables à ce que la règle de proportionnalité des sûretés soit utilisée pour mettre en balance différents droits¹⁵⁴⁴. Il semble que ces objectifs rendraient plus confuse la règle proposée. Signe de cette complexité, le choix d'une sanction unique assignée à une règle poursuivant plusieurs finalités distinctes apparaîtrait délicat. En outre, l'atteinte à l'efficacité des sûretés qui résulterait d'une telle règle de proportionnalité n'apparaîtrait pas justifiée¹⁵⁴⁵.

Non seulement la règle de proportionnalité des sûretés ne doit pas être malmenée pour protéger les droits fondamentaux des constituants, mais en outre, elle porterait atteinte aux droits fondamentaux des parties¹⁵⁴⁶. En effet, la règle de proportionnalité des sûretés portera atteinte au droit de propriété du constituant en restreignant sa possibilité de constituer des sûretés sur ses biens. Elle nuira également au droit de propriété du créancier dès lors que ce dernier est propriétaire de sa créance. Ces atteintes au droit fondamental de propriété des parties devront être tolérées dès lors qu'elles apparaissent proportionnées à la finalité de la règle envisagée.

Ainsi, l'appréciation de la proportionnalité à la date de la réalisation des sûretés a été rejetée. Il a dès lors été nécessaire de préciser la date à laquelle devrait être évaluée la proportionnalité des sûretés. Trois dates ont été envisagées : le jour de l'octroi de crédit, le jour de leur

¹⁵⁴² Sur la complémentarité du principe de proportionnalité des voies d'exécution et de la règle de proportionnalité des sûretés : v. n° 728 et s.

¹⁵⁴³ Sur la proportionnalité comme outil de mise en balance des droits fondamentaux des parties : v. n° 734 et s.

¹⁵⁴⁴ Sur le rejet de l'élargissement des finalités de la règle de proportionnalité des sûretés : v. n° 739 et s.

¹⁵⁴⁵ Sur le risque d'atteinte à l'efficacité des sûretés : v. n° 742.

¹⁵⁴⁶ Sur l'atteinte portée par la règle de proportionnalité au droit de propriété du constituant et du créancier : v. n° 744.

constitution ou encore le jour de l'appréciation de la proportionnalité par le juge. La première de ces dates a été rejetée dès lors qu'elle ne permettait pas de tenir compte des sûretés octroyées au créancier postérieurement à la naissance de la créance garantie¹⁵⁴⁷. Le rejet de la date de constitution des sûretés apparaît cohérent avec l'idée que la règle ne sanctionne pas une faute commise par le créancier mais la disproportion objectivement évaluée¹⁵⁴⁸. La deuxième a également été rejetée parce qu'elle ne permettait pas de sanctionner la disproportion apparaissant au cours du crédit et résultant soit d'une augmentation de la valeur de la sûreté, soit d'une diminution du montant de la créance garantie. La dernière proposition a donc été retenue : la proportionnalité doit être appréciée au jour où elle est évaluée par le juge¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁷ Sur le rejet de la date d'octroi du crédit : v. n° 750 et s.

¹⁵⁴⁸ Sur le rejet de la date de constitution des sûretés : v. 753 et s.

¹⁵⁴⁹ Sur le choix de l'appréciation de la proportionnalité au jour où le juge statue : v. n° 760 et s.

Chapitre 2

La sanction de la disproportion des sûretés

764. **Détermination de la sanction et des modalités de son prononcé.** L'élaboration du régime de la règle de proportionnalité permettra de dissiper les craintes relatives à l'instauration d'une telle règle et favorisera en conséquence son adoption. Dans cette optique, la date d'appréciation de la proportionnalité ainsi que le critère permettant de préciser la notion de sûretés disproportionnées ont été déterminés. Le régime de la règle de proportionnalité doit encore être précisé pour que la règle de proportionnalité puisse être adoptée. La sanction est évidemment un élément phare du régime de la règle de proportionnalité des sûretés. Le choix de la sanction attachée au non-respect de la règle de proportionnalité apparaît dès lors indispensable. Pour procéder à ce choix, les sanctions inappropriées à la règle de proportionnalité seront rejetées avant que les sanctions apparaissant cohérentes avec la finalité de la règle soient étudiées plus en détail. Comme en matière de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité des garants, les sanctions qui retiendront notre attention sont celle de la paralysie des droits du créancier et celle de la réduction des sûretés disproportionnées¹⁵⁵⁰. Une fois présentées, ces sanctions seront comparées. La comparaison des sanctions permettra de déterminer la sanction de la règle de proportionnalité. La procédure à suivre pour que cette sanction puisse être prononcée sera également étudiée. Toutes ces étapes permettront de procéder au choix de la sanction (section 1). À la suite de la détermination de la sanction, les modalités de son prononcé seront étudiées. Précisément, les juges compétents pour prononcer une telle sanction seront identifiés et les modalités du contrôle de la Cour de cassation seront envisagées (section 2).

Section 1 : Le choix de la sanction de la disproportion

765. **Recherche d'une sanction adaptée à la finalité de la règle.** La règle de proportionnalité des sûretés doit être assortie d'une sanction. Il convient de rechercher une sanction cohérente avec la finalité de protection du crédit des constituants. Dans un premier temps, différentes sanctions qui semblent inadaptées à la règle de la proportionnalité seront rejetées. Tel est le cas de

¹⁵⁵⁰ v. n° 173 et s.

l'annulation de toutes les sûretés consenties au créancier et de l'engagement de la responsabilité civile du créancier (§ 1). Dans un second temps, deux sanctions qui pourraient être adaptées à la proportionnalité des sûretés seront étudiées en particulier. Il s'agit de la paralysie des droits du créancier et la réduction des sûretés disproportionnées (§ 2).

§ 1 : Le rejet des sanctions inadaptées

766. Rejet de l'annulation des sûretés et de l'engagement de la responsabilité du créancier. Il convient d'identifier des sanctions qui pourraient être associées à la règle de proportionnalité des sûretés permettant de préserver le crédit du constituant. Cette recherche sera entamée par l'observation des sanctions existantes en matière de proportionnalité des sûretés. De nombreuses règles de proportionnalité sanctionnent la caractérisation d'une disproportion par la réduction des sûretés prises. Toutefois, cette sanction n'a pas toujours été retenue pour l'ensemble des règles de proportionnalité des sûretés. Le législateur a sanctionné par le passé la disproportion des garanties prises par l'annulation de l'ensemble de ces garanties. Ce choix passé sera critiqué (I). L'engagement de la responsabilité du créancier sera également envisagé dès lors que cette sanction est nécessairement retenue par les auteurs qui proposent que la disproportion soit sanctionnée sur le fondement de l'abus de droit. Cette sanction sera également rejetée (II).

I. Le rejet du choix passé de l'annulation des garanties

767. Sanction initiale de l'article L. 650-1 du Code de commerce. La majorité des règles de proportionnalité des sûretés existantes sont sanctionnées par la réduction des sûretés prises. Parmi ces règles, celle posée à l'article L. 650-1 du Code de commerce était toutefois sanctionnée dans le passé par la nullité automatique de l'ensemble des garanties¹⁵⁵¹. Le choix de cette sanction peut sembler surprenant. Pour l'expliquer, il est possible d'avancer que l'article L. 650-1 ne pose pas à proprement dit une règle de proportionnalité. Cet article n'a pas pour objet de lutter contre la disproportion des garanties prises. Il vise à rassurer les établissements de crédit qui souhaiteraient apporter leur soutien à des débiteurs connaissant des difficultés, mais craindraient d'être par la suite poursuivis pour soutien abusif¹⁵⁵². Cette finalité particulière de l'article L. 650-1 explique certainement que la sanction du non-respect

¹⁵⁵¹ Anc. art. L. 650-1 al. 2 c. com., en vigueur du 1^{er} janvier 2006 au 15 janvier 2009 : « Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles ».

¹⁵⁵² Sur cette finalité de l'art. L. 650-1 : P. Hoang, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, p. 1458.

de ce texte n'ait pas été conçue comme les autres règles imposant un rapport de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti. Précisément, le fait que l'objectif de la règle ne soit pas l'instauration d'un rapport de proportionnalité implique certainement que le législateur n'a pas recherché une sanction cohérente avec une telle finalité. Le texte initial de l'article L. 650-1 semble d'ailleurs impliquer que la nullité de l'ensemble des garanties prises soit une sanction générale du non-respect de cet article. Ainsi, cette sanction n'était pas réservée, d'après le texte, aux cas dans lesquels les garanties prises étaient disproportionnées aux apports consentis. En effet, les trois cas d'ouverture à la responsabilité des créanciers entraînaient leur sanction et donnaient lieu non seulement à l'octroi de dommages-intérêts aux débiteurs, mais également à l'annulation de l'ensemble des garanties. Ainsi, la sanction de l'annulation de l'ensemble des garanties prises n'était pas en réalité directement la sanction de la prise de garanties disproportionnées aux apports consentis.

768. Caractère inadapté de l'annulation de l'ensemble des sûretés. Même si elle ne constituait pas véritablement la sanction de la prise de garanties disproportionnées, il est possible de critiquer la sanction consistant dans l'annulation de l'ensemble des garanties prises. La nullité sanctionne le non-respect d'une condition de validité des sûretés. Cette sanction n'est donc pas adaptée à la disproportion des sûretés par rapport au crédit garanti dès lors que la proportionnalité ne constitue pas une condition de validité. Tel ne peut être le cas alors que la proportionnalité n'est pas appréciée au jour de la constitution des sûretés¹⁵⁵³. En outre, la sanction de la nullité apparaissait démesurée par rapport à l'objectif poursuivi par la règle.

769. Démesure de la sanction de l'annulation de l'ensemble des sûretés. La sanction de la nullité semble particulièrement sévère pour le créancier¹⁵⁵⁴. Il apparaît dès lors immédiatement qu'une telle sanction ne pourrait assortir la règle de proportionnalité des sûretés que nous souhaitons voir instaurée. La sévérité de l'annulation de l'ensemble des garanties prises laisse penser qu'elle a pour objectif de sanctionner des créanciers. Cette sanction est démesurée par rapport à la finalité de protection du constituant. Pour que le crédit du constituant ne soit pas inutilement gaspillé, il suffit que les garanties soient réduites ou qu'une partie d'entre elles soient annulées.

¹⁵⁵³ Sur la date d'appréciation de la proportionnalité : v. n° 760 et s.

¹⁵⁵⁴ V. Perruchot-Triboulet, « La responsabilité des créanciers », *RLDC*, n° 43, 1^{er} novembre 2007 : « Cette technique brutale de la nullité est manifestement employée à mauvais escient. Une nullité sanctionne un acte dont la formation n'est pas parfaite. Elle a des effets rétroactifs. Elle se justifie difficilement en matière de responsabilité même au sens large. L'impossibilité de se prévaloir des garanties excessives ou une réduction des sûretés surnuméraires aurait sans doute constitué une sanction préférable. La nullité est donc une sanction... disproportionnée ».

L'annulation de toutes les garanties prises dépasse donc cet objectif de protection des constituants. Cette sanction est donc inutilement sévère. Cet aspect n'est pas sans conséquence. La sanction de la nullité de l'ensemble des sûretés peut être critiquée pour l'atteinte qu'elle porte à l'efficacité des sûretés. Il est permis de penser que cette sanction était à l'origine de la réticence des juges à appliquer la règle prévue à l'article L. 650-1 du Code de commerce. En effet, l'invocation de cet article aboutissait rarement à la condamnation des créanciers pour soutien abusif¹⁵⁵⁵. Le professeur Dominique Legeais a émis l'hypothèse selon laquelle l'automatisme et la sévérité de la sanction consistant dans l'annulation de toutes les garanties offertes aux créanciers seraient à l'origine de la réticence des juges à accéder aux demandes des débiteurs¹⁵⁵⁶. Selon cette idée, les juges du fond ne souhaitant pas appliquer cette sanction démesurée, jugeaient que les conditions de la sanction du créancier posées par ce texte n'étaient pas réunies. En dehors même de cette conséquence potentielle de la sanction retenue, la combinaison de sa sévérité et de son automatisme ne pouvait être approuvée¹⁵⁵⁷. Les appels de la doctrine ont été entendus par le législateur qui a modifié la sanction pour remplacer la nullité automatique par une possibilité de réduction¹⁵⁵⁸. Les deux aspects de la sanction initiale qui soulevaient des critiques ont donc été revus.

770. Perte de l'automatisme de la sanction. D'une part, la sanction a perdu son automatisme. En effet, les juges sont désormais libres de prononcer ou non cette sanction. Rappelons que la

¹⁵⁵⁵ T. Favario, « Article L. 650-1 du Code de commerce : première brèche dans le bouclier légal », *BJE* mai 2018, n° 3, p. 210 : « Les décisions condamnant les créanciers pour soutien abusif étant rarissimes ». Néanmoins l'ancien régime de la responsabilité pour soutien abusif aboutissait également rarement à des condamnations. En ce sens : alors qu'il était reproché à la responsabilité pour soutien abusif d'être à l'origine d'un « contentieux fréquent et abondant », ses détracteurs reconnaissent que ce contentieux « [débouchait] assez rarement sur des condamnations effectives » cf. P. Hoang, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, p. 1458.

¹⁵⁵⁶ En ce sens : D. Legeais s'est interrogé à l'occasion de la modification de l'article L. 650-1 par l'ordonnance de 2008 : « La solution est à première vue favorable aux établissements de crédit et va dans le sens de l'allègement de la responsabilité. Mais on peut aussi penser que le juge va pouvoir aussi admettre plus facilement la responsabilité, sachant qu'il a désormais pouvoir pour modeler la sanction applicable » : D. Legeais, « Sort des sûretés en cas de soutien abusif de crédit », *RD banc. et fin.* n° 1, janvier 2009, comm. 18.

¹⁵⁵⁷ Pour des critiques de cette sanction originaire : M.-N. Jobard-Bachelier, M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey Université, 2007, p. 272, n° 2025 : les auteurs hésitent à l'époque à affirmer que la nullité prévue à l'art. L. 650-1 devait s'entendre d'une nullité de plein droit. Ils condamnaient déjà cette solution hypothétique et la qualifiait d'excessive. La réduction des garanties disproportionnées leur paraissait préférable en ce qu'elle est « moins attentatoire aux intérêts du créancier » ; D. Robine, « L'article L. 650-1 du code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D.* 2006, p. 69 : « ce cumul des sanctions, ajouté à la largeur potentielle des exceptions, pourrait rendre l'article L. 650-1 plus néfaste que bénéfique aux fournisseurs de crédit, ce qui n'était pas l'objectif de la loi » ; J.-L. Vallens, « Les "effets pervers" de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD com* 2007, p. 604 : « La crainte pour un créancier de voir annuler une garantie dans le cas où le tribunal retiendrait sa responsabilité paraît en effet de nature à l'inciter à cesser son soutien financier dès l'apparition des difficultés du débiteur, contredisant l'objectif même de la règle légale » ; L'avocat J. Turczynski qualifie la situation d'inquiétante au regard de la sanction de la nullité automatique des garanties : J. Turczynski, « Le soutien abusif », *LPA*, 20 mars 2007, n° 57, p. 30.

¹⁵⁵⁸ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, art. 129.

sanction principale de l'engagement de la responsabilité du créancier pour soutien abusif est évidemment sa condamnation à réparer le préjudice causé. L'ancienne sanction de la nullité automatique et la nouvelle sanction de la possibilité de réduire les garanties prises s'ajoutent à la sanction classique de l'engagement de la responsabilité d'un justiciable. Cette sanction supplémentaire n'est plus aujourd'hui automatique. Les juges saisis évalueront l'opportunité de la réduction des garanties prises. Il est d'ailleurs possible de noter que le texte ne précise pas que le choix des juges d'ordonner la réduction des sûretés prises est subordonné à l'existence d'une disproportion des garanties prises. Le texte pourrait être appliqué en raison d'une fraude ou d'une immixtion caractérisée du créancier dans les affaires du débiteur et néanmoins entraîner la réduction des garanties obtenues par le créancier. Il nous semble toutefois que cette sanction n'a de sens qu'en présence d'une disproportion des garanties obtenues¹⁵⁵⁹. Ainsi les juges, libres de prononcer ou non cette sanction, devraient la réserver aux cas dans lesquels l'engagement de la responsabilité du créancier a été rendu possible par le constat d'une prise de garanties disproportionnées.

771. Perte de la sévérité de la sanction. D'autre part, la sanction a perdu sa sévérité. La réduction des garanties apparaît évidemment comme une sanction plus mesurée que le prononcé de leur nullité. Cette sanction semble logique : ce qui est trop important doit être réduit pour finalement exister en quantité suffisante et mesurée. Le choix de la réduction des sûretés disproportionnées est d'ailleurs souvent retenu par les règles de proportionnalité des sûretés¹⁵⁶⁰. La transformation de la sanction de l'article L. 650-1 du Code de commerce met en évidence le caractère inadapté de la nullité de l'ensemble des garanties prises. Cette évolution démontre également l'adéquation de la sanction de la réduction à la règle sanctionnant la disproportion. Nous envisagerons néanmoins la sanction de l'engagement de la responsabilité du créancier avant de nous intéresser à la réduction des sûretés prises.

II. Le rejet de la responsabilité du créancier

772. Sanction par défaut de la responsabilité du créancier. La sanction de l'engagement de la responsabilité du créancier ayant obtenu des sûretés disproportionnées est évidemment

¹⁵⁵⁹ En ce sens également : F.-J. Crédot et T. Samin, « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif (suite) », *RB banc. et fin.* n° 2, mars 2009, comm. 49 : « Solution peu rationnelle, car la nullité automatique des garanties était érigée en facteur commun des trois cas fautifs, alors qu'elle n'avait de sens que dans le deuxième cas, celui des garanties disproportionnées » ; J. Turczynski, « Le soutien abusif », *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 30 : selon qui la logique voudrait que la sanction soit réservée à l'hypothèse de la disproportion des garanties.

¹⁵⁶⁰ Tel est le cas des règles posées aux articles 2444 c. civ., 2445 c. civ., R. 532-9 c. proc. civ. d'exéc. et de l'actuel art L. 650-1 c. com.

intéressante, puisque cette sanction pourrait être prononcée en dehors de toute règle légale de proportionnalité des sûretés¹⁵⁶¹. Telle serait la sanction retenue si la jurisprudence suivait l'idée d'un rapprochement de la règle de proportionnalité des sûretés à la notion d'abus de droit¹⁵⁶². En effet, si la jurisprudence considérait que le créancier ayant obtenu des sûretés disproportionnées avait abusé de son droit d'obtenir des sûretés, elle sanctionnerait ce créancier par l'engagement de sa responsabilité. Même en dehors du rattachement de la règle de proportionnalité à la notion d'abus de droit, la jurisprudence qui souhaiterait sanctionner la prise de garanties disproportionnées pourrait trouver le moyen d'engager la responsabilité du créancier. Le recours à la responsabilité civile du créancier a, par exemple, permis de sanctionner le créancier ayant obtenu un cautionnement disproportionné aux facultés de paiement de la caution¹⁵⁶³. La responsabilité du créancier avait alors été engagée pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi. Il serait possible d'envisager que le même fondement soit retenu pour sanctionner la prise de garanties disproportionnées au crédit consenti¹⁵⁶⁴. Ce fondement de la sanction du créancier serait d'autant plus aisé à retenir que la réforme du droit des obligations de 2016¹⁵⁶⁵ a mis en avant la notion de bonne foi contractuelle laquelle se développe non seulement au stade de l'exécution des contrats comme le précisait l'ancien article 1134 du Code civil, mais également lors de leur conclusion et de leur extinction¹⁵⁶⁶. La sanction de l'engagement de la responsabilité du créancier présente donc l'avantage de pouvoir être prononcée en dehors de tout fondement textuel sanctionnant précisément la prise de garanties disproportionnées. Néanmoins, dans la mesure où nous

¹⁵⁶¹ Tout comme la Cour de cassation a sanctionné la disproportion du cautionnement par l'engagement de la responsabilité du créancier dans la jurisprudence initiée par l'arrêt Macron. Au sujet de cette jurisprudence : « La Cour de cassation pouvait difficilement "inventer" une sanction alors qu'elle invoquait une exigence de proportionnalité qui n'était requise par aucun texte » : Ph. Théry, « les sanctions en droit des sûretés », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain*, v. 1, la sanction, entre technique et politique, Dalloz, 2012, p. 282, n° 22.

¹⁵⁶² Rapprochement entre la règle de proportionnalité des sûretés et la notion d'abus de droit proposé par J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, p. 187 et s., n° 199 et s. v. n° 663 et s.

¹⁵⁶³ Arrêt Macron : Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188, n° 95-14105 ; *D.* 1998, jur., 208, note J. Casey ; *JCP éd. E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Défrenois* 1997, 1424, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre, *RTD civ.* 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac.

¹⁵⁶⁴ D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005, p. 191 et s. : les sanctions de l'excès sont la nullité de l'acte juridique, la réduction d'une stipulation contractuelle ou la mise en œuvre de la responsabilité civile. v. spécialement sur la sanction par la responsabilité civile p. 239 et s.

¹⁵⁶⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁵⁶⁶ Anc. art. 1134 al. 3 : « [Les conventions légalement formées] doivent être exécutées de bonne foi » ; nouvel art. 1104 al. 1 c. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » v. M. Latina et G. Chantepie, *Le nouveau droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, p. 98 et s., n° 102 et s.

proposons qu'une règle de proportionnalité écrite soit instaurée, le choix de l'engagement de la responsabilité du créancier ne s'impose pas.

773. Nécessaire précision de la sanction. La sanction de l'engagement de la responsabilité civile du créancier pourrait être critiquée pour son imprécision si la nature de la responsabilité retenue n'était pas déterminée¹⁵⁶⁷. Le créancier engagerait-il sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ? La réponse à cette question n'est pas évidente. Il apparaît qu'elle dépend de la source des sûretés prises. Le créancier ne pourrait engager sa responsabilité contractuelle qu'en cas d'obtention de sûretés contractuelles. La réciproque est-elle exacte ? Le créancier engagerait-il sa responsabilité extracontractuelle en cas d'obtention de sûretés légales ou judiciaires disproportionnées ? En présence de sûretés légales, il sera difficile de retenir la responsabilité du créancier. Bien que le créancier soit tenu de procéder à l'inscription de ses sûretés légales ce qui requiert une démarche de sa part, l'obtention de la sûreté ne résulte pas de son fait mais du choix du législateur¹⁵⁶⁸. Il serait dès lors incohérent de sanctionner le créancier pour avoir obtenu de telles sûretés. L'obtention de sûretés judiciaires disproportionnées semble *a priori* être une hypothèse d'école. En effet, le juge octroyant des sûretés judiciaires est tenu de vérifier le péril dans le recouvrement de la créance¹⁵⁶⁹, il ne devrait octroyer de telles sûretés que dans la limite de leur caractère nécessaire ou à tout le moins de leur caractère utile¹⁵⁷⁰. Or l'utilité des sûretés consenties exclut leur caractère disproportionné¹⁵⁷¹. Ainsi finalement, seule la prise de sûretés conventionnelles disproportionnées devrait en théorie permettre d'engager la responsabilité du créancier. À la prise de sûretés conventionnelles disproportionnées, devra être rattachée l'hypothèse fréquente dans laquelle le créancier bénéficiera de sûretés de différentes sources. En effet, si le créancier disposant d'une sûreté légale ou ayant obtenu une sûreté judiciaire se fait consentir par ailleurs des sûretés conventionnelles, il sera possible de retenir que la sûreté légale ou judiciaire ne peut être à l'origine de l'engagement de la responsabilité du créancier. Toutefois, le cumul de cette sûreté avec des sûretés conventionnelles pourra être critiqué et retenu comme origine de la

¹⁵⁶⁷ Tel est le cas en matière de cautionnement : v. n° 142 et s.

¹⁵⁶⁸ Sur la publicité des hypothèques légales : Y. Picod, *Droit des sûretés*, 3^e éd., PUF, 2016, p. 441, n° 334 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 869, n° 1228. Sur la publicité des privilèges spéciaux immobiliers : *Ibid.*, p. 877, n° 1241. Seul le privilège de la copropriété demeure un privilège occulte : Y. Picod, *ibid.*, p. 471, n° 367.

¹⁵⁶⁹ Condition de l'octroi de sûretés judiciaires prévue à l'art. L. 511-1 al. 1 c. proc. civ. d'exéc. : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ».

¹⁵⁷⁰ Sur la distinction entre les sûretés utiles et les sûretés nécessaires : v. n° 724.

¹⁵⁷¹ Nous avons démontré en effet que dans le cadre d'une prise de sûretés disproportionnées, la part excessive des sûretés obtenues apparaissait inutile. v. n° 690 et s.

disproportion. Ainsi, il est possible d'admettre que la responsabilité contractuelle du créancier devra être retenue. Les hypothèses dans lesquelles seules des sûretés légales et judiciaires auront été octroyées au créancier ne pourraient donc pas être sanctionnées sur le fondement de la règle de proportionnalité. Certes, ces hypothèses ne devraient pas être fréquentes en pratique. Toutefois, l'existence de règles permettant au débiteur d'obtenir la mainlevée de sûretés judiciaires ou des hypothèques légales en raison de leur caractère disproportionné force à constater que la disproportion des sûretés judiciaires et légales est envisageable¹⁵⁷². Si la nature de la responsabilité peut être précisée, la sanction de l'engagement de la responsabilité du créancier n'apparaît pas pour autant adaptée à la prise de sûretés disproportionnées.

774. Inadaptation de la responsabilité du créancier à la finalité de la règle. Il est essentiel que la sanction retenue soit cohérente avec la finalité de la règle. Or, la sanction apparaîtrait inadaptée à l'objectif de protection des constituants simplement parce qu'elle ne leur permettrait pas de préserver leur crédit. Ainsi, la finalité de la règle ne serait pas atteinte par la sanction. La sanction n'aurait donc pas pour but d'éviter le gaspillage du crédit, mais seulement d'inciter les créanciers à modérer leur prise de sûretés, afin que la finalité de la règle soit atteinte par la modification des comportements des créanciers. Il semble néanmoins ambitieux de miser sur une telle évolution des pratiques¹⁵⁷³. Doit être choisie, une sanction qui permette de rétablir la proportionnalité manquante entre les sûretés prises et le crédit consenti. Une sanction ayant cet effet participerait à l'efficacité de la règle de proportionnalité¹⁵⁷⁴. En effet, la finalité de protection du crédit du constituant serait plus aisément atteinte si la sanction du non-respect de la règle de proportionnalité permettait de rétablir le rapport de proportionnalité recherché. Ainsi, il nous semble préférable de rechercher une autre sanction de la disproportion des sûretés.

§ 2 : Le choix entre la réduction et la paralysie des droits du créancier

775. Sanctions de la paralysie des droits du créancier et de la réduction des sûretés. Le choix de l'annulation de l'ensemble des garanties a été rejeté en raison de son caractère excessif. Le choix de l'engagement de la responsabilité du créancier a également été rejeté en raison de son caractère inadapté à la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés. Deux autres sanctions

¹⁵⁷² Art. R. 532-9 c. proc. civ. d'exéc.

¹⁵⁷³ L'évolution des comportements suite à une modification législative est parfois imprévisible : cf. Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994.

¹⁵⁷⁴ L'efficacité est définie par M. Bourassin dans sa thèse : « l'efficacité du droit se caractérise par l'adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part » : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, p. 17, n° 35.

méritent d'être étudiées. Il s'agit de la réduction des sûretés disproportionnées ainsi que de la paralysie des droits du créancier munis de sûretés disproportionnées. Ces deux sanctions semblent cohérentes avec la finalité de protection du crédit des constituants de sûretés. L'application de ces deux sanctions n'est toutefois pas aisée. Elles seront présentées (I), puis comparées afin qu'un choix soit effectué entre elles (II).

I. La présentation de la réduction et la paralysie des droits du créancier

776.Choix entre la réduction et la paralysie des droits du créancier. La sanction de la réduction des sûretés prises apparaît comme une sanction évidente de la disproportion des sûretés par rapport au crédit consenti. Seront donc présentées de manière détaillée les traductions concrètes de cette sanction (A). Toutefois, en matière de règle de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants, une autre sanction avait retenu notre attention. Il semble intéressant d'envisager l'application de cette sanction à la règle de proportionnalité ayant pour objectif de lutter contre le gaspillage du crédit du constituant¹⁵⁷⁵. Cette sanction de la paralysie des droits du créancier sera donc également présentée (B).

A. La présentation de la réduction des sûretés disproportionnées

777.Choix instinctif de la réduction des sûretés. La réduction semble être une sanction naturelle. En effet, ce qui existe en quantité excessive doit être réduit pour exister en quantité mesurée et appropriée. Toutefois, la réduction des sûretés consenties au créancier qui semble en théorie extrêmement simple, recouvre une réalité complexe. Il conviendra dans un premier temps de déterminer l'objet de la réduction (1), avant de nous intéresser dans un second temps à l'application concrète de la réduction (2).

1. L'objet de la réduction

778.Réduction des créances inscrites. Il pourrait être possible d'envisager que la réduction des sûretés réelles porte non sur le bien objet de la sûreté, mais sur les créances garanties par ces sûretés. En effet, lorsqu'une sûreté est offerte en garantie d'une créance, la créance garantie doit être déterminée ou déterminable¹⁵⁷⁶. La réduction des sûretés pourrait être comprise comme la réduction des créances inscrites et donc couvertes par la sûreté envisagée. Une telle réduction offrirait au constituant la possibilité d'offrir une sûreté portant sur le même bien et garantissant

¹⁵⁷⁵ v. n° 177 et s.

¹⁵⁷⁶ En application du principe de spécialité. Sur ce principe : v. n° 480.

une autre créance. Ainsi, la diminution envisagée répondrait à la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés. En permettant au constituant d'offrir une nouvelle garantie sur l'un de ses biens, la réduction de la créance inscrite favoriserait l'octroi de crédit au constituant. Toutefois, la réduction de la créance inscrite ne semble pas toujours possible. Cette solution ne sert qu'à rétablir la proportionnalité entre la créance inscrite et la créance existante. Or, dans la majorité des cas, la créance inscrite correspond à la créance à garantir. Seules les hypothèses dans lesquelles le montant de la créance est indéterminé au jour de l'inscription de la sûreté ou les cas dans lesquels la créance inscrite a été partiellement remboursée aboutissent au constat d'inscriptions de créances trop importantes par rapport aux créances réellement existantes¹⁵⁷⁷. Ces hypothèses particulières ne correspondent que partiellement aux cas dans lesquels des sûretés disproportionnées sont offertes à un créancier. Ainsi, la réduction des sûretés ne pourrait de manière générale prendre la forme d'une réduction des créances inscrites.

779. Réduction de l'assiette des sûretés prises. L'assiette des sûretés correspond aux biens sur lesquels les droits du créancier peuvent être exercés¹⁵⁷⁸. La réduction de l'assiette des sûretés prises serait donc également adaptée à la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés. En effet, en libérant les biens du constituant des sûretés qui les grevent, on permettrait au constituant de consentir à nouveau des sûretés sur ces biens. Ainsi, l'accès du constituant au crédit serait favorisé. La réduction de l'assiette des sûretés existe en droit positif. Une telle réduction est notamment prévue à l'article 2444 du Code civil. Elle permet au débiteur dont plusieurs immeubles sont grevés d'hypothèques en garantie d'une même créance, d'obtenir la libération des immeubles inutilement grevés. Ainsi, l'objectif de cette règle est de libérer une partie des biens grevés afin que ces biens puissent être offerts en sûretés à d'autres créanciers.

780. Précision nécessaire de la réduction de l'assiette des sûretés. En définitive, la réduction devra majoritairement porter sur l'assiette des sûretés, mais elle pourra également porter sur la créance inscrite, si les circonstances le permettent. Il convient de se poser la question de l'application concrète de la réduction portant sur les biens grevés. Certaines sûretés ne peuvent

¹⁵⁷⁷ Hypothèse prévue à l'art. 2445 c. civ. et autorisant le juge à réduire les inscriptions hypothécaires à condition que le créancier ait procédé lui-même à l'inscription. Dans ce cas, la réduction permet de réduire la différence entre la créance réelle et la créance inscrite, cette différence provenant de l'incertitude relative à la créance garantie.

¹⁵⁷⁸ L'assiette peut être définie comme la « base matérielle sur laquelle porte un droit et qui concourt à délimiter concrètement celui-ci ». Plus précisément, l'assiette d'une sûreté est définie comme : « biens sur lesquels porte cette sûreté » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o assiette.

voir leur assiette être réduite, de sorte que la mise en œuvre de la réduction ne sera pas si évidente.

2. La diversité des formes de réduction

781. Impossible réduction de l'assiette de l'ensemble des sûretés. En théorie, la réduction de l'assiette des sûretés devrait pouvoir prendre la forme d'une réduction de l'assiette de chacune des sûretés dont bénéficie le créancier. Si elle prenait cette forme, la réduction de l'assiette des sûretés obtenues par un créancier présenterait l'avantage de ne pas impliquer la perte totale d'une ou de plusieurs sûretés par le créancier. Cette pratique de la réduction de l'assiette des sûretés sera possible dès lors que l'assiette des sûretés sera divisible¹⁵⁷⁹. Dans cette hypothèse, la sûreté existante pourra être conservée et son assiette réduite. Ce mode de réduction de l'assiette des sûretés ne doit donc pas être écarté, toutefois il ne convient pas à toutes les sûretés. En effet, la réduction de l'assiette de chaque sûreté n'est pas envisageable lorsque les sûretés prises sont indivisibles. L'indivisibilité caractérisant de nombreuses sûretés s'oppose à ce que leur assiette soit réduite. Ainsi par exemple, s'il est possible de réduire l'assiette d'hypothèques prises sur plusieurs immeubles en libérant une partie des immeubles grevés¹⁵⁸⁰, il est impossible de réduire l'assiette d'une hypothèque grevant un immeuble unique¹⁵⁸¹. La réduction de l'assiette des sûretés prises prendra donc inévitablement la forme de la perte de certaines sûretés consenties au créancier lorsque les sûretés consenties seront indivisibles. De la même façon, est indivisible la sûreté portant sur une universalité. Concrètement, en cas de nantissement d'un fonds de commerce, il sera impossible de décider que certains éléments sortiront de l'assiette du nantissement dès lors que ces éléments constituent le socle obligatoire du fonds de commerce¹⁵⁸².

782. Choix des juges relatif à la sûreté à supprimer¹⁵⁸³. Lorsque la réduction des sûretés prendra la forme d'une perte de certaines sûretés, les juges auront à déterminer les sûretés à maintenir et celles dont ils prononceront la mainlevée. Ce choix sera spécifique à chaque situation présentée aux juges du fond. En effet, le choix dépendra évidemment des sûretés en présence. Pour faire ce choix, les juges devront respecter les intérêts du créancier en maintenant des

¹⁵⁷⁹ Le nantissement de créance peut par exemple porter sur une fraction de la créance. À condition que la créance nantie ne soit pas indivisible. v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 703, n° 987.

¹⁵⁸⁰ Cette sanction de la disproportion des immeubles grevés étant prévue à l'article 2444 c. civ.

¹⁵⁸¹ Le caractère indivisible de cette sûreté implique qu'elle porte sur l'immeuble en son entier.

¹⁵⁸² Le fonds de commerce « comprend la clientèle qui en est l'élément central, les marchandises, le matériel, l'outillage, le droit au bail, les droits de propriété industrielle (marque, brevet, nom commercial) » : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 710, n° 997.

¹⁵⁸³ La réduction des sûretés ne sera effectuée par les juges qu'en l'absence d'accord des parties : v. n° 810 et s.

sûretés suffisantes pour assurer le paiement de la créance garantie. Ils devront également prendre en compte les intérêts du constituant, puisque la réduction est opérée dans le but de lui permettre d'obtenir de nouveaux crédits. Ainsi, il s'agira de libérer des biens qui pourront être offerts en garantie à de nouveaux créanciers. En somme, les juges devront trouver un équilibre entre les intérêts du constituant et ceux du créancier.

783. Imperfection de la réduction de l'assiette des sûretés. La perte de certaines sûretés permet de réduire l'assiette des sûretés consenties à un créancier lorsque ce dernier dispose de plusieurs sûretés. Cette application de la réduction de l'assiette des sûretés n'est évidemment pas envisageable lorsque le créancier dispose d'une sûreté unique présentant un caractère disproportionné. Ainsi, la réduction de l'assiette d'une sûreté indivisible portant sur un bien unique n'est pas envisageable. Aucune réduction de l'assiette n'est possible dans une telle hypothèse. Un blocage identique pourrait être constaté en présence de plusieurs sûretés. En effet, en présence de plusieurs sûretés dont les assiettes sont indivisibles, la perte de l'une des sûretés pour rétablir la proportionnalité ne sera pas systématiquement admise. La disparition d'une sûreté ne pourra être ordonnée que si les sûretés restantes sont suffisantes pour assurer le paiement de la créance garantie. En la matière, dès lors que seule la disproportion manifeste peut être sanctionnée, la suffisance des sûretés restantes doit être évidente¹⁵⁸⁴. Ainsi, dans certaines hypothèses, il sera impossible de réduire l'assiette des sûretés prises dans la mesure où la perte d'une sûreté ne permettrait pas de laisser le créancier bénéficier de sûretés évidemment suffisantes. L'identification de cette situation de blocage pourrait inviter à penser que dans de telles situations, la prise de sûretés disproportionnées est justifiée. L'idée serait que le créancier en se faisant consentir une seule des sûretés n'aurait pas obtenu de sûreté suffisante pour garantir sa créance, de sorte qu'il apparaîtrait justifié qu'il obtienne davantage de sûretés, quitte à ce que la prise de plusieurs sûretés fasse apparaître une disproportion entre l'ensemble des sûretés prises et la créance garantie. Cette affirmation pourrait néanmoins être aisément démentie. En effet, il est probable que dans de telles situations, le créancier puisse obtenir une ou plusieurs autres sûretés plus mesurées. Dans tous les cas où il aurait été possible pour le créancier de prendre des sûretés moins importantes sur le patrimoine du débiteur ou d'un tiers, la disproportion n'est pas justifiée. Il n'en demeure pas moins que le prononcé de la mainlevée d'une des sûretés consenties au créancier sera impossible. Ce blocage ne doit pas empêcher de retenir la sanction de la disproportion.

¹⁵⁸⁴ Nous ne souhaitons pas que la règle de proportionnalité des sûretés porte atteinte à leur efficacité.

784. **Recours à la substitution.** Il sera parfois impossible de réduire les sûretés offertes au créancier en réduisant leur assiette ou en prononçant la perte de certaines sûretés. Dans cette hypothèse, la réduction des sûretés devra prendre une forme différente. Pour permettre au créancier de conserver des sûretés suffisantes tout en réduisant les sûretés dont il bénéficie, il conviendra de substituer aux sûretés prises des sûretés de moindre valeur. Une telle substitution permettra de faire tomber les sûretés initiales ayant été qualifiées de disproportionnées, tout en offrant au créancier des sûretés utiles pour garantir sa créance. La substitution de garanties est déjà connue du droit puisqu'elle existe *de lege lata* en droit des procédures collectives. L'alinéa 3 de l'article L. 622-8 du Code de commerce prévoit en effet que « le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes »¹⁵⁸⁵. La substitution de sûretés doit également être admise en application de la règle de proportionnalité des sûretés dès lors qu'elle est la seule solution en présence de sûretés ne pouvant être réduites de manière classique. Dès lors qu'elle est acceptée, il semble logique que la substitution puisse être prononcée en toute hypothèse et non seulement lorsqu'une réduction de l'assiette des sûretés prises est impossible. Ce moyen original de réduire les sûretés offertes au créancier permet de compléter la sanction de la réduction afin qu'elle puisse s'adapter à toutes les situations. Ainsi, la sanction de la réduction peut recouvrir trois formes distinctes. Les juges pourront réduire l'assiette des sûretés divisibles, prononcer la mainlevée de certaines des sûretés ou encore substituer des sûretés plus modérées aux sûretés existantes. La réduction des sûretés prises est donc une sanction qui pourrait être retenue en matière de proportionnalité des sûretés. Il convient désormais de présenter une autre sanction qui pourrait être retenue en la matière. Ainsi il sera possible de comparer cette autre sanction à celle de la réduction. Cette comparaison permettra en définitive de choisir la sanction la plus appropriée à la règle de proportionnalité.

B. La présentation de la paralysie des droits du créancier

785. **Champ d'action de la paralysie.** Si elle était retenue, la paralysie des droits conférés aux créanciers par les sûretés leur appartenant toucherait l'ensemble de ces droits dans leur intégralité. Cette sanction empêcherait les créanciers de se prévaloir des droits de préférence et

¹⁵⁸⁵ Normalement en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'une hypothèque, d'un gage, d'un nantissement, la quote-part correspondant aux créances garanties est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Néanmoins, il est intéressant que le débiteur puisse percevoir le produit de la vente des biens grevés. Pour ce faire, le législateur autorise le débiteur à proposer une substitution de garantie à ses créanciers munis de sûretés. Il doit alors leur proposer une garantie présentant des avantages équivalents. Si les parties ne parviennent pas à s'accorder, la substitution peut être ordonnée par le juge-commissaire. Sur cette substitution de garanties : A. Jacquemont, N. Borga, T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficultés*, 11^e éd., LexisNexis 2019, p. 475, n° 789 ; Kormann, « La substitution de garantie et la loi du 25 janvier 1985 », *JCP éd. N*, 1988, I, 726.

droit de suite attachés aux sûretés réelles leur appartenant et d'agir contre les garants. Ainsi, alors que toute action contre les garants serait rendue impossible par la paralysie des sûretés consenties par des tiers, l'action du créancier contre son débiteur resterait possible sur le fondement de son droit de gage général¹⁵⁸⁶. Seuls les droits résultant pour le créancier des sûretés obtenues seraient paralysés.

786. Caractère temporaire de la paralysie des droits du créancier. Concernant la règle de proportionnalité ayant pour objectif de lutter contre l'insolvabilité des garants, la sanction envisagée de la paralysie des droits du créancier présentait un caractère temporaire. Si cette sanction avait été retenue, la paralysie aurait cessé avec la disparition de la disproportion. Il en résulte que l'augmentation des facultés de paiement de la caution ou la diminution de la créance garantie auraient pu faire tomber la paralysie des droits du créancier. La disproportion entre les facultés de paiement de la caution et le montant dû par elle aurait en effet disparue. De la même façon, la paralysie des droits du créancier résultant de la disproportion existante entre la créance garantie et l'importance des sûretés prises devrait prendre fin dès lors que la disproportion aura elle-même disparue. Se pose alors la question de savoir quel événement entraînera la disparition de la disproportion. En matière de sûretés réelles, la disproportion devrait cesser seulement si les sûretés perdent de leur valeur ou si la créance garantie augmente¹⁵⁸⁷. La diminution de la valeur de la sûreté pourrait être le résultat de la diminution de la valeur des biens grevés de sûretés¹⁵⁸⁸. Ainsi, la diminution de la valeur de l'une des sûretés consenties au créancier pourra mettre fin à la disproportion constatée entre la valeur des sûretés prises et le montant du crédit consenti. Cette hypothèse ne devrait néanmoins pas être fréquente. Ainsi, le caractère temporaire de la sanction de la disproportion serait illusoire, si la perte de la valeur du bien grevé était la seule hypothèse qui permette de mettre fin à la disproportion. En effet, si la paralysie dure jusqu'à ce que la disproportion disparaisse et que la disproportion ne disparaît que dans des cas exceptionnels, la paralysie aura en pratique vocation à bloquer définitivement les droits du créancier. Une telle solution n'est évidemment pas souhaitable. La paralysie des

¹⁵⁸⁶ Le droit de gage général offre au créancier le droit d'agir sur le patrimoine de son débiteur. Art. 2284 c. civ. « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

¹⁵⁸⁷ Cette hypothèse est néanmoins rendue complexe par le principe de spécialité de la créance garantie qui impose que la créance garantie soit déterminée lors de la constitution de la sûreté. En effet, de nouvelles créances ne pourront pas être garanties par la sûreté existante. Il n'est néanmoins pas exigé qu'un montant soit précisément fixé, de sorte que l'augmentation de la créance garantie demeure envisageable.

¹⁵⁸⁸ À condition que la sûreté soit constituée sur le bien en son entier ou que la perte de valeur du bien soit suffisamment importante pour que le bien ait finalement une valeur inférieure à la partie de sa valeur affectée à la garantie de la créance.

droits du créancier touche l'ensemble de ses droits résultant des sûretés lui ayant été conférées. Cette sanction serait donc évidemment trop sévère si elle ne présentait pas de caractère temporaire¹⁵⁸⁹. Il semble donc impératif d'offrir au créancier la possibilité de renoncer à certaines de ses sûretés dans le but de mettre fin à la paralysie de ses droits.

787.Option offerte au créancier. Il serait possible et opportun de prévoir que le créancier puisse mettre fin à la paralysie de ses droits en renonçant partiellement aux sûretés dont il bénéficie. Le créancier acceptant une réduction des sûretés lui appartenant n'aurait plus à subir la sanction de la prise de sûretés disproportionnées. En rétablissant la proportionnalité entre les sûretés dont il bénéficie et le crédit octroyé au débiteur, le créancier échapperait logiquement à la sanction. Finalement, le créancier bénéficiant de sûretés disproportionnées disposerait d'une option. Cette option rappelle évidemment l'option envisagée en matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants¹⁵⁹⁰. En effet, il a été envisagé de sanctionner la disproportion des sûretés personnelles par la paralysie des droits du créancier à l'encontre de la caution, tout en offrant au créancier la possibilité de renoncer partiellement à la créance détenue contre le garant¹⁵⁹¹. Ce choix aurait évidemment permis au créancier de faire tomber la paralysie bloquant l'exercice de ses droits. Ainsi, une option pourrait être offerte au créancier dont les droits seraient bloqués par la sanction de la paralysie. Le choix du créancier d'attendre que la disproportion disparaisse pose néanmoins des difficultés concrètes d'application en matière de sûreté réelle.

788.Question de l'application concrète de la paralysie des droits du créancier. La traduction concrète de la paralysie des droits du créancier est aisée lorsque le créancier dispose d'un droit personnel à l'encontre d'un garant. Dans ce cas, le créancier ne peut engager de poursuite à l'égard du garant. Le droit de poursuivre le garant résulte en effet de la sûreté pour autrui lui ayant été consentie. La paralysie de ce droit entraîne donc nécessairement l'impossibilité d'agir contre le garant. En revanche, doit être posée la question de savoir quelle traduction concrète doit recevoir la sanction de la paralysie des droits résultant de la constitution de sûretés réelles par le débiteur. La paralysie étant l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir de ses droits

¹⁵⁸⁹ Si elle présentait un caractère définitif, la sanction s'apparenterait à la déchéance des droits du créancier. Cette sanction a été largement critiquée en matière de proportionnalité visant à éviter l'insolvabilité des garants. v. n° 154 et s.

¹⁵⁹⁰ Il a été envisagé de permettre au créancier d'abandonner partiellement sa créance en poursuivant le garant pour une somme inférieure à l'intégralité de la somme que la caution s'est engagée à payer. v. n° 178.

¹⁵⁹¹ Une telle option n'aurait pas pu concerner les sûretés réelles pour autrui dès lors que le créancier n'aurait pas pu décider d'agir contre le constituant d'une telle sûreté en requérant la saisie d'un bien distinct du bien lui ayant été offert en sûreté, fût-il d'une valeur inférieure au bien grevé.

résultant des sûretés, elle devrait interdire au créancier d'invoquer son droit de préférence ou son droit de suite, si la sûreté dont il bénéficie lui confère de tels droits¹⁵⁹². S'il est simple en théorie d'affirmer que le droit de préférence et le droit de suite du créancier titulaire d'une sûreté réelle sont bloqués, l'application de cette sanction semble en réalité complexe.

789. Difficulté liée à l'application concrète de la paralysie des droits du créancier. Certaines difficultés liées à l'application de la sanction doivent être anticipées. Tel est le cas de la distribution du produit de la vente du bien grevé lorsqu'une procédure de saisie sera engagée sur un bien grevé d'une sûreté¹⁵⁹³. Concrètement, se pose la question : comment sera-t-il possible de procéder à la répartition du produit de la vente du bien saisi ? La répartition entre les différents créanciers agissant ou munis de sûretés sur ledit bien devra être opérée alors que les droits de l'un des créanciers bénéficiant d'une sûreté seront paralysés. La sanction d'un créancier ne peut entraîner le blocage des voies d'exécution sur ce bien, y compris au profit des autres créanciers du débiteur. À l'inverse, la paralysie des droits du créancier disposant de sûretés disproportionnées ne produirait aucun effet si le produit de la vente du bien saisi était distribué en tenant compte de la sûreté. Cette solution n'est donc pas envisageable. N'est pas davantage envisageable la distribution du produit de la vente du bien saisi comme si la sûreté n'existait pas. En effet, la paralysie des droits du créancier bénéficiant de sûretés disproportionnées ne doit pas être confondue avec leur nullité¹⁵⁹⁴. Si le produit de la vente du bien saisi était distribué entre les autres créanciers agissant ou bénéficiant de sûretés, la sanction ne présenterait aucun caractère temporaire puisqu'il serait impossible de revenir sur cette paralysie. Or le caractère temporaire de la paralysie des droits du créancier est essentiel pour que cette sanction présente un caractère mesuré¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹² Le droit de préférence peut être défini comme : « droit pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers (ou de certaines catégories de créanciers) dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant ceux auxquels ils sont préférés » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o préférence. Le droit de suite, quant à lui, peut être défini comme : « attribut du droit réel permettant au titulaire de celui-ci de saisir le bien grevé du droit en quelque main qu'il se trouve » : H. Capitant, *op. cit.*, v^o suite.

¹⁵⁹³ Le créancier ne devrait pas perdre le droit de saisir le bien objet de la sûreté dès lors que ce bien se trouve dans le patrimoine du débiteur. En effet, en vertu de son droit de gage général, le créancier dispose du droit de saisir n'importe lequel des biens de son débiteur, à l'exception des biens insaisissables. Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

¹⁵⁹⁴ La nullité étant la sanction du non-respect d'une condition de validité d'un contrat, elle ne peut être envisagée comme sanction de la règle de proportionnalité des sûretés.

¹⁵⁹⁵ Sans ce caractère temporaire, la sanction s'apparenterait à la déchéance des droits du créancier ou à la perte des sûretés. Sur les critiques formulées contre la sanction actuellement retenue de la disproportion du cautionnement par rapport aux facultés de paiement de la caution : v. n^o 154 et s. Sur les critiques formulées contre l'ancienne sanction de l'article L. 650-1 consistant dans la nullité de l'ensemble des garanties : v. n^o 767 et s.

790. Proposition relative à l'application concrète de la paralysie des droits du créancier. La seule solution pour que la paralysie soit efficace et reste temporaire consisterait à mettre sous séquestre les sommes devant être obtenues par le créancier bénéficiant de sûretés disproportionnées dans le cadre de la distribution du produit de la vente d'un bien saisi¹⁵⁹⁶. Le séquestre des sommes qui devraient revenir au créancier en considération de sa sûreté engendrerait un blocage pour lui. La situation des autres créanciers ne serait toutefois pas atteinte. Les créanciers venant en rang inférieur sur le bien pourraient être désintéressés dans la limite du produit de la vente. Le blocage temporaire de la situation semble donc envisageable. Le séquestre des sommes dues au créancier bénéficiant de sûretés disproportionnées pourrait également être envisageable en cas de transmission du bien. Lorsque la sûreté offerte au créancier est assortie d'un droit de suite, le constituant ne perd pas le droit d'aliéner le bien grevé¹⁵⁹⁷. Dans l'hypothèse où les droits d'un créancier disposant d'une hypothèque sur un immeuble seraient paralysés, la purge des dettes par l'acquéreur n'empêcherait pas que les sommes correspondant à la créance garantie soient mises sous séquestre¹⁵⁹⁸. Le processus de vente ne serait ni retardé ni complexifié par cet aménagement. Ainsi, la mise sous séquestre des sommes dues au créancier disposant de sûretés disproportionnées pourrait être une solution intéressante. Cette application de la paralysie des droits du créancier inciterait le créancier à renoncer à certaines des autres sûretés dont il dispose afin de pouvoir profiter des droits que lui confère l'une de ses sûretés dont les effets sont paralysés.

791. Application de la sanction de la paralysie aux propriété-sûretés. La sanction de la paralysie des droits du créancier disposant de sûretés disproportionnées semble pouvoir être appliquée à la règle de proportionnalité des sûretés. Il convient néanmoins de vérifier que cette sanction est adaptée à l'ensemble des sûretés réelles. Certaines sûretés sont fondées sur le droit de propriété¹⁵⁹⁹. Or il semble *a priori* difficile de paralyser les droits d'un créancier bénéficiant d'un droit de propriété sur le bien grevé. Toutefois, la sanction de la paralysie pourrait être retenue tant pour bloquer les droits du créancier bénéficiant d'une clause de réserve de propriété

¹⁵⁹⁶ Le séquestre peut être défini comme une : « espèce de dépôt qui consiste à confier à la garde d'un tiers soit une chose litigieuse (ou saisie) – jusqu'au règlement du litige –, soit une chose offerte en garantie par le débiteur, soit plus spécialement le prix de cession de certains biens (fonds de commerce, droit au bail) jusqu'à l'expiration d'un délai de réclamation ou d'opposition » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o séquestre. v. A. Touzain, *La consignation*, thèse Paris, 2018.

¹⁵⁹⁷ Sur le droit de suite : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 664 et s., n^o 931 et s. et p. 833 et s., n^o 1188 et s.

¹⁵⁹⁸ Sur la procédure de purge : *Ibid.*, p. 836, n^o 1193 et s.

¹⁵⁹⁹ Sur ces sûretés : P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 248, 1995 ; Y. Picod, *op. cit.*, p. 497 et s., n^o 393 et s. ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 521 et s., n^o 725 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 447 et s., n^o 750 et s.

que pour les créanciers disposant d'une fiducie-sûreté. Il est vrai que le vendeur d'un bien ayant pris soin de se réserver la propriété du bien vendu jusqu'à son complet paiement ne pourra pas voir paralysé son droit de propriété sur le bien. En revanche, le droit pour le vendeur sous réserve de propriété d'agir pour faire reconnaître son droit de propriété sur le bien pourrait être paralysé¹⁶⁰⁰. En effet, bien qu'il soit demeuré propriétaire du bien vendu, le créancier en a transféré la possession à l'acquéreur¹⁶⁰¹. Pour réaliser sa sûreté et récupérer la propriété pleine et entière du bien, le vendeur exercer une action en revendication. Si cette action est bloquée, la sûreté sera paralysée¹⁶⁰². Ainsi, le fait que la sûreté repose sur la propriété du bien n'empêche pas la paralysie des droits du créancier en matière de propriété retenue à titre de garantie. Il convient de vérifier qu'il en est de même pour la fiducie-sûreté, laquelle repose sur le transfert de la propriété à titre de garantie¹⁶⁰³. La paralysie des droits du créancier bénéficiant d'une fiducie-sûreté ne posera pas davantage de difficultés. En effet, bien que la sûreté repose sur le droit de propriété, le bien grevé n'intègre pas le patrimoine du créancier. L'ensemble des biens, droits et sûretés offerts en fiducie intègrent un patrimoine fiduciaire. Ainsi, en cas de non-paiement de sa créance, le créancier bénéficiaire de la fiducie est tenu d'agir pour que les biens composant le patrimoine fiduciaire intègrent son patrimoine. Cette action du créancier, indispensable à la réalisation de sa sûreté, pourrait être bloquée par la paralysie sanctionnant la prise de sûretés disproportionnées. En somme, la paralysie des sûretés reposant sur le droit de propriété est possible, elle est d'ailleurs particulièrement intéressante dès lors qu'elle n'impose pas le recours à un séquestre de sommes qui seraient dues au créancier. En effet, bien que les droits du créancier sur le bien grevé soient paralysés, le débiteur et ses créanciers ne peuvent exercer aucune action contre ces biens qui ne font pas partie du patrimoine du débiteur. En définitive, la sanction de la paralysie semble applicable quelles que soient les sûretés dont bénéficie le créancier.

¹⁶⁰⁰ Sur la nature de l'action exercée par le vendeur sous réserve de propriété : C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019, p. 136 et s., n° 101 et s. Par ailleurs sur l'action en revendication : Ph. Dutilleul-Francoeur, *La revendication*, thèse Paris, 2003 ; M. Laroche, *Revendication et propriété : étude des rapports entre droit des procédures collectives et droit des biens*, Défrénois, Doctorat & Notariat, t. 24, 2006.

¹⁶⁰¹ En ce sens : C. Séjean-Chazal, *op. cit.*, p. 143, n° 105 : « en pratique la réserve de propriété organise systématiquement la mise en possession du débiteur ».

¹⁶⁰² Sur l'action du vendeur sous clause de réserve de propriété : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 526 et s., n° 732 ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 482 et s., n° 802 et s. ; Y. Picod, *op. cit.*, p. 501, n° 397.

¹⁶⁰³ Sur la fiducie-sûreté : S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté : étude de l'efficacité du mécanisme*, LGDJ, 2016 ; M. Tarchichi Abou Chahine, *Les garanties fiduciaires*, thèse 2009, Clermont-Ferrand ; B. Ody, *La fiducie et l'entrepreneur*, thèse Rennes 2016 ; R. Family, *L'acte de fiducie : étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Paris, 2000 ; A. Arsac, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, thèse Paris, 2013 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 539 et s., n° 746 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 462 et s., n° 774 et s. ; Y. Picod, *op. cit.*, p. 508 et s., n° 401 et s.

792.**Choix entre la paralysie et la réduction.** Une fois encore, la sanction de la paralysie des droits du créancier semble cohérente pour sanctionner la disproportion des sûretés¹⁶⁰⁴. Pourtant, instinctivement, la sanction de la réduction des sûretés semble plus appropriée à la règle de proportionnalité. Les avantages et les inconvénients de ces sûretés seront présentés pour que ces deux sanctions puissent être départagées.

II. Le choix de la réduction

793.**Choix et précision de la sanction.** Ont été présentées les sanctions de la réduction des sûretés et de la paralysie des droits du créancier. Ces deux sanctions semblent cohérentes avec la finalité de la règle de proportionnalité des sûretés. Il convient donc de choisir entre ces deux sanctions. Pour ce faire, seront présentés les avantages et les inconvénients des deux sanctions (A). Les inconvénients mis en évidence permettront de choisir entre les deux sanctions étudiées. La sanction retenue sera celle de la réduction des sûretés disproportionnées. Toutefois, les inconvénients présentés par cette sûreté auront été mis en exergue. Pour y remédier, il sera possible d'envisager une amélioration de cette sanction à travers la mise en place d'une procédure particulière (B).

A. Les avantages et inconvénients des deux sanctions

794.**Identification des différents inconvénients des sanctions proposées.** Certains inconvénients présentés par les sanctions étudiées ne permettront pas de les départager dès lors qu'ils sont présentés par la paralysie des droits du créancier comme par la sanction de la réduction des sûretés. Constituent en effet des inconvénients communs aux deux sanctions étudiées leur absence d'effet dissuasif ainsi que la difficulté d'application des sanctions en cas de prise d'une sûreté unique et indivisible par le créancier (1). D'autres inconvénients sont en revanche propres à chaque sanction et permettront donc de les départager (2).

1. Les inconvénients communs

795.**Absence d'effet dissuasif de la paralysie.** Telle qu'elle a été envisagée, la paralysie des droits du créancier ne présente pas d'effet dissuasif. En effet, le créancier ne se trouvera pas dans une situation moins avantageuse s'il exige des sûretés disproportionnées par rapport au crédit consenti. Dans une telle hypothèse son droit d'agir contre le constituant sera certes temporairement paralysé mais le créancier aura la possibilité de proposer au constituant de

¹⁶⁰⁴ Nous avons retenu cette sanction en matière de proportionnalité visant à éviter l'insolvabilité des garants.

renoncer à certaines de ses sûretés afin de pouvoir réaliser normalement les sûretés restantes. Dès lors que le créancier pourra faire tomber la sanction de la paralysie le jour où il souhaitera agir contre le constituant, cette sanction ne peut présenter aucun effet dissuasif. L'absence d'effet dissuasif de la sanction de la paralysie découle de l'option offerte au créancier consistant soit à attendre que la disproportion disparaisse, soit à renoncer partiellement à ses sûretés¹⁶⁰⁵. Cet inconvénient ne permettra toutefois pas de trancher en faveur de la sanction de la réduction dans la mesure où cette seconde sanction présente le même défaut.

796. Absence d'effet dissuasif de la réduction. L'inconvénient de l'absence d'effet dissuasif ne concerne pas seulement la sanction de la paralysie des droits du créancier, mais également celle de la réduction des sûretés prises. L'absence d'effet dissuasif est caractéristique de la sanction de la réduction. Cet inconvénient présenté par la sanction de la réduction avait déjà été mis en évidence concernant la règle de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants¹⁶⁰⁶. Il apparaît en effet que la sanction de la réduction est parfaitement adaptée à la finalité de protection des garants ou des constituants, mais ne présente aucun effet de sanction du créancier. Le créancier a ainsi intérêt à se faire consentir des sûretés disproportionnées au jour de leur constitution dès lors que dans le meilleur des cas, il pourra jouir de ces sûretés ou être rassuré par elles et dans le pire des cas, il sera simplement privé de la partie excessive des sûretés prises¹⁶⁰⁷. Il convient néanmoins de noter que la sanction de la réduction des sûretés apparaîtrait légèrement plus contraignante que celle de la paralysie. Si la sanction de la réduction était retenue, le juge pourrait être à l'origine de la réduction, alors que le choix de la paralysie laisserait le créancier décider de la mise en œuvre concrète de la réduction. Il lui appartiendrait de renoncer à certaines de ses sûretés. Malgré cette différence relative à l'initiative de la réduction, il serait faux de prétendre que la sanction de la réduction présente

¹⁶⁰⁵ Cette option est néanmoins indispensable pour que la paralysie soit effectivement une sanction temporaire. À défaut, la sanction ne constituerait pas une paralysie mais une déchéance des droits du créancier.

¹⁶⁰⁶ v. n° 189. Sur ce point, un auteur envisageait que le législateur sanctionne la disproportion par l'engagement de la responsabilité du créancier, lequel conduisait *in fine* à laisser subsister un cautionnement d'un montant correspondant aux facultés de paiement de la caution. Cet auteur s'interroge : « quel intérêt le créancier aurait-il eu à respecter l'exigence de proportionnalité lors de la conclusion du cautionnement alors qu'il ne risquait rien à parier que la caution s'enrichirait et pourrait faire face à ses engagements si le cautionnement devait être mis en œuvre ? » : Ph. Théry, « Les sanctions en droit des sûretés », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain*, v. 1, la sanction, entre technique et politique, Dalloz, 2012, p. 285, ° 32. Le même auteur parle d'un « pari pascalien que le créancier ne peut perdre » : *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶⁰⁷ En matière de cautionnement disproportionné, la sanction de la réduction a été critiquée en ce qu'elle encourage le créancier à prendre des sûretés disproportionnées. Un auteur parle de « pari pascalien ». Il explique : « le créancier pouvait gagner – si la caution s'enrichit à mesure de son obligation, elle pourra être poursuivie-, mais non perdre, car, à défaut d'enrichissement de la caution, le créancier aura, de toute manière, tout ce qu'il peut avoir, c'est-à-dire l'actif de la caution au jour des poursuites » : Ph. Théry, « Droit des sûretés et voies d'exécution », *Défrenois*, nov. 2009, n° 19, p. 2080.

un effet dissuasif. Toutefois, si la sanction de la réduction ne présente en elle-même aucun effet dissuasif, la procédure assortissant cette sanction pourrait être redoutée par le créancier et ainsi l'inciter à se montrer mesuré lors de sa prise de sûretés.

797. **Effet dissuasif de la procédure contraignante.** Si la procédure aboutissant à la réduction des sûretés était contraignante pour les créanciers, ceux-ci pourraient souhaiter l'éviter en veillant à ce que les sûretés dont ils bénéficient soient et demeurent proportionnées au crédit consenti. Cette réflexion a permis de retenir la sanction de la réduction en matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants¹⁶⁰⁸. En la matière, il a été décidé d'instaurer une procédure selon laquelle la réduction des sûretés devait être organisée par les parties. En application de cette procédure, le juge ne sera autorisé à prononcer la réduction des sûretés qu'en cas d'échec des négociations. La phase de négociation imposée affectera les droits du créancier en ce qu'il devra attendre qu'un accord soit trouvé avant de pouvoir obtenir un paiement de la part du garant. Une telle procédure pourrait également être intéressante en matière de proportionnalité des sûretés visant à protéger le crédit du constituant. Ainsi, l'effet dissuasif de la règle de proportionnalité ne sera pas nécessairement inexistant. Cet effet ne résultera pas de la sanction en elle-même, mais de la procédure conduisant à son prononcé. En toute hypothèse, l'effet dissuasif de la sanction ne doit pas être le premier critère de choix de la sanction.

798. **Critère non déterminant de l'effet dissuasif.** Ainsi, aucune des deux sanctions envisagées ne présente d'effet incitatif. Ni la réduction des sûretés disproportionnées, ni la paralysie des droits du créancier ne sont suffisamment sévères pour inciter le créancier à prendre dès l'octroi du crédit des sûretés proportionnées au crédit consenti. Cette absence d'effet incitatif est un inconvénient. Néanmoins il résulte du caractère mesuré des sanctions envisagées¹⁶⁰⁹. Il sera dès lors difficile de critiquer cette absence d'effet incitatif. En toute hypothèse, l'effet incitatif de la sanction n'aurait pas pu être un critère déterminant du choix de la sanction dès lors que la disproportion est sanctionnée y compris lorsqu'elle est apparue au cours du crédit. En effet, la disproportion des sûretés prises par rapport au crédit consenti doit être sanctionnée en toute hypothèse pour que la protection du crédit du constituant soit complète. Ainsi, la disproportion doit être sanctionnée non seulement lorsqu'elle a existé dès l'octroi du crédit ou de la constitution d'une sûreté, mais également lorsqu'elle est apparue en cours de crédit de manière

¹⁶⁰⁸ v. n° 194.

¹⁶⁰⁹ Sur le lien entre caractère mesuré et absence d'effet incitatif : v. n° 187.

prévisible ou du fait du hasard¹⁶¹⁰. Dès lors que la disproportion est sanctionnée y compris lorsqu'elle résulte du hasard, il apparaîtrait incohérent de rechercher à tout prix une sanction présentant un effet dissuasif. En effet, l'augmentation de la valeur du bien remis en sûreté peut faire apparaître une disproportion sur laquelle le créancier n'a aucune emprise. Une sanction dissuasive ne serait d'aucune utilité dans une telle hypothèse. Bien que cette hypothèse ne soit pas la plus fréquente, elle justifie que la recherche d'un effet dissuasif ne soit pas le premier critère de sélection de la sanction.

799. Besoin d'adaptation en présence d'une sûreté indivisible portant sur un bien unique. Un autre inconvénient peut être identifié sans toutefois permettre de départager les deux sanctions comparées. Cet inconvénient réside dans la difficulté de mise en œuvre de la sanction en présence d'une sûreté unique prise sur un bien indivisible¹⁶¹¹. Dans une telle hypothèse, la réduction pure et simple de la sûreté apparaît impossible. La sanction de la réduction des sûretés doit alors être adaptée. La réduction de la valeur de la sûreté ne pourra pas prendre la forme d'une simple perte partielle des sûretés prises. En effet, en présence d'une sûreté unique et indivisible, la perte partielle n'est pas envisageable. La perte de la sûreté ne pourra être que totale. Ainsi, la sanction de la réduction de la sûreté doit être complexifiée pour pouvoir être appliquée à cette hypothèse. La sanction de la réduction prendra donc une forme particulière consistant en une perte totale de la sûreté initialement prise associée à la constitution d'une sûreté nouvelle de valeur moins importante. Ainsi, la réduction de la sûreté pourra prendre non seulement la forme d'une perte partielle des sûretés, mais également la forme d'une substitution de sûretés moins importantes aux sûretés initialement prises¹⁶¹². La difficulté rencontrée en présence d'une sûreté réelle unique et indivisible présentant un caractère disproportionné n'est donc pas incontournable. Elle ne permettra pas de départager les deux sanctions envisagées dès lors qu'elle se retrouve à l'identique lorsqu'est envisagée la sanction de la paralysie des droits du créancier.

800. Tentative d'adaptation de la paralysie en cas de prise de sûreté unique et indivisible. La paralysie des droits du créancier peut-elle être envisagée en cas de prise d'une sûreté réelle

¹⁶¹⁰ La date d'appréciation de la proportionnalité permet de prendre en considération toutes ces hypothèses : v. n° 749 à 763.

¹⁶¹¹ Sur les biens indivisibles : J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999 ; C. Tirvaudey-Bourdín, *L'indivisibilité en droit privé*, thèse Dijon, 2003.

¹⁶¹² Une telle substitution de sûretés existe également en droit des procédures collectives. Elle est prévue à l'alinéa 3 de l'article L. 622-8 du Code de commerce qui dispose que : « Le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. Le recours contre cette ordonnance est porté devant la cour d'appel ».

unique et indivisible ? Il semble que, tout comme la sanction de la réduction, la paralysie devrait être adaptée en cas de prise d'une sûreté unique et indivisible. En effet, la paralysie est une sanction mesurée en ce qu'elle présente un caractère temporaire. La même sanction serait excessive si elle était définitive. Or, le créancier bénéficiant d'une sûreté unique et indivisible sera dans l'impossibilité de proposer au constituant une réduction de la sûreté prise. Il en résulte qu'en l'absence de disparition hasardeuse de la disproportion, la paralysie demeurera indéfiniment. Une telle sanction semble trop sévère et en conséquence inadaptée à la finalité de protection du crédit des constituants¹⁶¹³. Ainsi, pour que la paralysie puisse être retenue comme sanction de la règle de proportionnalité des sûretés, il conviendrait de retenir que le créancier pourra être admis à proposer au constituant de convenir avec lui de la substitution d'une sûreté d'une valeur moins importante à celle dont il bénéficie. Cette solution est néanmoins imparfaite. Une telle négociation entre le créancier et le constituant a peu de chance d'aboutir dans la mesure où le constituant n'aura rien à y gagner. Il en résulte que si la réduction comme la paralysie doivent être adaptées en considération de l'hypothèse dans laquelle une sûreté réelle unique et indivisible ferait apparaître une disproportion, la sanction de la réduction peut être adaptée de manière réaliste alors que l'adaptation proposée de la paralysie ne semble pas pertinente.

801. Existence d'inconvénients communs. Il est logique que les sanctions envisagées présentent des inconvénients communs dès lors que la sanction de la paralysie offre au créancier une option entre le maintien du blocage de ses droits jusqu'à disparition de la disproportion ou la possibilité de renoncer partiellement aux sûretés dont il bénéficie. S'il opte pour ce second choix, le créancier voit finalement ses sûretés réduites. Les effets de la paralysie des droits du créancier et de la réduction des sûretés sont donc partiellement identiques. Néanmoins, l'étude des inconvénients communs aux deux sanctions envisagées fait apparaître que la sanction de la réduction peut être plus aisément adaptée pour que les inconvénients relevés ne soient pas dirimants. Il convient néanmoins d'étudier les inconvénients propres à chacune de ces sûretés afin de vérifier que la sanction de la réduction doit être préférée.

2. Les inconvénients propres à chaque sanction

802. Manque de pertinence de la paralysie des droits du créancier. Un inconvénient considérable propre à la sanction de la paralysie réside dans son manque de pertinence. Bien que l'étude de

¹⁶¹³ Si elle était définitive, la sanction constituerait une déchéance des droits du créancier. Cette sanction apparaît trop sévère et par suite inadaptée à la finalité de protection des actifs des constituants de sûretés.

la paralysie des droits du créancier fasse apparaître que cette sanction peut être appliquée à la règle de proportionnalité des sûretés, la question de la pertinence de cette sanction doit être posée. Si le créancier est en mesure d'obtenir un paiement par le biais de la réalisation de l'une de ses sûretés, n'est-il pas préférable de le laisser profiter de ses droits ? Dans une telle hypothèse, le paiement du créancier ferait disparaître les autres sûretés dont il bénéficie. En effet, les sûretés présentent nécessairement un caractère accessoire dès lors qu'elles sont attachées au paiement d'une créance¹⁶¹⁴. La paralysie des droits du créancier n'est pas intéressante lorsque la réalisation de la sûreté permet au créancier d'être intégralement désintéressé. En revanche, si en bénéficiant de ses droits résultant de l'une des sûretés dont il dispose, le créancier ne peut obtenir qu'un paiement partiel, le blocage se révélera efficace. Le blocage de ses droits au stade de la distribution des sommes pourrait l'inciter à renoncer à une partie des sûretés dont il dispose. Il pourrait conserver des sûretés proportionnées à sa créance pour pouvoir profiter de leurs effets. En particulier, le créancier devrait conserver la sûreté portant sur le bien d'ores et déjà saisi et dont la part devant lui revenir dans la distribution a été séquestrée. Il pourrait renoncer à l'ensemble des autres sûretés lui ayant été offertes en considération de la modicité de la somme qu'il lui resterait à recouvrer à la suite de la réception des sommes séquestrées ou renoncer à une partie des autres sûretés dont il bénéficie si la somme restant à recouvrer demeure conséquente. Ainsi, il apparaît que la paralysie des droits du créancier n'est pas utile lorsque la réalisation imminente d'une sûreté aura permis d'éteindre la créance en désintéressant entièrement le créancier. Ce défaut présenté par la sanction de la paralysie des droits du créancier invite à préférer la sanction de la réduction des sûretés disproportionnées¹⁶¹⁵.

803. Efficacité de la protection du crédit du constituant. Le manque de pertinence de la sanction de la paralysie sera apparent à chaque fois que l'interdiction pour le créancier de se prévaloir de ses droits l'empêchera de réaliser une sûreté qui aurait permis son désintéressement total. Si cet inconvénient est considérable, il ne sera pas caractérisé dans toutes les hypothèses dans

¹⁶¹⁴ Le caractère accessoire inhérent à toute sûreté ressort de la définition même de la sûreté : « une sûreté est un mécanisme de droit civil ou de droit commercial, qui s'adjoint à un rapport d'obligation, ayant le plus souvent pour objet le paiement d'une somme d'argent et dont l'échéance est à terme ». v. M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 6, n° 8.

¹⁶¹⁵ Néanmoins, la paralysie des droits du créancier n'apparaît pas particulièrement gênante même lorsque la réalisation imminente d'une sûreté aurait permis d'éteindre la créance en désintéressant entièrement le créancier. En effet, dans une telle hypothèse, il est probable que les parties s'entendent pour que le constituant ne demande pas la paralysie des droits du créancier. Le constituant désirant voire éteintes les sûretés grevant son patrimoine aura intérêt à ce que le créancier bénéficiant de sûretés disproportionnées soit rapidement désintéressé. En outre, si les parties ne parvenaient pas à s'entendre, il suffirait au créancier de renoncer à l'ensemble des autres sûretés dont il bénéficie pour pouvoir être payé sur les sommes résultant de la réalisation de l'une de ses sûretés.

lesquelles la paralysie des droits du créancier sera prononcée. En revanche, un autre inconvénient propre à la paralysie apparaîtra inévitablement si cette sanction est retenue. Cet inconvénient porte sur l'efficacité de la sanction de la paralysie¹⁶¹⁶. Se pose précisément la question de savoir si la paralysie des droits du créancier permettra réellement de protéger le crédit du constituant. Cette interrogation découle du fait que la sanction de la paralysie produit effet seulement à la date à laquelle le créancier souhaite réaliser ses sûretés. En effet, même si le constituant agit contre le créancier dans le but de faire paralyser ses droits, cette sanction ne sera ressentie par le créancier que lorsqu'il souhaitera réaliser ses sûretés. Ainsi, le créancier n'aura aucun intérêt à proposer au constituant de renoncer partiellement aux sûretés dont il bénéficie avant que la créance dont il dispose soit arrivée à échéance. Avant l'échéance de sa créance, il lui sera interdit de réaliser les sûretés dont il bénéficie¹⁶¹⁷. Durant la période allant de la reconnaissance de la disproportion à l'échéance de la créance, le créancier ne subira donc aucunement les effets de la sanction. Il apparaît dès lors peu probable que, durant cette période, il propose au constituant de renoncer partiellement à ses sûretés dans le but de mettre fin à la paralysie de ses droits. Il serait plus avantageux pour le créancier d'attendre que sa créance arrive à échéance afin de choisir à cette date, quelles sûretés il souhaite réaliser et à quelles sûretés il préfère renoncer. Il résulte de ce comportement prévisible du créancier que la sanction de la paralysie apparaîtra finalement inefficace. Tant que le créancier ne renoncera pas partiellement à ses sûretés, les biens ou les proches du débiteur acceptant de garantir ses dettes seront inutilement mobilisés. Le gaspillage de son crédit ne sera pas vaincu par la règle de proportionnalité des sûretés. Cette règle ratera donc son objectif. À l'inverse, si la sanction de la réduction des sûretés disproportionnées est retenue, la demande de réduction des sûretés formulée par le constituant aboutira à une réduction dès que les parties se seront entendues sur ses modalités ou que le juge aura prononcé la réduction. Ainsi, la réduction aura de bonnes chances d'intervenir avant la date d'exigibilité de la créance garantie¹⁶¹⁸. L'inefficacité de la sanction de la paralysie est un défaut rédhibitoire. En effet, la sanction doit être adaptée à la finalité de la règle. En matière de proportionnalité des sûretés, la sanction doit permettre

¹⁶¹⁶ L'efficacité est définie par M. Bourassin dans sa thèse : « l'efficacité du droit se caractérise par l'adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part » : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, p. 17, n° 35.

¹⁶¹⁷ Comme toute mesure d'exécution, la réalisation d'une sûreté ne peut servir qu'au recouvrement d'une dette échue. En effet, en vertu de l'article L. 311-2 c. proc. civ. d'exéc. la dette à recouvrer doit être exigible. Cet article dispose que « tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut procéder à une saisie immobilière dans les conditions fixées par le présent livre et par les dispositions qui ne lui sont pas contraires du livre Ier ».

¹⁶¹⁸ Il n'est toutefois pas impossible que l'exigibilité de la créance garantie arrive avant que la procédure de réduction des sûretés disproportionnées ait pris fin.

d'assurer la protection du crédit du constituant. Il convient néanmoins de présenter l'inconvénient propre à la sanction de la réduction afin de vérifier qu'il n'interdit pas de recourir à cette sanction.

804. Confiance accordée aux juges. La mise en œuvre de la règle de proportionnalité des sûretés fera nécessairement intervenir un juge chargé de dire si la disproportion est ou non caractérisée. Cette première tâche est complexe en ce que le juge sera tenu de prendre en compte différents critères tels que l'efficacité des sûretés consenties, le risque du crédit garanti mais également en cas d'octroi de sûretés réelles, la valeur des biens grevés et le risque de dévaluation de ces biens¹⁶¹⁹. La difficulté dans l'appréciation de la proportionnalité des sûretés prises résulte de la multiplicité des critères devant être pris en considération. Le rôle du juge serait limité à cette fonction si la sanction de la paralysie était retenue. En effet, il appartiendra ensuite au créancier de choisir entre la paralysie de ses droits ou la perte partielle des sûretés dont il bénéficie. Dans l'hypothèse où le créancier opterait pour la perte partielle de ses sûretés, il lui reviendra de choisir quelles sûretés demeureront. À l'inverse, si la sanction de la réduction est retenue, les juges seront chargés de réduire les sûretés bénéficiant au créancier. Les juges pourront alors circonscrire l'assiette des sûretés, prononcer la perte de certaines sûretés ou encore la substitution de sûretés de valeur moins importantes. Il est vrai que la tâche consistant à substituer certaines sûretés à d'autres est complexe. Cet inconvénient propre à la sanction de la réduction n'est toutefois pas dirimant dès lors que cette tâche n'est pas hors de leurs compétences¹⁶²⁰. En outre, le rôle des juges pourra être réduit par l'adoption d'une procédure spéciale mettant en avant les négociations entre les parties¹⁶²¹.

805. Avantage du recours aux négociations des parties. La sanction de la réduction présente un dernier avantage par rapport à celle de la paralysie. Cet avantage implique de concevoir une procédure menant à la réduction des sûretés et offrant une place prioritaire à la négociation des parties. Si une telle procédure est mise en place, la sanction de la réduction offrira la possibilité aux parties de s'entendre pour convenir des modalités de la réduction des sûretés. À l'inverse, la sanction de la paralysie offre au créancier seul la possibilité de renoncer partiellement aux

¹⁶¹⁹ v. n° 710 et 711.

¹⁶²⁰ Les juges sont investis des mêmes missions lorsqu'ils octroient des sûretés judiciaires en vertu de l'article L. 531-1 du Code des procédures civiles d'exécution ou réduisent des sûretés en application des articles 2444 et 2445 du Code civil ou de l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution. Les juges sont également déjà investis d'une mission de substitution de sûretés en matière de procédures collectives en vertu de l'article L. 622-8 du Code de commerce.

¹⁶²¹ Cette procédure sera présentée v. n° 808 et s.

sûretés dont il bénéficie afin d'échapper à la paralysie de ses droits. Ainsi, la différence tient à ce que la sanction de la réduction donnerait la parole aux deux parties, alors que la sanction de la paralysie offrirait au créancier le pouvoir de décider seul¹⁶²². De ce point de vue, la sanction de la réduction est préférable. Rien ne justifie que le choix du créancier soit imposé au constituant par le créancier. Le constituant des sûretés aura également des intérêts à défendre l'abandon d'une sûreté plutôt que d'une autre. En outre, la finalité de protection du crédit du constituant serait plus efficacement atteinte si le constituant était en mesure de défendre son point de vue. En effet, il pourrait tenter de faire libérer l'un de ses biens dont il sait qu'il intéresse un potentiel nouveau créancier. Ce dernier avantage pour la sanction de la réduction conforte le choix de cette sanction plutôt que celle de la paralysie.

806.Sanction identique en matière de lutte contre l'insolvabilité des garants. Les deux règles de proportionnalité des sûretés proposées sont assorties de la même sanction. Pourtant, le dernier inconvénient résultant de la sanction de la paralysie n'apparaissait pas en matière de proportionnalité du cautionnement. En effet, si la sanction de la paralysie des droits du créancier avait été retenue en matière de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité des cautions, le créancier aurait eu la possibilité d'éviter cette paralysie en réclamant une somme inférieure au montant dû par la caution¹⁶²³. Cette option laissée au créancier ne lui confère pas d'avantage particulier. Le choix de la sanction de la réduction du cautionnement conduit au même résultat¹⁶²⁴. À l'inverse, en matière de proportionnalité visant à lutter contre le gaspillage du crédit, le choix de la paralysie des droits du créancier conduirait à lui laisser le choix de la forme prise par la réduction des sûretés. Il pourrait renoncer aux sûretés de son choix sans tenir compte des intérêts du constituant. Cette différence dans les conséquences du choix de la paralysie des droits du créancier résulte du fait que la réduction d'un cautionnement prend une forme unique alors que la réduction d'autres sûretés peut prendre diverses formes. Il est d'ailleurs intéressant de constater que le choix de la paralysie des droits du créancier aurait eu la même conséquence en présence d'une lettre d'intention qu'en matière de proportionnalité de l'ensemble des sûretés

¹⁶²² Il est intéressant de noter que lorsque la substitution de sûretés est prévue en matière de procédures collectives, les parties sont également d'abord invitées à y procéder elles-mêmes avant que le juge commissaire ne soit autorisé à interférer dans la convention des parties. En effet, l'alinéa 3 de l'article L. 622-8 du Code de commerce prévoit que : « Le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. Le recours contre cette ordonnance est porté devant la cour d'appel ».

¹⁶²³ v. n° 178 et s.

¹⁶²⁴ Bien que les parties soient invitées à s'entendre quant à l'importance de la réduction, la réduction prend invariablement la forme d'une diminution du montant dû par la caution. Sur la procédure amenant les parties à négocier : v. n° 193 et s.

offertes au créancier. En effet, la paralysie des droits du créancier bénéficiant d'une lettre d'intention lui aurait offert le droit de réduire lui-même l'obligation souscrite par l'émetteur afin de faire disparaître la disproportion. Cette prise de décision unilatérale est gênante dès lors que la réduction de l'obligation souscrite par l'émetteur d'une lettre d'intention peut prendre diverses formes. Le créancier aurait donc été en position de choisir seul la forme recouverte par la réduction de l'obligation de son cocontractant. Un tel pouvoir n'aurait pas pu être justifié. Cet inconvénient spécifique à l'application de la sanction en matière de lettres d'intention n'a toutefois pas été déterminant dans le choix de la sanction¹⁶²⁵. Le choix d'une sanction identique pour les deux règles de proportionnalité en matière de sûretés ne résulte pas de la découverte de cet inconvénient commun. Il s'explique par le fait que la réduction apparaît comme la sanction naturelle de la disproportion¹⁶²⁶. Ce qui existe en quantité excessive peut être réduit pour exister en quantité raisonnable¹⁶²⁷. Cette sanction doit toutefois être assortie d'une procédure permettant de donner l'avantage aux négociations des parties.

B. L'amélioration de la sanction retenue par une procédure spéciale

807. Exposé de la procédure et de ses bienfaits. La sanction de la réduction a été préférée à celle de la paralysie des droits du créancier. Cette sanction présente toutefois des inconvénients qui ont été mis en évidence. Il est possible de remédier à ces inconvénients en assortissant la sanction de la réduction d'une procédure particulière faisant intervenir par préférence les négociations des parties. La procédure envisagée sera présentée (1) et les avantages qui en découlent seront exposés (2).

1. L'exposé de la procédure

808. Vérification de la disproportion par le juge. Pour pallier les inconvénients de la sanction de la réduction des sûretés, une procédure favorisant la négociation des parties peut être instaurée. Une telle procédure ne supprimerait évidemment pas l'intervention du juge. En effet, il semble impératif que la disproportion ait préalablement été constatée judiciairement. Ce n'est que s'ils sont conscients de l'existence d'une disproportion incontestable des sûretés que les parties

¹⁶²⁵ La sanction a en effet été choisie en matière de cautionnement puis étendue aux autres sûretés pour autrui.

¹⁶²⁶ Un auteur a qualifié la réduction de « seule sanction logique » de la disproportion du cautionnement : D. Bakouche, « La proportionnalité dans le cautionnement après la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique », *Lexbase Hebdo* 2004, éd. Aff. n° 118.

¹⁶²⁷ La disproportion est envisagée de manière objective de sorte qu'elle peut être rapprochée de la notion d'excès : C. Séjean-Chazal, *op. cit.* p. 219 et 220, n° 169 : « Dans un premier sens, le défaut de proportionnalité est synonyme d'excès et se concrétise par une inadéquation mathématique ; la disproportion est alors sanctionnée objectivement, pour elle-même ».

pourront entrer en négociation et s'entendre pour tenter de définir les modalités de la réduction à venir. Ainsi, la procédure menant à la réduction des sûretés disproportionnées devra débiter par la saisine du juge par le constituant afin qu'il évalue la proportionnalité des sûretés. En l'absence de disproportion, la procédure prendra immédiatement fin. La procédure sera en revanche poursuivie si le juge confirme l'existence d'une disproportion.

809. Objet de la négociation des parties. Si le juge saisi constate une disproportion entre les sûretés prises et le crédit garanti, il invitera les parties à entrer en négociation. Le juge fixera un délai au-delà duquel il lui reviendra de prononcer lui-même la réduction des sûretés si les parties ne sont pas parvenues à un accord. Les négociations des parties porteront sur la forme prise par la réduction des sûretés. Contrairement à la réduction d'une sûreté personnelle, la réduction des sûretés offertes à un créancier pourra recouvrir différentes formes¹⁶²⁸. Si plusieurs sûretés profitent au créancier, la réduction pourra prendre la forme de l'abandon de certaines sûretés. Si les sûretés offertes au créancier ne sont pas indivisibles, la réduction des sûretés pourra être réalisée par la réduction de leur assiette. Si la disproportion résulte d'une hypothèse particulière dans laquelle la créance a été surévaluée, la sanction pourra prendre la forme d'une réduction de la créance inscrite¹⁶²⁹. En toute hypothèse, la réduction pourra également prendre la forme d'une substitution de sûretés moins importantes aux sûretés existantes. Si cette forme de réduction est la seule qui soit admissible lorsque le créancier bénéficie d'une sûreté unique et indivisible, elle doit également être admise dans d'autres hypothèses. Les parties pourraient en outre choisir de conclure une clause prévoyant l'obligation d'ajuster la sûreté à la créance garantie afin que la disproportion constatée ne puisse réapparaître¹⁶³⁰. La diversité des formes pouvant être prises par la réduction des sûretés justifie que la priorité soit donnée aux négociations des parties. En effet, si les parties parviennent à trouver un accord, la forme retenue par elles ne pourra être critiquée¹⁶³¹. La procédure décrite fait apparaître divers avantages qui méritent d'être soulignés.

¹⁶²⁸ v. n° 781 et s.

¹⁶²⁹ Hypothèse de l'art. 2445 c. civ.

¹⁶³⁰ De telles clauses existent d'ores et déjà en présence de nantissement de compte-titre : la clause d'arrosage par laquelle le constituant s'engage à nantir de nouveaux titres en cas de baisse de la valeur des titres nantis, la clause d'accroissement par laquelle le constituant s'engage à nantir de nouveaux titres en cas d'augmentation du montant de la dette garantie et en sens inverse, la clause d'écêtement qui libère une partie des titres nantis lorsque la créance garantie diminue. Sur ces clauses : P. Minor et C. Coatalem, « De la souplesse du gage de compte d'instruments financiers », *RD banc. et fin.* n° 6, nov. 2004, prat. 100080

¹⁶³¹ Aucune atteinte ne serait alors portée à la force obligatoire des contrats : les parties étant libres de modifier leurs conventions à condition d'y consentir ensemble. Art 1193 c. civ. : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

810. Priorité à la négociation des parties. Selon la procédure proposée, le juge ne sera habilité à réduire les sûretés qu'en cas d'échec des négociations des parties. Le rôle du juge présentera ainsi un caractère subsidiaire. La priorité est donnée à la modification de la convention par les parties elles-mêmes¹⁶³². Le juge intervient de manière secondaire. Cette priorité donnée à la négociation des parties est intéressante puisqu'elle permet de limiter l'atteinte à la force obligatoire des conventions¹⁶³³. En effet, dans toutes les hypothèses dans lesquelles les parties parviendront à convenir ensemble des modalités de la réduction des sûretés offertes au créancier, aucune atteinte ne sera portée à ce principe.

811. Effet incitatif. La perspective d'une procédure faisant intervenir une phase de négociation entre les parties sera dissuasive pour le créancier. Cette procédure sera nécessairement plus longue qu'elle ne l'aurait été si le juge avait été habilité à procéder lui-même à la réduction des sûretés immédiatement après avoir constaté l'existence d'une disproportion. De ce point de vue, les négociations gêneront la réalisation des sûretés. Ainsi, grâce à la procédure retenue, la sanction de la réduction des sûretés disproportionnées pourrait présenter un effet incitatif pour le créancier. Ce dernier pourrait être tenté de s'assurer de la proportion des sûretés prises ou d'insérer dans la convention de sûreté une clause imposant l'ajustement des sûretés à la créance garantie, dans le but d'éviter d'avoir à subir la procédure menant à la réduction de ses sûretés¹⁶³⁴.

812. Procédures similaires des deux règles de proportionnalité des sûretés. Le dernier avantage résultant du choix d'une procédure laissant la place à la négociation des parties consiste dans la similitude des procédures proposées en application des règles de proportionnalité des sûretés. En effet, la procédure retenue est identique à celle retenue en matière de proportionnalité visant à protéger les garants contre l'insolvabilité. Dans ces deux procédures le pouvoir de réduction des sûretés par le juge est conditionné à l'échec des négociations des parties. Le juge saisi vérifie l'existence d'une disproportion, il invite les parties à entrer en négociation et seulement en cas

¹⁶³² Cette volonté de se passer de l'intervention du juge pour rééquilibrer les contrats est générale. Un auteur se prononçant en faveur du caractère subsidiaire de l'intervention du juge a pu affirmer que « le juge reflète le caractère pathologique du droit » : L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 366, 2002, p. 396, n° 558.

¹⁶³³ Une telle atteinte sera néanmoins inévitable lorsque le juge décidera des modalités de la réduction des sûretés.

¹⁶³⁴ Sur le modèle des clauses existantes en matière de nantissement de compte-titre. La clause d'arrosage par laquelle le constituant s'engage à nantir de nouveaux titres en cas de baisse de la valeur des titres nantis, la clause d'accroissement par laquelle le constituant s'engage à nantir de nouveaux titres en cas d'augmentation du montant de la dette garantie et en sens inverse, la clause d'écrêtement qui libère une partie des titres nantis lorsque la créance garantie diminue.

d'échec des négociations, le juge est autorisé à modifier la convention des parties. De même, le pouvoir de substitution d'une sûreté à une autre est également offert au juge dans chacune des procédures. En effet, nous proposons que, parmi les divers moyens de réduire les sûretés prises par un créancier, le juge soit autorisé à substituer une sûreté mesurée à une sûreté disproportionnée. Or nous proposons déjà en matière de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité des garants, que le juge soit autorisé à procéder à une telle substitution de sûretés¹⁶³⁵. Néanmoins, en matière de lutte contre l'insolvabilité des garants, le juge ne doit procéder à une substitution de sûretés qu'en cas de disproportion d'une sûreté réelle pour autrui ou en cas de disproportion apparue au cours de l'existence de la sûreté personnelle¹⁶³⁶. Ainsi, les deux règles diffèrent dès lors qu'en matière de proportionnalité protégeant le patrimoine des constituants, l'étendue des pouvoirs du juge ne dépend pas de la date d'apparition de la disproportion.

813. Justification du recours à la substitution de sûretés en présence de sûretés réelles. La réduction des sûretés personnelles peut être réalisée simplement, en l'absence de tout recours à la technique de la substitution. Le montant du cautionnement ou de la garantie autonome peut être simplement réduit dès lors que le créancier dispose seulement d'un droit de gage général sur le patrimoine du garant¹⁶³⁷. La réduction du montant de cette obligation personnelle ne pose pas de difficulté pratique. En matière de lettre d'intention, la réduction portera sur l'obligation comportementale de l'émetteur. Cette réduction ne pose pas de difficulté pratique¹⁶³⁸. À l'inverse, la réduction de la valeur des sûretés réelles n'est pas toujours aussi évidente. Cette différence explique que le juge puisse procéder à la substitution de sûretés non seulement en matière de proportionnalité visant à protéger le crédit du constituant, mais également en matière de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité du garant lorsque cette règle est invoquée par le constituant d'une sûreté réelle pour autrui¹⁶³⁹. En effet, dans ces hypothèses, la réduction de la sûreté devra parfois nécessairement prendre la forme de la substitution d'une sûreté de valeur inférieure à la sûreté initialement offerte au créancier.

¹⁶³⁵ Le juge ne se verra octroyer ce pouvoir que dans les cas dans lesquels la disproportion est apparue après la souscription du cautionnement. v. n° 220 et s.

¹⁶³⁶ Concernant la substitution de sûreté réelle pour autrui : v. n° 453 et s. Concernant la substitution de la sûreté personnelle devenue disproportionnée au cours de son existence : v. n° 216 et s.

¹⁶³⁷ Les négociations des parties portent sur la hauteur de la réduction et non sur ses modalités de mise en œuvre.

¹⁶³⁸ v. n° 360 et s.

¹⁶³⁹ v. n° 453 et s.

814. Justification de la substitution de sûretés en cas d'apparition d'une disproportion. Le recours à la substitution de sûretés est encore autorisé alors même que la réduction porte sur des sûretés personnelles à condition que la disproportion soit apparue au cours de l'existence de la sûreté. Dans cette hypothèse, le recours à la substitution de sûreté remplit un objectif différent dès lors qu'il ne s'agit pas de réduire la valeur des sûretés offertes au créancier. En matière de lutte contre l'insolvabilité des garants, le juge est autorisé à substituer de nouvelles sûretés aux sûretés offertes par des garants et devenues disproportionnées, mais il lui appartient d'offrir au créancier des sûretés de valeur équivalente à celles perdues. Dans cette hypothèse, la substitution de sûretés permet une libération partielle ou totale du garant sans toutefois porter atteinte aux droits du créancier. À l'inverse, en application de la règle de proportionnalité protégeant le crédit du constituant, la substitution de sûreté a pour but de réduire la valeur des sûretés offertes au créancier. En effet, doit être recherchée une sûreté suffisante, mais de valeur inférieure à celles qui appartenaient initialement au créancier. La substitution d'une sûreté de valeur équivalente aux sûretés perdues par le créancier ne présenterait aucun intérêt en matière de proportionnalité visant à lutter contre le gaspillage du crédit. En effet, quelle que soit la sûreté prise, la capacité du constituant à obtenir des crédits diminue. Le recours à la substitution de sûretés plutôt qu'à la réduction n'a donc pas la même finalité dans les deux règles ce qui explique qu'il ne soit pas autorisé dans les mêmes circonstances. Le recours à la substitution n'est autorisé qu'en cas de disproportion apparue en cours de contrat en matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants, alors qu'il est admis quelle que soit la date de l'apparition de la disproportion en matière de proportionnalité permettant de préserver le crédit du constituant.

815. Similitudes des procédures. Ainsi, les procédures attachées aux deux règles de proportionnalité des sûretés présentent d'importantes similitudes bien que le recours à la substitution des sûretés soit restrictivement admis en matière de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité et au contraire, admis de manière générale en matière de proportionnalité visant à protéger le crédit du constituant. Dans les deux cas, les procédures retenues font intervenir en priorité les négociations des parties. Cette précaution est intéressante en ce qu'elle permet de porter une moindre atteinte au principe de la force obligatoire des contrats, auquel il est nécessairement fait exception en application des règles de proportionnalité¹⁶⁴⁰. Cette donnée justifie que la priorité soit laissée aux négociations dans chacune des règles de proportionnalité.

¹⁶⁴⁰ Cette atteinte est inévitable tant en matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité, que de proportionnalité permettant de lutter contre le gaspillage du crédit des constituants. v. n° 107 et n° 569.

L'identité des procédures constitue un avantage dès lors qu'elle permettra une meilleure assimilation des règles de proportionnalité en droit des sûretés. Les deux règles de proportionnalité présentent des similitudes importantes. La compétence du juge et le rôle de la Cour de cassation s'inscrivent au titre des similitudes existantes entre les règles de proportionnalité.

Section 2 : Le prononcé de la sanction

816.**Précision des aspects procéduraux.** Il apparaissait indispensable de prévoir la sanction assortissant la règle de proportionnalité proposée. Pour compléter l'étude du choix de la sanction à retenir. Il est désormais utile de procéder à l'identification du juge compétent pour appliquer la règle de proportionnalité et éventuellement prononcer la sanction retenue pour la disproportion (§1). L'identification du juge compétent sera elle-même suivie de l'étude du contrôle de la Cour de cassation sur l'application de la règle de proportionnalité (§2).

§ 1 : L'identification du juge compétent

817.**Diversité des juges éventuellement compétents.** Le droit des sûretés est indissociable du droit des voies d'exécution ce qui invite à envisager la compétence du juge de l'exécution. Par ailleurs, l'exigence d'une disproportion manifeste pourrait conduire à penser que le juge du provisoire pourrait également être appelé à appliquer la règle de proportionnalité. Pourtant aucun de ces deux juges ne sera finalement déclaré compétent pour appliquer la règle de proportionnalité (I). Seuls le juge civil et le juge commercial seront dès lors appelés à appliquer la règle de proportionnalité des sûretés. Les lignes de partage de cette compétence seront précisées (II).

I. L'incompétence du juge de l'exécution et du juge du provisoire

818.**Rejet de la compétence du juge de l'exécution et du juge des référés.** Le droit des sûretés est à rapprocher du droit de l'exécution. Il est donc possible de penser que le juge de l'exécution sera compétent pour apprécier la proportionnalité des sûretés. Toutefois cette compétence sera logiquement rejetée dès lors que le droit des sûretés ne se confond véritablement avec les voies d'exécution que lors de la réalisation des sûretés. La règle de proportionnalité, invocable en

amont de la réalisation des sûretés, ne pourra donc être appliquée par le juge de l'exécution (A). De la même manière, dès lors que la règle de proportionnalité n'est pas applicable au moment de la réalisation des sûretés, le recours au juge du provisoire apparaît inadapté et doit être rejeté (B).

A. *L'incompétence du juge de l'exécution*

819. **Compétence d'attribution.** Le droit des sûretés ne peut être envisagé isolément du droit de l'exécution. C'est pourquoi il est possible d'envisager que l'application de la règle de proportionnalité des sûretés relève de la compétence du juge de l'exécution. Ce dernier bénéficie d'une compétence d'attribution¹⁶⁴¹. Ses missions sont définies avec précision à l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire. De manière générale, le juge de l'exécution est compétent pour statuer sur tout le contentieux de l'exécution¹⁶⁴². Il en résulte que le juge de l'exécution sera compétent pour appliquer la règle de proportionnalité si le contentieux s'y rapportant peut être qualifié de « contentieux de l'exécution ». Néanmoins, la règle de proportionnalité est applicable au cours de l'existence des sûretés et non uniquement lors de leur réalisation. Il en résulte que le contentieux d'application de la règle de proportionnalité n'interviendra pas au moment de la réalisation de sûretés. Par suite, le juge de l'exécution n'aura pas à connaître du contentieux d'application de la règle de proportionnalité des sûretés.

820. **Relais du principe de proportionnalité des voies d'exécution.** Dès lors que la règle de proportionnalité des sûretés est invocable au cours de l'existence des sûretés et non à la date de leur réalisation, le juge de l'exécution sera incompétent pour la faire respecter. À l'inverse, l'article L. 111-7 du Code des voies d'exécution se présente comme un relais de la règle de proportionnalité des sûretés. La règle posée par cet article ne peut être invoquée que lorsque la procédure d'exécution est entamée et, en présence de sûretés, au moment de leur réalisation. De manière logique, le juge de l'exécution est le seul qui puisse faire application de cette règle¹⁶⁴³. Ainsi, bien que le juge de l'exécution ne soit pas compétent pour faire application de la règle de proportionnalité des sûretés étudiée, il lui revient de prendre le relais lorsque la proportionnalité des mesures d'exécution exercée par le créancier est discutée.

¹⁶⁴¹ A. Bergeaud Wetterwald, E. Bonis, Y. Capdepon, *Procédure civile*, éd. cujas, 2017/2018, p. 146, n° 323.

¹⁶⁴² À l'exception des saisies des rémunérations, des paiements directs et du recouvrement public des pensions alimentaires.

¹⁶⁴³ Le contentieux relatif à la proportionnalité des voies d'exécution est évidemment un contentieux relatif à l'exécution de sorte qu'il appartient à la compétence du juge de l'exécution.

821. **Question du juge compétent.** La proximité du droit des sûretés et du droit de l'exécution nous a invité à questionner la compétence du juge de l'exécution. Dès lors que ce dernier est incompetent, la question de la compétence du juge reste entière. Doit dès lors être étudiée la possibilité pour le juge des référés de connaître du contentieux relatif à la proportionnalité des sûretés.

B. L'incompétence du juge des référés

822. **Juge de l'évidence.** Bien que la prise de garanties disproportionnées bloque l'accès à de nouveaux crédits, le contentieux relatif à la règle de proportionnalité ne pourra pas systématiquement présenter un caractère urgent. Dès lors, il peut sembler absurde de s'intéresser à la compétence du juge du provisoire¹⁶⁴⁴. En effet, les ordonnances sur requête et le juge des référés ont pour vocation initiale de traiter les affaires urgentes¹⁶⁴⁵. Toutefois, leur rôle a évolué. Aujourd'hui, le juge des référés n'est plus seulement le juge de l'urgence, mais également « le juge de l'évidence »¹⁶⁴⁶. C'est le caractère évident de la disproportion qui invite à s'intéresser à la compétence du juge des référés. Comme en matière de cautionnement, la disproportion manifeste doit s'entendre de la disproportion qui s'impose avec évidence¹⁶⁴⁷. Dès lors que la disproportion est évidente, elle peut être constatée par le juge des référés. Précisément, le juge des référés peut être compétent en présence d'un « trouble manifestement illicite ». Ainsi, le juge des référés pourrait être compétent pour constater la disproportion des sûretés par rapport au crédit garanti dès lors que celle-ci doit être manifeste¹⁶⁴⁸.

823. **Incompétence en matière de cautionnement.** L'appréciation de la proportionnalité des sûretés semble entrer dans les compétences du juge des référés. Toutefois, avant de conclure à la

¹⁶⁴⁴ L'expression « juge du provisoire » renvoie à la procédure en référé ou sur requête. Cette dernière n'est utilisée que lorsque la procédure du contradictoire doit être évitée : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 34^e éd., 2018, p. 1342, n° 1873. En matière de proportionnalité des sûretés, seule la compétence du juge des référés peut être envisagée. En effet, aucune raison ne pourrait justifier le rejet du contradictoire.

¹⁶⁴⁵ Sur le rôle initial du juge du provisoire comme applicable aux situations d'urgence : P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Litec 1990. Pour une définition de l'urgence : « Caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent (degré extrême de l'urgence) » : Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° urgence.

¹⁶⁴⁶ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 34^e éd., 2018, p. 1333, n° 1862.

¹⁶⁴⁷ En matière de cautionnement, la disproportion manifeste est considérée comme évidente : « l'adverbe "manifestement" semble induire une évidence dans la disproportion » : F. Jacomino, « Cautionnement disproportionné du dirigeant : à l'impossible nul n'est tenu », *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299. Un autre auteur met en avant le fait que la disproportion doit apparaître avec évidence en affirmant : « il est nécessaire que l'engagement soit sans rapport avec le patrimoine et que la disproportion crève les yeux » : D. Houtcieff, « La disproportion du cautionnement : le manifeste de la Cour de cassation », *RDC* 2018, n° 2, p. 222.

¹⁶⁴⁸ Sur le caractère manifeste de la disproportion : v. n° 713.

compétence de ce juge du provisoire, il est intéressant de constater que ce dernier n'est pas compétent pour apprécier la proportionnalité du cautionnement. Pourtant, la disproportion du cautionnement doit être manifeste. Le juge des référés devrait donc être en mesure de constater la disproportion du cautionnement. En effet, le « juge de l'évidence », pourrait se voir confier la tâche consistant à identifier les cautionnements évidemment disproportionnés. Dès lors qu'en droit positif, le juge des référés n'est pas appelé à se prononcer sur la proportionnalité des cautionnements, il est possible de constater que l'évidence n'exclut pas la compétence des juges du fond. Ainsi, le juge des référés n'est pas automatiquement compétent pour connaître des contentieux caractérisés par leur évidence. Le juge des référés peut se voir confier la mission d'apprécier la proportionnalité des sûretés mais n'est pas nécessairement compétent en la matière.

824. Caractère provisoire de la décision. Il convient de trancher pour savoir si le juge des référés doit être désigné comme juge compétent. Pour ce faire, il est possible de s'intéresser aux missions du juge des référés. En présence d'un trouble manifeste, qui correspondrait ici à la disproportion manifeste des garanties prises par rapport au crédit garanti, le juge des référés est appelé pour procéder à la remise en état¹⁶⁴⁹. En matière de proportionnalité des sûretés, le juge sera alors chargé de constater la disproportion puis de faire cesser le trouble manifeste en procédant à la « remise en état ». Toutefois, le juge des référés ne pourrait se voir reconnaître le droit d'annuler ou de réduire les sûretés existantes¹⁶⁵⁰. Une telle atteinte au droit des créanciers serait irréversible et ne laisserait aucune possibilité au juge du fond de statuer en sens inverse. Il pourrait seulement procéder au blocage des sûretés. Toutefois un tel blocage n'apparaît pas intéressant en matière de proportionnalité des sûretés. Empêcher le créancier de réaliser les sûretés dont il dispose ne permet pas de libérer les biens du constituant de façon à lui faciliter l'accès au crédit¹⁶⁵¹. Dès lors, un tel blocage ne permettrait pas de faire cesser le trouble manifestement illicite. Ainsi, il n'apparaît pas intéressant d'avoir recours au juge des référés en raison de ses attributions limitées. Dès lors que ce juge n'est pas habilité à prendre des mesures définitives, il n'est pas en mesure d'aider le constituant désireux d'obtenir de nouveaux crédits.

¹⁶⁴⁹ Sur l'étendue des pouvoirs du juge des référés : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 34^e éd., 2018, p. 1340, n° 1869.

¹⁶⁵⁰ Bien que le caractère provisoire des décisions rendues en référé ne signifie pas qu'elles soient nécessairement temporaires. v. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 34^e éd., 2018, p. 1337, n° 1866.

¹⁶⁵¹ v. n° 728.

825. Référé et proportionnalité. Le recours au juge des référés apparaît donc inutile en matière de sûretés disproportionnées. De la même manière, en matière de cautionnement disproportionné, le recours au juge des référés apparaît inutile. Ce dernier pourrait seulement prononcer le blocage du cautionnement en attente d'une décision au fond. Néanmoins en pratique, la caution invoquant la disproportion de son engagement refuse de payer tant que le juge ne s'est pas prononcé sur sa requête. Elle bloque ainsi elle-même la réalisation de la sûreté personnelle. Le recours au référé apparaît dès lors inadapté tant au contentieux relatif à la proportionnalité du cautionnement, qu'au contentieux relatif à la proportionnalité des sûretés. Ainsi alors même que la disproportion manifeste pourrait être appréciée par le juge des référés, il apparaît inutile d'y avoir recours. En raison de son caractère provisoire, le référé n'est pas adapté au contentieux du cautionnement et des sûretés disproportionnées. En revanche, le référé pourrait être utile lorsqu'il est nécessaire de bloquer la réalisation des sûretés disproportionnées. Le recours au juge des référés pourrait dès lors être envisagé pour appliquer la règle de proportionnalité des voies d'exécution. La réalisation d'une sûreté disproportionnée ou, de manière générale, la mise en œuvre d'une mesure d'exécution disproportionnée à la créance à recouvrer causerait un préjudice au débiteur ou au constituant. Il en résulte que le juge des référés pourrait être saisi pour s'opposer à la réalisation litigieuse. De la sorte, le juge du provisoire préviendrait un préjudice imminent. Bien que la mission décrite semble correspondre aux compétences du juge des référés, ce dernier ne pourra faire application de la règle de proportionnalité des mesures d'exécution. En effet, ce contentieux relève de la compétence du juge de l'exécution. Or ce dernier dispose d'une compétence exclusive¹⁶⁵². Il est dès lors impossible de faire appel au juge des référés.

826. Compétence des juges civil et commercial. En définitive, aucun des contentieux relatifs à la proportionnalité des sûretés, du cautionnement ou des voies d'exécution ne pourra être confié au juge du provisoire. Le contentieux relatif à la proportionnalité des sûretés ne reviendra pas davantage au juge de l'exécution, il sera dès lors confié au juge civil et au juge commercial.

II. Le partage du contentieux

827. Compétence des juges civil et commercial. Ni le juge de l'exécution, ni le juge des référés ne pourront être en charge du contentieux relatif à l'application de la règle de proportionnalité des

¹⁶⁵² En application de l'art. L. 213-6 COJ.

sûretés. La compétence sera partagée entre le juge civil et le juge commercial (A) comme c'est le cas en matière de cautionnement disproportionné (B).

A. La compétence partagée des juges civil et commercial

828. Compétence partagée. Dès lors que le juge de l'exécution et que le juge des référés ne pourront pas connaître du contentieux relatif à la proportionnalité des sûretés, seuls le juge civil et le juge commercial pourront se voir confier cette mission¹⁶⁵³. Le champ d'application personnel de la règle invite à penser que ces juges se partageront cette compétence. En effet, la règle de proportionnalité sera applicable à tous les constituants de sûretés personnes physiques ou morales à condition qu'ils soient de bonne foi. La qualité du créancier est par ailleurs sans incidence sur l'application de la règle. Ainsi, la règle de proportionnalité n'est pas réservée à une application entre commerçants ou à la protection des consommateurs. Il en résulte que les tribunaux de commerce pourront parfois être compétents mais ne le seront pas exclusivement.

829. Ligne de partage de compétence. Le partage de compétence entre les tribunaux civils et les tribunaux de commerce dépend de la compétence spécifique de ces derniers. Dès lors que le juge commercial dispose d'une compétence d'attribution, le juge civil sera en charge du contentieux lorsqu'il ne relèvera pas de la compétence du juge commercial. La compétence du juge commercial est prévue à l'article L. 721-3 du Code de commerce. Selon cette règle, « les tribunaux de commerce connaissent 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes »¹⁶⁵⁴. Ainsi, les juges du tribunal de commerce peuvent être compétents dans trois séries d'hypothèses. En matière de proportionnalité des sûretés, seules deux des trois pôles de compétence s'avèrent pertinents. En effet, les contestations en la matière ne seront jamais en lien avec les sociétés commerciales. En revanche, les contestations pourront apparaître entre commerçants ou à propos d'un acte de commerce.

¹⁶⁵³ L'expression « juge commercial » désigne précisément les tribunaux de commerce et celle de « juge civil » désigne depuis le 1^{er} janvier 2020 les tribunaux judiciaires. Au 1^{er} janvier 2020 est entrée en vigueur la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. L'art. 95 de cette loi a modifié l'art. L211-3 COJ qui dispose désormais que : « le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction ». Les compétences des anciens tribunaux d'instance et de grande instance relèvent désormais de la compétence d'une juridiction unique : le tribunal judiciaire.

¹⁶⁵⁴ Sur cet article : D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 26^e éd., 2020, p. 55 et 56, n° 115 ; F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial, Acte de commerce, fonds de commerce ; commerçants, concurrence*, LGDJ, 11^e éd., 2015, p. 104 et s., n° 160 et s.

830. **Litiges entre commerçants.** L'article L. 721-3 du Code de commerce permet d'affirmer que les tribunaux de commerce seront compétents pour appliquer la règle de proportionnalité lorsque les actes seront passés par des commerçants pour leur activité commerciale. Cette hypothèse sera fréquente dès lors que les établissements de crédit sont des commerçants¹⁶⁵⁵. Les tribunaux de commerce seront compétents pour connaître d'un éventuel litige concernant les sûretés prises dans les hypothèses dans lesquelles un commerçant contractera un prêt auprès d'un établissement de crédit ou d'un autre commerçant pour les besoins de son activité commerciale¹⁶⁵⁶. Ces hypothèses sont extrêmement fréquentes de sorte que la compétence des tribunaux de commerce ne sera pas résiduelle. Dans l'hypothèse d'une opération dite mixte, réalisée entre un commerçant et un non commerçant, le défendeur à l'action sera toujours le créancier, la compétence du tribunal dépendra donc de savoir si le créancier est ou non commerçant. S'il n'est pas commerçant alors les tribunaux de commerce ne seront pas compétents, s'il l'est en revanche, le demandeur pourra choisir de l'attirer devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal judiciaire pour connaître du litige relatif à la proportionnalité des sûretés dont il dispose¹⁶⁵⁷.

831. **Litiges relatifs aux actes de commerce**¹⁶⁵⁸. Les tribunaux de commerce seront également compétents si le litige est relatif à un acte de commerce. Il est possible que la sûreté disproportionnée puisse être qualifiée d'acte de commerce. La lettre de change par exemple produit un effet de sûreté¹⁶⁵⁹. Elle pourra, par suite, être prise en compte dans le calcul de la proportionnalité¹⁶⁶⁰. Toutefois, la compétence résultant de la qualification d'acte de commerce d'une des sûretés ou des garanties offertes au créancier pourra poser problème lorsque plusieurs garanties ont été offertes au créancier. Dans cette hypothèse il est possible que l'une des garanties puisse être qualifiée d'acte de commerce alors que les autres ne le pourront pas. Dès lors que la proportionnalité des sûretés s'apprécie au regard de l'ensemble des garanties offertes au créancier, il semble qu'il serait incohérent de retenir la compétence des tribunaux de

¹⁶⁵⁵ La rédaction de l'article L. 721-3 c. com. peut être critiquée dès lors qu'elle semble indiquer que les établissements de crédit sont à distinguer des commerçants. v. *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶⁵⁶ En revanche, si le prêt est contracté pour les besoins personnels du commerçant, l'éventuel conflit relatif aux sûretés relèvera de la compétence du tribunal judiciaire.

¹⁶⁵⁷ F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial, Acte de commerce, fonds de commerce ; commerçants, concurrence*, LGDJ, 11^e éd., 2015, p. 106., n° 162.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 107, n° 164. Sur les actes de commerce : *Ibid.*, p. 48 et s., n° 51 et s.

¹⁶⁵⁹ Sur la lettre de change : C. Fiori-Khayat, *Essai sur le formalisme cambiaire : la forme, condition de l'engagement dans la lettre de change*, thèse Paris 2004 ; D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 26^e éd., 2020, p. 451 et s., n° 748 et s.

¹⁶⁶⁰ Néanmoins, elle ne pourra être atteinte par la réduction des sûretés dès lors qu'il ne s'agit pas d'une sûreté *stricto sensu*.

commerce lorsqu'une seule des garanties offertes au créancier peut être qualifiée d'acte de commerce. Dans ce cas, le litige ne porte pas précisément sur cet acte de commerce. L'acte de commerce est seulement à prendre en compte parmi les garanties. Cette précision invite à penser que la compétence des tribunaux de commerce résultera essentiellement de la qualité des parties. En effet, rares seront les hypothèses dans lesquelles les garanties offertes au créancier pourront toutes être qualifiées d'acte de commerce. Pour autant, la compétence des tribunaux de commerce ne sera pas rare dès lors que les hypothèses de prêt avec constitution de garanties sont extrêmement fréquentes entre commerçants. La dualité de compétence entre le juge civil et le juge commercial est identique en matière de proportionnalité des sûretés et du cautionnement.

B. L'identité des juges compétents en matière de cautionnement

832. Identité des juges compétents. Le juge civil et le juge commercial seront compétents pour apprécier la proportionnalité des sûretés et réduire les sûretés disproportionnées. Il est intéressant de remarquer que les mêmes juges sont compétents en matière de cautionnement disproportionné. En effet, les tribunaux de commerce et les tribunaux civils se partagent le contentieux relatif à la proportionnalité du cautionnement¹⁶⁶¹. Toutefois, la ligne de partage entre les tribunaux civils et les tribunaux de commerce ne repose pas sur le même critère. Les tribunaux de commerce sont compétents lorsque le cautionnement présente une nature commerciale. Tel est le cas non seulement de l'aval, forme particulière de cautionnement¹⁶⁶², mais également des cautionnements conclus par des professionnels du crédit et des cautionnements conclus par un dirigeant social pour les besoins de sa société. Ainsi, le cautionnement peut être commercial par nature. La commercialité du cautionnement ne dépend pas uniquement de la qualité des parties. Il en résulte que la compétence des tribunaux de commerce ne dépend pas uniquement de la qualité de commerçants des parties. En cela, la ligne de partage des compétences entre le juge civil et le juge commercial diffère en matière de proportionnalité du cautionnement et de proportionnalité des sûretés. En effet, en pratique, seule la qualité de commerçants des parties pourra entraîner la compétence des tribunaux de commerce pour apprécier la proportionnalité des sûretés. Précisément, pour que la nature des sûretés puisse entraîner la compétence des tribunaux de commerce, il faudrait que toutes les

¹⁶⁶¹ M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.*, p. 77 et s., n° 112 et s.

¹⁶⁶² Sur l'aval : R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire*, LGDJ, 12^e éd., 2017, p. 169, n° 194 : « l'aval est une sorte de cautionnement cambiaire en vertu duquel l'avaliste s'engage à payer tout ou partie du montant de l'effet en cas de défaillance de la personne pour le compte de laquelle il est donné ».

sûretés offertes au créancier puissent être qualifiées d'acte de commerce. Cette situation devrait être rare en pratique. Malgré cette différence quant à la ligne de partage des compétences, il est intéressant de constater que les mêmes juges sont compétents en matière de proportionnalité du cautionnement et des sûretés.

833. **Identité dans l'application de la règle.** Si la règle de proportionnalité existante en matière de cautionnement évoluait selon nos propositions, les règles de proportionnalité des sûretés personnelles et de l'ensemble des sûretés présenteraient de nombreuses similitudes de régime¹⁶⁶³. L'application de ces deux règles serait également assimilable. La procédure menant à la réduction des sûretés personnelles comme celle menant à la réduction de l'ensemble des sûretés laisse une place importante à la négociation des parties. Enfin, les mêmes juges seraient compétents pour apprécier la proportionnalité et prononcer la sanction de la disproportion. Une dernière question peut être posée concernant l'identité des procédures. Il s'agit de savoir si la Cour de cassation exercera un contrôle identique en matière de proportionnalité des sûretés personnelles et de proportionnalité de l'ensemble des sûretés existantes¹⁶⁶⁴.

§ 2 : Le contrôle de l'application des règles de proportionnalité

834. **Observation et anticipation.** Le contrôle de la Cour de cassation n'est pas uniforme, plusieurs aspects d'une décision de justice peuvent être contrôlés. Selon les matières, la Cour de cassation exerce un contrôle plus ou moins étendu. L'étude du contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de proportionnalité du cautionnement (I) permettra d'anticiper le contrôle qui devrait être exercé par la Cour de cassation en matière de proportionnalité des sûretés (II).

I. *Le contrôle relatif à la proportionnalité du cautionnement*

835. **Absence de décision au fond.** Le Code de l'organisation judiciaire pose une limite primordiale à la Cour de cassation en lui interdisant de connaître du fond des affaires qui lui sont présentées¹⁶⁶⁵. En matière de proportionnalité du cautionnement, il résulte de cette règle que la

¹⁶⁶³ L'outil de la proportionnalité est au cœur des deux règles. La proportionnalité serait toujours appréciée de manière objective. En effet, les règles de proportionnalité sont des règles de protection qui n'ont pas pour objet la sanction du comportement du créancier : v. n° 663. La disproportion est sanctionnée par une même sanction : la réduction : v. n° 195 et 793. Cette sanction n'est prononcée par le juge qu'en cas d'échec des négociations menées par les parties : v. n° 193 et 808.

¹⁶⁶⁴ Aucune modification du contrôle de la Cour de cassation n'a été proposé en matière de proportionnalité du cautionnement. Il s'agit dès lors de se demander si le contrôle opéré par la Cour de cassation en matière de proportionnalité des sûretés sera identique au contrôle existant en matière de proportionnalité du cautionnement.

¹⁶⁶⁵ Art. L. 411-2 COJ : « La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ».

Cour de cassation ne peut se prononcer sur l'existence ou non d'une disproportion dans les cas soumis à son analyse. Les demandeurs, cautions ou créanciers, ne peuvent attendre de la Cour de cassation qu'elle se prononce contre la décision de la cour d'appel en affirmant que le cautionnement est ou n'est pas disproportionné.

836. Absence de contrôle normatif. En outre, la Cour de cassation ne peut porter aucun jugement sur l'appréciation de la proportionnalité par les juges du fond. En effet, les juges exercent leur pouvoir souverain lorsqu'ils apprécient la proportionnalité d'un cautionnement par rapport aux facultés de paiement de la caution. Cette compétence réservée aux juges du fond apparaît logique dès lors que la Cour de cassation ne pourrait se prononcer sur l'appréciation de la proportionnalité retenue par les juges du fond sans décider elle-même si le cautionnement doit ou non être qualifié de disproportionné. De manière générale, « les motivations portant [...] une appréciation quantitative non réglementée telles que l'occupation insuffisante d'un local, le montant d'une provision, la valeur d'une exploitation agricole, la part contributive d'un époux aux charges du mariage, ne sont pas contrôlés »¹⁶⁶⁶. Bien qu'elles ne soient pas citées comme exemple, les motivations portant sur la proportionnalité d'un cautionnement doivent être rattachées à cette catégorie des motivations portant sur « une appréciation quantitative non réglementée ». Il en résulte que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier la proportionnalité d'un cautionnement. La Cour de cassation ne peut ni se prononcer sur la disproportion, ni contrôler la motivation portant une appréciation de proportionnalité. Ainsi, concrètement, la Cour de cassation ne peut rejeter la démonstration de l'existence d'une disproportion au regard du montant des revenus de la caution, de la valeur de ses actifs, de ses charges et de l'importance de son passif. Une telle vérification de la démonstration de la disproportion constituerait un contrôle de la motivation des juges du fond.

837. Réponses aux questions de droit. Pour autant, la Cour de cassation joue un rôle important de précision de la règle de proportionnalité du cautionnement. La Cour de cassation est régulièrement saisie de questions de droit portant sur différents aspects de l'application de la règle de proportionnalité du cautionnement. Au fur et à mesure des arrêts, la Cour de cassation a véritablement précisé la règle de proportionnalité du cautionnement. Différents aspects de la règle ont été précisés par la Cour de cassation¹⁶⁶⁷. Toutes les questions posées à la Cour de

¹⁶⁶⁶ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC*, 2009.

¹⁶⁶⁷ Pour des exemples de précisions de la règle apportées par la Cour de cassation : un avaliste ne peut se prévaloir de la règle légale de proportionnalité : Cass. 1^e civ., 19 déc. 2013, n^o 12-25888 ; *DA* 13 janv. 2014, note V. Avena-Robardet. En présence d'une caution mariée sous le régime de la communauté, tous ses biens doivent être pris en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement, y compris ceux que le créancier ne peut saisir en

cassation ont été l'occasion pour elle de donner des consignes d'évaluation de la proportionnalité. Ainsi, bien que la Cour de cassation n'intervienne pas directement pour se prononcer sur la proportionnalité d'un cautionnement, elle pose des lignes directrices par l'intermédiaire des questions qui lui sont posées. La Cour de cassation pourrait, de la même manière, préciser l'application de la règle de proportionnalité des sûretés.

II. *Le contrôle de la proportionnalité des sûretés*

838. **Anticipation du contrôle de la Cour de cassation.** Il est probable qu'en matière de proportionnalité des sûretés, la Cour de cassation pose des lignes directrices (A). La Cour de cassation jouerait alors le même rôle en matière de proportionnalité des sûretés pour autrui et de proportionnalité de l'ensemble des sûretés (B).

A. *Les lignes directrices posées par la Cour de cassation*

839. **Précisions des règles par la Cour de cassation.** En matière de cautionnement, la Cour de cassation effectue un contrôle de la bonne application de la règle de proportionnalité qui lui permet de divulguer des indications relatives à la bonne application de l'article L. 332-1 du code de la consommation¹⁶⁶⁸. Il est probable que la méthode utilisée en matière de cautionnement soit également retenue en matière de proportionnalité des sûretés permettant de préserver les actifs du constituant. En effet, la Cour de cassation a pour mission de préciser les règles posées par le législateur afin qu'elles puissent être appliquées aux différentes situations pratiques. Pour exemple, la Cour de cassation a affirmé concernant l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce, que la fraude, l'immixtion caractérisée ou la prise de garanties disproportionnées ne suffisaient pas à entraîner la responsabilité du créancier. L'existence d'une faute commise par le créancier est indispensable pour que sa responsabilité puisse être engagée¹⁶⁶⁹. Cette précision présente une importance capitale pour l'application de ladite règle.

application de l'art. 1415 c. civ. : Cass. com., 15 nov. 2017, publié, n° 16-10504 ; *RTD civ.* 2018, p. 184, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2018, p. 199, note M. Nicod ; *D.* 2018, Jur., p. 392, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *Deffrénois* 7 juin 2018, p. 43, chron. S. Cabrillac ; *JCP éd. N.*, fév. 2018, n° 1099, note. S. Piedelièvre ; *JCP éd. G* janv. 2018, n° 13, note Ph. Simler ; *Gaz. Pal.* 21 nov. 2017, p. 35, note C. Berlaud ; *LEFP* janv. 2018, p. 6, note N. Peterka ; *LPA* 23 févr. 2018, p. 7, note M. Cottet. Dans le même sens : Cass. com., 6 juin 2018, publié, n° 16-26182 ; *JCP éd. E* 2018, 1378, note D. Legeais. La déchéance prononcée en présence d'un cautionnement disproportionné est opposable *erga omnes* : Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, Bull. civ. ch. mixte, n° 2, n° 13-13709 ; *Deffrénois* 30 août 2016, p. 815, n° 15-16, note S. Cabrillac ; *RDC* 2016, n° 1, p. 59, note A.-S. Barthez ; *Gaz. Pal.* 2 avril 2015, n° 092, p. 5, note M. Mignot ; *RTD civ.* p. 433, note P. Crocq ; *D.* 2015, p. 840, note M.-O. Barbaud ; *JCP éd. G* avr. 2015, n° 17, 505, note Ph. Simler ; *RLDC* juin 2015, n° 127, note A. Dumery.

¹⁶⁶⁸ Et avant lui de l'ancien art. L. 341-4 c. consom.

¹⁶⁶⁹ Cass. com. 27 mars 2012, Bull. civ. IV n° 68 ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2012, p. 384, note D. Legeais ; *Deffrénois* 30 mars 2013, n° 6, note S. Cabrillac ; *rev. sociétés*, 2012, p. 398, note. Ph. Roussel Galle ; *BJS* juin 2012, n° 6, p. 493, note Ph. Pétel.

Elle permet de mettre en évidence le rôle fondamental de la Cour de cassation. Dès lors que le législateur édicte une règle générale, il ne peut être suffisamment précis pour que son application soit évidente en toute situation. Il est dès lors normal que la jurisprudence prenne le relai¹⁶⁷⁰. Les situations pratiques feront naître des questions de droit, lesquelles pourront être posées à la Cour de cassation. La précision des règles de droit par la Cour de cassation est donc habituelle¹⁶⁷¹. Sa nécessité est évidente lorsque le législateur a recours à des notions-cadres¹⁶⁷².

840. Précision quant à la disproportion des garanties. La précision de la règle de proportionnalité par la Cour de cassation est inévitable. Cette affirmation est le fruit de l'observation de la jurisprudence faisant application de l'article L. 650-1 du Code de commerce. En effet, la Cour de cassation a d'ores et déjà apporté quelques précisions relatives à la prise de garanties disproportionnées par rapport au concours garanti. La Cour de cassation a précisé notamment qu'un cautionnement ne pouvait jamais en lui-même être disproportionné au crédit garanti¹⁶⁷³. Elle a par ailleurs précisé qu'en présence de sûretés principales et de sûretés subsidiaires, les sûretés subsidiaires pouvaient, selon les circonstances, ne pas être prises en compte au même titre que les sûretés principales¹⁶⁷⁴. La Cour de cassation a admis un tel traitement particulier en

¹⁶⁷⁰ La doctrine joue également un rôle en la matière mais elle n'a évidemment aucun pouvoir de décision.

¹⁶⁷¹ En ce sens : « la jurisprudence précise et complète la loi » : G. Picca et L. Cobert, *La Cour de cassation*, PUF, 1986, p. 33. Néanmoins, même si la jurisprudence joue un rôle unificateur, l'article 5 du Code civil précise qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Ainsi, « le juge (y compris de cassation) ne peut disposer de manière générale ; il ne doit statuer que sur des espèces bien déterminées et sa décision est limitée à ces espèces : c'est la prohibition des arrêts de règlement, par lesquels le juge pourrait se substituer à la loi » : G. Picca et L. Cobert, *La Cour de cassation*, PUF, 1986, p. 32.

¹⁶⁷² La notion-cadre est une « notion juridique englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas, et dont l'application en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge ou d'un interprète qui l'actualise *in casu*, si, précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre de la notion ; critère vague mais chargé d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps ». Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadriges, 12^e éd., 2018, v^o notion-cadre.

¹⁶⁷³ Cass. com. 18 mai 2017, inédit n^o 15-12338, *rev. proc. coll.* 2017, comm. 156, obs. A. Martin-Serf ; *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, n^o 34, p. 74, obs. J. Lassere-Capdeville. Cette solution résulte logiquement du caractère accessoire renforcé du cautionnement : en ce sens : M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.*, p. 465, n^o 653. Mettant en évidence le fait que le cautionnement, dès lors qu'il ne peut être consenti pour un montant excédant celui de la créance garantie, ne peut être qualifié de disproportionné par rapport à cette créance.

¹⁶⁷⁴ Cass. com. 7 juin 2016, inédit, n^o 14-28164. Sur la société Oséo, devenue « Banque publique » depuis la loi n^o 2012-1559 du 31 décembre 2012 et également appelée « Bpifrance ». Ch. Albigès, « Détermination des prérogatives de la société Oséo », *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n^o 78, p. 17 qui définit la société Oséo comme « un établissement public doté de missions d'intérêt général, en particulier pour contribuer au financement des petites et moyennes entreprises ou encore pour constituer, sous certaines conditions, des garanties personnelles destinées à limiter les risques pris par les établissements bancaires » ; L. Chang-Tung, « La mise en place de la Banque publique d'investissement », *AJDA* 2013, p. 2011 ; A. Cartier-Bresson, « Le support public du financement non bancaire des PME et ETI : la Banque publique d'investissement », *RD banc. et fin.*, n^o 3, mai 2018 ; L. de Fournoux, « Intervention publique - La Banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique », *Droit administratif*, n^o 7, juill. 2014, étude n^o 12.

présence d'une sûreté Oséo. Ainsi, certaines lignes directrices ont déjà été posées en application de l'article L. 650-1. Il faut s'attendre à ce que la Cour de cassation poursuive son rôle de précision de la notion de prise de garanties disproportionnées.

841. **Anticipation des précisions.** Peuvent d'ores et déjà être anticipées d'autres lignes directrices qui pourront être dictées par la Cour de cassation. Il serait par exemple intéressant que la Cour de cassation précise que la valeur des sûretés offertes au créancier pourra dépendre de l'efficacité de la sûreté selon sa nature. Concrètement, le cautionnement est fréquemment contesté lorsqu'il est offert par une personne physique de sorte que la fiabilité de cette sûreté est douteuse. L'offre de deux cautionnements consentis par des personnes physiques, chacun pour un montant égal à la créance garantie ne doit dès lors pas être considérée comme manifestement disproportionnée. De manière générale, la Cour de cassation pourrait affirmer que la valeur des sûretés dépend de leur efficacité¹⁶⁷⁵. Par ailleurs, la Cour de cassation pourrait se prononcer en faveur de la prise en compte de la réalité de l'atteinte à la faculté d'obtenir des crédits. En présence d'une disproportion manifeste, la Cour de cassation pourrait indiquer aux juges du fond qu'ils sont en droit de refuser de prononcer la réduction des sûretés en l'absence d'empêchement du constituant d'accéder à de nouveaux crédits¹⁶⁷⁶. Dans une telle situation, le constituant ne connaîtrait pas de nécessité de recourir à la règle. Il est possible d'affirmer qu'il détournerait la règle de sa finalité¹⁶⁷⁷. En effet, la règle de proportionnalité des sûretés a pour seul objectif de favoriser l'accès au crédit des constituants de sûretés. Quelles que soient les diverses précisions qui pourront être apportées par la Cour de cassation, il apparaît que le contrôle opéré par cette cour est identique en application des deux règles de proportionnalité des sûretés.

¹⁶⁷⁵ C'est ce qu'elle fait implicitement lorsqu'elle retient que le nantissement de bon de caisse et un cautionnement de personne physique peuvent être qualifiés de disproportionnés par rapport au crédit. Non seulement elle prend en compte les deux sûretés, mais elle prend également en compte l'efficacité du nantissement de bon de caisse. En présence d'une sûreté moins fiable, la disproportion n'aurait pas pu être constatée. v. Bull. civ. IV n° 68 ; *D.* 2012, p. 1455, note R. Dammann ; *D.* 2012, p. 870, note A. Lienhard ; *JCP éd. E* 2012, II, n° 1274, note D. Legeais ; *RTD com.* 2012 p. 384, note D. Legeais ; *Deffrénois* 30 mars 2013, n° 6, note S. Cabrillac ; *rev. sociétés*, 2012, p. 398, note Ph. Roussel Galle ; *BJS* juin 2012, n° 6, p. 493, note Ph. Pétel.

¹⁶⁷⁶ En présence d'un doute quant à la possibilité du constituant d'obtenir de nouveaux crédits en dépit de la disproportion constatée, les juges pourront exiger du demandeur qu'il atteste de demandes de crédit infructueuses.

¹⁶⁷⁷ Sur la fraude : J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préf. G. Marty, Dalloz 1957, spéc. p. 208 ; F. Dourmaux, *La notion de fraude en droit privé français*, thèse Paris, 2008 ; C.-É. Bucher, « Fraude », in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 607 et s.

842. **Identité du contrôle.** En matière de proportionnalité de l'ensemble des sûretés comme en matière de proportionnalité du cautionnement, il est probable que la Cour de cassation effectue un contrôle lui permettant de préciser la règle de proportionnalité. Elle donnera des indications sur la manière dont la règle devra être appliquée par l'ensemble des juridictions. Il en résulte que le Cour de cassation se verrait attribuer le même rôle concernant d'une part la règle de proportionnalité visant à protéger les garants contre l'insolvabilité et d'autre part la règle de proportionnalité des sûretés permettant de préserver les actifs des constituants. Cette identité du contrôle semble pertinente. Pourtant, le fait que la proportionnalité soit contrôlée en matière de protection des cautions n'implique pas nécessairement qu'elle le soit également en matière de protection des constituants. En ce sens, Jean-François Weber, président de chambre à la Cour de cassation affirme que « suivant les matières et les chambres, la même notion peut être contrôlée ou non : ainsi en est-il de la faute qui, en matière de divorce, n'est pas contrôlée, mais qui fait l'objet d'un contrôle léger dans les autres contentieux »¹⁶⁷⁸.

843. **Justification de l'identité.** L'identité du contrôle opéré par la Cour de cassation ne serait pas surprenante. Dès lors que la proportionnalité est une notion-cadre, elle mérite d'être précisée¹⁶⁷⁹. En effet, le recours aux notions-cadres laisse une certaine marge de manœuvre à l'ensemble des juges qui seront en charge d'appliquer la règle y recourant. Tous les cas de figure ne peuvent être précisés dans le texte de loi¹⁶⁸⁰. L'article ne peut à la fois rester clair et préciser les modalités d'évaluation des garanties obtenues et du crédit garanti¹⁶⁸¹. Le texte ne pourra être rédigé que

¹⁶⁷⁸ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC*, 2009.

¹⁶⁷⁹ La notion-cadre est une « notion juridique englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas, et dont l'application en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge ou d'un interprète qui l'actualise *in casu*, si, précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre de la notion ; critère vague mais chargé d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps. Ex. intérêt de l'enfant, exigence d'une bonne justice, délai raisonnable, iniquité manifeste, ordre public, bonnes mœurs, circonstances exceptionnelles, bonnes pratiques etc. ». Ass. H. Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o notion-cadre.

¹⁶⁸⁰ Non seulement toutes les situations de fait ne pourront être envisagées par la loi, mais toutes les lignes directrices d'application de la règle ne pourront davantage l'être. Prodiguant des conseils pour la rédaction des lois, Ripert affirme que le législateur « devrait également se garder d'introduire dans le texte légal des dispositions infimes, de prévoir toutes les actions et réactions des hommes, toutes les formes des choses ». Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 355.

¹⁶⁸¹ Sur la nécessité de prévoir des textes clairs : *Ibid.*, *loc. cit.* : Ripert affirme que si le législateur prétend régler la conduite des hommes, il faut que les sujets de droit connaissent et comprennent la règle. De sorte que la loi doit être claire. Par ailleurs, en matière de sûretés, la réforme à venir a pour objectif de clarifier le droit existant. En ce sens l'article 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises qui habilite le gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance précise : « dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi

de manière succincte. En outre, dès lors que la notion de proportionnalité est une notion cadre, le législateur ne pourra anticiper l'ensemble des questions qui se poseront en pratique lorsque la règle de proportionnalité sera invoquée. Cet article construit autour de la notion de proportionnalité offrira nécessairement une marge d'appréciation aux juges chargés de l'appliquer. Afin que cette marge de manœuvre ne génère pas de disparités entre les différentes juridictions, il est nécessaire que la notion de proportionnalité soit précisée en aval¹⁶⁸². Il revient à la Cour de cassation de préciser cette notion. La Cour de cassation exerce donc ses fonctions de juge unificateur¹⁶⁸³.

844. Identité des précisions. L'objet des précisions apportées par la Cour de cassation sera également identique. En effet, tout comme en matière de cautionnement, la Cour de cassation apportera des précisions quant aux éléments à comparer et plus précisément aux facteurs pris en compte pour apprécier ces éléments. Ici encore, c'est le recours à la proportionnalité qui justifie de l'identité du rôle de la Cour de cassation. La notion de proportionnalité appelle les mêmes questions quelle que soit sa finalité. La proportionnalité est un outil de comparaison de deux éléments. Pour appliquer une règle de proportionnalité, il convient de clarifier les contours des deux objets mis en balance. Les réponses apportées par la Cour de cassation seront néanmoins spécifiques à chaque règle de proportionnalité. Ainsi l'identité des questions posées à la Cour de cassation pourra être constatée de manière générale. Néanmoins, dès lors que les objets à comparer diffèrent, les questions précises relatives aux contours des éléments à prendre en considération différeront également. En effet, la première des règles invite à comparer les facultés de paiement des garants avec le montant de leur engagement. Les questions posées à la Cour de cassation concernent essentiellement les modalités de calcul des facultés de paiements des cautions et de l'engagement souscrits par elles¹⁶⁸⁴. La seconde règle de proportionnalité des sûretés conduit à mettre en balance l'ensemble des garanties obtenues par

nécessaires pour 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 serait dès lors malvenu de plaider en faveur de l'instauration d'un article caractérisé par sa complexité.

¹⁶⁸² Alors que le législateur aurait pu préciser la notion en amont de l'instauration de la règle, la jurisprudence ne pourra préciser la règle qu'en aval de son entrée en vigueur.

¹⁶⁸³ Sur cette fonction : J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC*, 2009 : « Il résulte des articles L. 411-1 et L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire que la mission essentielle de la Cour de cassation est d'assurer l'unité de l'interprétation de la loi sur tout le territoire de la République sans connaître le fond des affaires, afin d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi » ; G. Picca et L. Cobert, *La Cour de cassation*, PUF, 1986, p. 5 et 6 : « La Cour de cassation a pour mission de contrôler l'application des règles de droit par l'ensemble des juridictions judiciaires. Elle assure, en outre, par l'interprétation qu'elle donne de ces règles, une unité dans les décisions rendues par ces tribunaux, qu'on appelle la jurisprudence ».

¹⁶⁸⁴ En droit positif, seules les cautions sont concernées par la règle de proportionnalité.

le créancier avec le montant du crédit garanti. Les questions qui ne manqueront pas d'être posées à la Cour de cassation concerneront d'une part les contours de l'ensemble des garanties obtenues par le créancier et d'autre part, les modalités d'évaluation du crédit garanti. En somme, tant le contrôle opéré par la Cour de cassation que l'orientation des questions qui lui seront posées par les justiciables se révéleront identiques concernant la règle de proportionnalité des sûretés pour autrui et la règle de proportionnalité de l'ensemble des sûretés.

Article relatif à la proportionnalité luttant contre le gaspillage du crédit

La règle de proportionnalité des sûretés pourrait faire l'objet d'un texte inséré au sein du Code civil. Ce texte pourrait être rédigé comme suit :

Le constituant d'une ou plusieurs sûretés personnelles ou réelles de bonne foi peut demander leur réduction lorsque, au jour où le juge statue, l'ensemble des garanties offertes au créancier apparaissent disproportionnées par rapport à la créance garantie.

Le juge qui constate la disproportion des garanties bénéficiant au créancier invite les parties à décider elles-mêmes des modalités pratiques de la réduction des sûretés.

En l'absence d'accord des parties, le juge décide des modalités de la réduction. Il peut faire réduire l'assiette des sûretés, leur inscription ou prononcer la substitution de sûretés plus mesurées aux sûretés existantes.

Conclusion du chapitre

Le choix d'une sanction assortissant la règle de proportionnalité apparaissait indispensable. Ont été rejetées deux sanctions qui sont apparues inadaptées à la règle de proportionnalité des sûretés. Précisément, l'annulation de toutes les garanties offertes au créancier a été rejetée dès lors qu'elle apparaît démesurée¹⁶⁸⁵. Cette sanction avait pourtant été retenue un temps par le législateur comme sanction du non-respect de l'article L. 650-1 du Code de commerce. A également été rejetée la sanction de la responsabilité civile du créancier¹⁶⁸⁶. Cette sanction pourrait être prononcée en dehors de toute instauration d'une règle de proportionnalité si la prise de sûretés disproportionnées était qualifiée d'abusive. Néanmoins, en présence d'une règle de proportionnalité, il est possible de prévoir une sanction différente et mieux adaptée à l'objectif de protection du crédit du constituant.

Deux sanctions paraissant adaptées à cette finalité ont été étudiées plus en détail : la réduction des sûretés disproportionnées et la paralysie des droits du créancier. La réduction des sûretés prendrait des formes diverses dès lors qu'il apparaît impossible de réduire toutes les sûretés aussi simplement que les sûretés personnelles¹⁶⁸⁷. Concrètement, la réduction des sûretés pourra prendre la forme d'une réduction de leur assiette, ou du montant pour lequel elles sont inscrites. Il est notable que la réduction pourra prendre la forme d'une substitution de sûreté d'une valeur inférieure à la sûreté initialement consentie¹⁶⁸⁸. La paralysie des droits du créancier, porterait quant à elle sur les droits du créancier résultant de l'existence des sûretés dont il dispose. Cette paralysie temporaire durerait tant que la disproportion demeurerait. Pour sortir de cette paralysie, il serait impératif d'offrir au créancier une option afin de préserver le caractère temporaire de cette sanction¹⁶⁸⁹. Ainsi, le créancier pourrait soit subir la paralysie de ses droits jusqu'à ce que la disproportion disparaisse d'elle-même, soit abandonner une partie de ses sûretés afin que la disproportion disparaisse.

Pour choisir entre ces deux sanctions, leurs avantages et inconvénients ont été présentés. Certains inconvénients sont communs aux deux sanctions de sorte qu'ils ne permettent pas de

¹⁶⁸⁵ Sur le rejet de l'annulation de toutes les sûretés : v. n° 767 et s.

¹⁶⁸⁶ Sur le rejet de l'engagement de la responsabilité du créancier : v. n° 772 et s.

¹⁶⁸⁷ Sur la présentation de la réduction des sûretés : v ; n° 776 et s

¹⁶⁸⁸ Sur la substitution de sûretés : v. n° 784.

¹⁶⁸⁹ Sur la présentation de la paralysie des droits du créancier : v. n° 785 et s. et spécifiquement sur l'option offerte au créancier : v. n° 787.

les départager¹⁶⁹⁰. En particulier, d'une part aucune des deux sanctions envisagées ne présente d'effet dissuasif. Et d'autre part, ces deux sanctions doivent être adaptées en présence d'une sûreté unique et indivisible apparaissant disproportionnée au crédit garanti. D'autres inconvénients, propres à chaque sanction, permettent de choisir entre elles. Parmi ces inconvénients, un inconvénient propre à la sanction de la paralysie des droits du créancier est apparu déterminant : son manque d'efficacité¹⁶⁹¹. En effet, l'étude de la sanction de la paralysie fait apparaître que cette sanction rate son effet en ce qu'elle intervient trop tard. Concrètement, pendant toute la durée de l'existence de la créance, le créancier pourra subir la paralysie de ses droits sans en ressentir les effets. Il en résulte que cette sanction ne produit aucun effet avant que la créance arrive à échéance et que le créancier souhaite réaliser sa sûreté. Il ne sera dès lors incité à renoncer à certaines sûretés pour mettre un terme à la paralysie qu'au jour où il souhaitera réaliser ses sûretés. Ainsi, durant toute la durée de l'existence des sûretés, la sanction restera en pratique sans effet. La disproportion demeurera pendant cette période et le constituant ne pourra offrir les sûretés consenties au créancier à d'autres créanciers pour obtenir de nouveaux crédits. Cet inconvénient majeur conduit à choisir la sanction de la réduction des sûretés disproportionnées.

La procédure menant à la réduction des sûretés a également été présentée¹⁶⁹². Selon cette procédure le juge sera saisi et devra se prononcer sur l'existence d'une disproportion des sûretés prises par rapport au crédit consenti. En cas de disproportion, il invitera les parties à négocier en vue de déterminer elles-mêmes les modalités de la réduction des sûretés. Si les négociations aboutissent, les parties modifieront ensemble leur convention initiale. En l'absence d'accord, le juge sera tenu de procéder lui-même à la réduction des sûretés. Dans cette hypothèse le juge devra s'assurer que les sûretés demeurantes seront suffisantes pour assurer le remboursement de la créance. Ainsi, l'efficacité des sûretés ne devrait pas être atteinte par la règle de proportionnalité.

La procédure retenue met en évidence le lien existant entre les deux règles de proportionnalité étudiées en matière de sûretés¹⁶⁹³. En effet, les procédures de la règle de proportionnalité visant à lutter contre l'insolvabilité et de la règle de proportionnalité visant à protéger le crédit du constituant sont similaires. Dans le but de porter une moindre atteinte au principe de la force

¹⁶⁹⁰ Sur les inconvénients communs aux deux sanctions : v. n° 795 et s.

¹⁶⁹¹ Sur le manque d'efficacité de la paralysie des droits du créancier : v. n° 803.

¹⁶⁹² Sur la procédure menant au prononcé de la réduction des sanctions : v. n° 808 et s.

¹⁶⁹³ Sur la similitude des procédures des deux règles de proportionnalité des sûretés : v. n° 812 et s.

obligatoire des conventions, chacune de ces procédures donne la priorité à la renégociation de leur contrat par les parties elles-mêmes.

Le choix de la sanction de la disproportion s'accompagne de la détermination des modalités de son prononcé. Deux aspects ont été envisagés : l'identification du juge compétent et la détermination du contrôle exercé par la Cour de cassation. Il est apparu tentant d'envisager la compétence du juge de l'exécution dès lors que le droit des sûretés et celui des voies d'exécution sont intimement liés, ou celle du juge des référés dès lors que la disproportion manifeste pourrait être révélée par ce « juge de l'évidence ». Pourtant, ni juge de l'exécution, ni juge des référés ne pourront se prononcer sur la proportionnalité des sûretés. Le juge de l'exécution ne peut être compétent dès lors que la règle de proportionnalité n'entre pas dans sa compétence d'attribution. Cette règle ne relève pas du contentieux de l'exécution dès lors qu'elle est applicable au cours de l'existence des sûretés et non au jour de leur réalisation. Le juge des référés ne pourra davantage connaître du contentieux faisant application de la règle de proportionnalité dès lors qu'en la matière, les décisions rendues doivent pouvoir devenir définitives. En effet, la réduction des sûretés ne peut présenter de caractère provisoire. Seront dès lors compétents le juge civil et le juge commercial. Entre ces deux juges, la qualité de commerçant des parties sera le critère principal permettant d'identifier le juge compétent. À titre secondaire, le juge commercial pourra être compétent en présence de sûretés constituées par des actes de commerce. La compétence partagée du juge civil et du juge commercial rappelle celle qui est retenue en matière de cautionnement. Ainsi, la compétence du juge constitue un nouveau point commun des deux règles de proportionnalité étudiées.

De la même façon, les modalités du contrôle de la Cour de cassation seront identiques concernant l'application des deux règles de proportionnalité proposées en droit des sûretés. En effet, comme c'est déjà le cas en matière de proportionnalité du cautionnement, la Cour de cassation ne pourra ni se prononcer sur l'existence d'une disproportion, ni sur la motivation des juges du fonds ayant caractérisé l'existence ou l'absence de disproportion. La Cour de cassation se contentera de répondre à des questions de droit entourant la règle de proportionnalité des sûretés. Ce faisant, elle sera en mesure de poser des lignes directrices permettant de préciser l'application concrète de la règle de proportionnalité.

Conclusion du titre 2

L'instauration d'une règle de proportionnalité n'apparaîtra envisageable que si la règle proposée est suffisamment précise. Plusieurs aspects de la règle ont été précisés. Certains concernent l'appréciation de la proportionnalité et d'autres le prononcé de la sanction.

L'appréciation de la proportionnalité peut être précisée par la découverte soit d'un fondement auquel se rattacherait la règle étudiée, soit d'un critère permettant d'identifier plus aisément les situations dans lesquelles la disproportion est caractérisée. Divers fondements ont été envisagés. Le fondement de l'abus de droit a été rejeté dès lors qu'il implique de porter un regard critique sur le comportement adopté par le créancier. Celui des clauses abusives a également été rejeté dès lors que le texte reconnaissant la possibilité de déceler des clauses abusives en droit commun restreint les hypothèses concernées. En effet, les clauses abusives ne peuvent porter sur l'objet principal du contrat. N'ont pas davantage été retenus le fondement de l'équilibre contractuel qui ne pouvait concerner les sûretés pour autrui lesquelles sont consenties au sein de contrats unilatéraux, ni celui de la violence économique qui n'aurait pu être invoqué qu'en présence d'un créancier ayant abusé de l'état de dépendance du constituant. À l'inverse, le fondement de la loyauté contractuelle semble pertinent. Toutefois, il ne permet pas de préciser la notion de sûretés disproportionnées. Les critères autonomes de la prise de sûretés raisonnables ou excessives ont été envisagés mais ne permettent pas davantage de préciser la notion de prise de sûretés disproportionnées. Finalement, le critère de l'utilité des sûretés a été retenu.

Les juges pourront se référer au critère de l'utilité des sûretés pour apprécier la proportionnalité des sûretés. En effet, la prise de sûretés disproportionnées fait nécessairement apparaître une prise de sûretés partiellement inutiles. Dès lors que les sûretés offertes à un créancier suffisent à garantir le remboursement de sa créance, la prise de sûretés supplémentaires apparaît excessive. Cette part d'excès révèle la prise de sûretés disproportionnées au crédit consenti. Le critère de l'utilité n'est pas innovant. Il existe en matière de proportionnalité des voies d'exécution. L'exercice de voies d'exécution est disproportionné lorsque les mesures exercées peuvent être qualifiées d'inutiles.

Ce critère permettra de guider les juges chargés de l'appréciation de la proportionnalité. Cette aide sera utile en ce qu'aucun seuil de proportionnalité ne peut être prévu. En effet,

l'instauration d'un seuil apparaîtrait extrêmement complexe dès lors que la règle de proportionnalité des sûretés a vocation à s'appliquer à toutes les sûretés quelle que soit leur nature. L'instauration d'une règle de proportionnalité impliquera donc nécessairement de faire confiance aux juges qui seront chargés d'évaluer l'existence d'une disproportion. Néanmoins, seules les disproportions manifestes devraient être sanctionnées de sorte que les juges ne rencontreront pas de difficulté particulière pour remplir la mission qui leur sera confiée.

Pour préciser davantage l'appréciation de la proportionnalité, il est apparu nécessaire de déterminer la date à laquelle la proportionnalité devait être appréciée. La finalité de la règle de proportionnalité implique de rejeter une appréciation au jour de la réalisation des sûretés. La règle a pour objectif de protéger le crédit du constituant et doit donc pouvoir être invoquée au cours de l'existence des sûretés. Cette règle se distingue dès lors du principe de proportionnalité des voies d'exécution qui permet d'éviter que les mesures d'exécution exercées soient disproportionnées à la créance recouvrée. L'appréciation de la proportionnalité au jour de la réalisation des sûretés aurait pu jouer un rôle distinct de celui rempli par le principe de proportionnalité des voies d'exécution en assurant l'équilibre entre les droits fondamentaux du créancier et du constituant. Un tel élargissement de la finalité poursuivie par la règle de proportionnalité ne semble toutefois pas souhaitable dès lors qu'il serait source de confusion.

Pour rester fidèle à la finalité de la règle initialement poursuivie, la proportionnalité des sûretés doit être appréciée au jour où le juge statue. À cette date, l'appréciation de la proportionnalité permet d'évaluer la proportionnalité de l'ensemble des sûretés prises par le créancier par rapport au crédit octroyé. Sont en effet prises en compte non seulement les sûretés octroyées lors de l'octroi du crédit, mais également les sûretés octroyées postérieurement. En outre, le choix de cette date permet de prendre en compte l'éventuelle variation du montant de la créance garantie d'une part et de la valeur des sûretés d'autre part.

La sanction de la disproportion a également été précisée : il s'agit de la réduction des sûretés disproportionnées. D'autres sanctions ont été envisagées. L'annulation de l'ensemble des sûretés et l'engagement de la responsabilité du créancier ont été rapidement rejetées. La paralysie des droits résultant de l'octroi de sûretés a été comparée à la réduction. Cette sanction semblait cohérente avec la finalité de la règle de proportionnalité. Néanmoins, la paralysie n'aurait pas été gênante pour le créancier jusqu'au jour de la réalisation des sûretés. Il est ainsi apparu que cette sanction aurait raté son effet : elle n'aurait pas permis de restaurer la proportionnalité des sûretés au cours de leur existence.

La procédure menant au prononcé de la réduction est particulière. La prise de sûretés disproportionnées doit être constatée judiciairement. Le juge invite alors les parties à s'entendre pour réduire les sûretés offertes au créancier. La réduction pourra prendre diverses formes : abandon de certaines sûretés, réduction de l'assiette des sûretés lorsque celle-ci est divisible, mais également la substitution de sûretés de moindre valeur aux sûretés initiales. En l'absence d'accord des parties, le juge pourra alors procéder lui-même à la réduction des sûretés.

Enfin, les juges compétents pour appliquer la règle de proportionnalité ont été identifiés. Il s'agit comme c'est actuellement le cas en matière du cautionnement du juge civil ou du juge commercial. La compétence d'attribution du juge commercial sera retenue lorsque les parties seront commerçantes ou pourra être choisie par le constituant demandeur lorsque le créancier sera commerçant. En dehors de ces hypothèses, le juge commercial pourrait être compétent en présence de sûretés consenties par acte de commerce. Cette dernière hypothèse devrait néanmoins se rencontrer plus rarement. Tout comme la compétence du juge, le contrôle effectué par la Cour de cassation sera identique concernant les deux règles de proportionnalité existantes en droit des sûretés. La Cour de cassation ne pourra se prononcer ni sur l'existence de disproportions, ni sur la motivation des juges du fond ayant apprécié la proportionnalité des sûretés. Pourtant, la Cour de cassation jouera un rôle primordial en permettant une harmonisation des modalités d'appréciation de la proportionnalité. À l'image de la règle de proportionnalité du cautionnement façonnée par la Cour de cassation, de nombreuses précisions pourront être apportées en jurisprudence faisant application de la règle de proportionnalité des sûretés. Ainsi, la compétence du juge et le rôle de la Cour de cassation s'inscriront au titre des similitudes existantes entre les deux règles de proportionnalité applicables en matière de sûretés.

Conclusion de la partie 2

Nous proposons que l’outil de la proportionnalité soit utilisé pour limiter le pouvoir du créancier de se faire consentir les sûretés de son choix. Un tel système n’existe pas en droit positif.

L’instauration d’une règle de proportionnalité des sûretés permettrait une meilleure allocation des capacités des constituants à obtenir des crédits. La règle de proportionnalité envisagée apparaît non seulement louable dans sa finalité, mais également nécessaire pour protéger le crédit des constituants. Diverses règles existent, mais elles sont propres à certaines sûretés. La règle envisagée au contraire concernerait toutes les sûretés quelle que soit leur nature ou leur source. Précisément, seraient concernées tant les sûretés réelles que les sûretés personnelles. Parmi les sûretés réelles, toutes se verraient soumises à la règle de proportionnalité, quelle absorbent ou non le crédit de leur constituant dès lors que toutes participent à l’utilisation du crédit du constituant. De la même manière, l’ensemble des sûretés personnelles seraient soumises à la règle de proportionnalité bien que le cautionnement en lui-même ne puisse jamais être disproportionné au crédit garanti. Par ailleurs, toutes les sûretés se verraient appliquer la règle de proportionnalité quelle que soit leur source. Il est dès lors inévitable, en présence de sûretés conventionnelles que la règle de proportionnalité porte atteinte à la force obligatoire du contrat ainsi qu’à la liberté conventionnelle. L’atteinte portée à ces principes peut sembler critiquable. Elle met en exergue l’atteinte portée au droit des créanciers. Cette atteinte apparaît justifiée d’une part au regard de la finalité de protection du crédit des constituants et d’autre part en considération du régime de la règle élaboré dans le respect des intérêts du créancier.

Bien que le régime de la règle vise à préserver les intérêts du créancier, son champ d’application est général. En effet, nous proposons que toutes les garanties de paiement dont dispose le créancier soient prises en compte dans l’appréciation de la proportionnalité. Cette appréciation nécessite que soit adopté le point de vue du créancier. L’ensemble des garanties et des sûretés dont il dispose seront additionnées puis comparées à l’importance du crédit garanti. En revanche, seules les sûretés *stricto sensu* pourront recevoir la sanction de la disproportion. C’est pourquoi l’intitulé « règle de proportionnalité des sûretés » se trouve justifié. Dès lors que les garanties de paiement entrent dans l’appréciation de la proportionnalité, il est apparu nécessaire de préciser le sort de deux d’entre elles. Le droit de rétention devra être pris en considération dans l’appréciation de la proportionnalité, mais ne pourra être l’objet de la réduction sanctionnant la disproportion. Il en résulte que seuls les constituants de sûretés offertes au créancier disposant par ailleurs d’un droit de rétention pourront se prévaloir de la disproportion

engendrée par cette garantie de paiement. L'efficacité de cette garantie demeurera dès lors intacte malgré l'instauration d'une règle de proportionnalité. À l'inverse, les sûretés négatives devront constituer une exception à l'impossibilité pour la sanction de porter sur des garanties de paiement au sens large. En effet, il est nécessaire que ces garanties puissent recevoir la sanction dès lors qu'à elles seules les sûretés négatives peuvent empêcher le constituant d'obtenir d'autres crédits.

La généralité de la règle quant aux sûretés et garanties prises en considération se retrouve dans son champ d'application personnel. En effet, tous les constituants seront concernés à condition d'être de bonne foi. Il semble logique que la condition relative à la bonne foi soit identique aux deux règles de proportionnalité dès lors qu'il s'agit de deux règles de protection offertes aux garants d'une part et à l'ensemble des constituants d'autre part. En revanche, l'ensemble des constituants se voient protégés par la règle, alors que seuls les garants personnes physiques bénéficient de la protection contre l'insolvabilité. Cette distinction se justifie par le fait que la lutte contre l'insolvabilité touche à la dignité des personnes physiques et présente donc nécessairement un caractère particulier les concernant alors que la lutte contre le gaspillage du crédit est utile tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

Dès lors que les contours de la règle ont été posés, des précisions ont pu être apportées sur son régime. Un critère de précision de la notion de proportionnalité a été recherché. Après que divers fondements et critères aient été rejetés, le critère de l'utilité des sûretés a été retenu. Ainsi, pour apprécier la proportionnalité des sûretés prises, le juge pourra se poser la question de savoir si toutes les sûretés dont bénéficie le créancier sont utiles. Bien que ce critère soit souple, la mission confiée aux juges sera facilitée par le fait que seule sera sanctionnée la prise de sûretés manifestement disproportionnées.

L'appréciation de la proportionnalité a encore été précisée par la détermination de la date à laquelle elle devait avoir lieu. Il est apparu que la proportionnalité devrait être appréciée au jour où le juge statue pour permettre que toutes les sûretés offertes au créancier soient prises en compte. En outre, il pourra également être tenu compte de l'évolution de la valeur des sûretés depuis leur constitution ou encore de l'évolution du montant de la créance garantie. A donc été rejeté l'appréciation de la proportionnalité au jour de la réalisation des sûretés. Le choix de cette date aurait fait perdre tout intérêt à la règle de proportionnalité, dès lors qu'un principe de proportionnalité des voies d'exécution permet d'ores et déjà de contrôler la proportionnalité à ce stade. Par ailleurs, le choix de l'appréciation au jour de la réalisation des sûretés aurait pu

correspondre à un élargissement de la finalité de la règle de proportionnalité. En effet, la règle aurait pu être utilisée pour équilibrer les droits fondamentaux du constituant et du créancier. Un tel détournement de la finalité initiale de la règle ne nous semble pourtant pas judicieux.

La sanction de la disproportion proposée est celle de la réduction des sûretés. La sanction de la paralysie des droits du créancier avait été envisagée mais elle est finalement apparue inefficace. La sanction de la réduction ne pourra être prononcée qu'à l'issue d'une procédure particulière. Dès lors qu'une prise de sûretés manifestement disproportionnées aura été constatée, le juge invitera les parties à s'entendre pour procéder elles-mêmes à la réduction des sûretés offertes au créancier. Cette réduction pourra prendre diverses formes. Si les parties ne parviennent pas à convenir des modalités de la réduction, le juge procédera lui-même à la réduction des sûretés offertes au créancier. La sanction de la réduction, comme la procédure menant à son prononcé, sont identiques dans les deux règles de proportionnalité. Ce choix répété peut aisément être justifié dès lors que la sanction de la réduction est celle qui apparaît spontanément la plus logique en présence d'une disproportion. Le choix d'une même procédure résulte de la volonté de donner la priorité aux négociations des parties. En présence de sûretés conventionnelles, ce choix permet d'amoindrir l'immixtion du juge dans les contrats. Il permet également de renforcer l'aspect incitatif de la règle. En effet, les créanciers auront intérêt à respecter les deux règles de proportionnalité pour éviter d'entrer dans une procédure qui pourrait durer dans le temps.

Il est encore proposé que le juge civil et le juge commercial soient appelés à connaître du contentieux de la proportionnalité des sûretés. Ce partage de compétence est identique en matière de proportionnalité permettant de lutter contre l'insolvabilité des garants. La Cour de cassation jouera également un rôle essentiel. Elle précisera les modalités d'application de la règle à l'image des réponses apportées aux nombreuses questions de droit relatives à l'application de la règle de proportionnalité du cautionnement. Ainsi, les similitudes entre les deux règles de proportionnalité se poursuivent jusqu'aux rôles des différentes juridictions.

Conclusion générale

Double proposition. Au cours de cette étude, nous avons proposé de montrer que la proportionnalité des sûretés remplissait deux fonctions distinctes. En premier lieu, elle tend à lutter contre le surendettement des garants, en modérant les sûretés nuisibles. En second lieu, la proportionnalité permettrait d'éviter le gaspillage du crédit des constituants, en réduisant les sûretés inutiles. Dans sa première fonction, la proportionnalité consiste à imposer le respect d'un rapport de proportionnalité entre l'importance des sûretés pour autrui et les facultés de paiement des garants. La règle proposée s'appuie évidemment sur ce qui existe d'ores et déjà en matière de cautionnement. Toutefois le dispositif existant a fait l'objet de propositions d'amélioration, avant que son extension à l'ensemble des sûretés pour autrui soit envisagée : garantie autonome, lettre d'intention et sûreté réelle pour autrui. Dans sa seconde fonction, la proportionnalité s'entend d'une exigence de mesure entre d'une part l'ensemble des sûretés et garanties obtenues par un créancier et d'autre part le montant de la créance garantie. Une telle conception de la proportionnalité des sûretés n'est pas inconnue du droit positif, dès lors que des règles éparses envisagent d'ores et déjà la proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti. En partant de ces applications particulières, nous proposons de consacrer une exigence de proportionnalité de droit commun, permettant de protéger les constituants contre des sûretés inutiles qui gaspillent leur crédit.

Finalité de protection. Les propositions émises dans la thèse, visant à élargir le domaine de la proportionnalité pour en faire un principe général qui irrigue l'ensemble du droit des sûretés, ne sont évidemment pas favorables aux créanciers. Ceux-ci seront bridés dans leur prise de sûretés et subiront une sanction s'ils se font consentir des sûretés disproportionnées. La proposition d'une nouvelle contrainte pour les créanciers pourrait être critiquée : n'est-ce pas là une surprotection illégitime qui ruine un peu plus l'efficacité des sûretés ? Il est vrai que le droit positif porte déjà diverses atteintes à la force obligatoire des contrats. À ce titre, le sort des créanciers est tributaire de l'apparition d'une situation d'insolvabilité de leurs débiteurs. Le

droit du surendettement et le droit des procédures collectives autorisent en effet que d'importantes atteintes soient portées à leurs droits. De la même façon, l'admission du mécanisme de l'imprévision ou encore la protection des contractants contre les clauses abusives portent atteinte à la force obligatoire des contrats et donc aux droits des créanciers. Nous pensons néanmoins que les propositions faites ne sont pas de nature à porter une atteinte intolérable à leurs droits.

Équilibre des propositions. Plusieurs éléments permettent en dernière analyse de considérer que les modifications apportées au droit positif apparaissent équilibrées. Ainsi, les exigences de proportionnalité des sûretés proposées ne visent à protéger que les garants ou constituants de bonne foi. La sanction de la réduction participe également au caractère mesuré des règles envisagées. En effet, en application de ces règles, les sûretés disproportionnées pourraient être réduites et demeureraient ainsi dans une mesure acceptable. Concernant spécifiquement la proportionnalité permettant de lutter contre le gaspillage du crédit, il a été précisé que la disproportion se caractérisait par une prise de sûretés inutiles. Ainsi, la réduction de telles sûretés ne pourra être critiquée, dès lors qu'elle permettra au créancier de conserver toutes celles utiles au recouvrement de sa créance. En matière de proportionnalité visant à lutter contre le surendettement, le mécanisme de maintien de la proportionnalité est particulièrement éloquent à ce titre. En effet, ce dernier s'applique lorsque la disproportion n'aura pas existé au jour de la conclusion de sûreté pour autrui mais sera apparue à une date ultérieure. Dans ces hypothèses, le mécanisme consiste à offrir aux créanciers une nouvelle sûreté en compensation de la réduction qu'ils subiront. Enfin, il faut espérer que ces règles conduiront les créanciers à adopter des comportements mesurés, afin que la réduction des sûretés puisse être l'exception et la prise de sûretés proportionnées le principe.

Principe de proportionnalité des sûretés. Malgré le caractère équilibré des règles de proportionnalité proposées, leur généralité pourrait sembler effrayante. En effet, elles ont vocation à s'appliquer à toutes les sûretés et garanties. Cette généralité du champ d'application des règles de proportionnalité invite à répondre par l'affirmative à la question de savoir si un principe de proportionnalité doit irriguer le droit des sûretés. Toutefois, la généralité du champ d'application ne suffirait pas à parler de principe de proportionnalité si les deux règles envisagées devaient être perçues comme autonomes et indépendantes. Il nous semble au contraire que ces deux règles doivent être liées. Chacune s'inscrit dans un même système permettant d'offrir une protection complète aux constituants de sûretés.

Unicité du principe de proportionnalité. Le lien entre les deux règles proposées résulte de leur finalité commune de protection contre des sûretés excessivement dangereuses ou inutiles. Cette finalité commune implique que le bénéficiaire mérite la protection de la loi. Ainsi, dans les deux cas, celui qui invoque la disproportion devra être de bonne foi. Dans les deux fonctions de la proportionnalité, nous retrouverons les mêmes atteintes à certains principes du droit des obligations, qui permettent de limiter les pouvoirs du créancier lorsqu'il se fait consentir des sûretés. L'outil de la proportionnalité nous semble parfaitement adapté à cet objectif, dès lors que les limites posées dépendent soit de la faculté du garant à honorer son engagement, soit du crédit octroyé au débiteur. En outre, ces deux dispositions mettent en place une sanction commune de la disproportion : la réduction des sûretés disproportionnées. Cette sanction de la disproportion apparaît à la fois mesurée et parfaitement adaptée à l'objectif de protection des différents constituants de sûreté. De plus, une même procédure impliquera que le juge vérifie l'existence d'une disproportion avant d'inviter les parties à négocier afin de déterminer elles-mêmes les modalités de la réduction. Une telle procédure permettra de respecter au mieux le principe de la force obligatoire du contrat. Cette procédure sera menée devant le juge civil ou le juge commercial. La compétence partagée existante en matière de proportionnalité du cautionnement sera conservée pour la règle de proportionnalité de l'ensemble des sûretés pour autrui et reprise à l'identique pour l'application de la règle de proportionnalité protégeant l'ensemble des constituants. Si la majorité des éléments du régime des deux règles apparaissent identiques, des différences existent également.

Différences justifiées des deux règles de proportionnalité. Les différences pouvant être relevées entre les deux règles de proportionnalité découlent des finalités spécifiques de chacune. Ainsi, les éléments mis en balance par l'outil de la proportionnalité diffèrent nécessairement. Il s'agit d'une part de l'importance des engagements des constituants de sûretés pour autrui par rapport à leurs facultés à honorer ces engagements et d'autre part, de l'importance des garanties profitant au créancier par rapport à la créance garantie. Par ailleurs, la lutte contre l'insolvabilité est particulièrement pressante concernant les personnes physiques de sorte qu'il est justifié que la protection offerte par l'exigence de proportionnalité des sûretés pour autrui leur soit réservée. À l'inverse, une telle distinction entre les personnes physiques et morales ne se justifie pas concernant la proportionnalité des sûretés par rapport au crédit consenti. En effet, le gaspillage du crédit est nuisible aux personnes physiques comme aux personnes morales. Par suite, la règle de proportionnalité des sûretés doit permettre d'assurer la protection de l'ensemble de ces personnes. Enfin, la date d'appréciation de la proportionnalité n'est pas la même dans les deux

applications de la proportionnalité. Cette différence est également justifiée. La proportionnalité des sûretés pour autrui sera appréciée au jour de leur constitution et ne pourra donner lieu à réduction que si elle demeure au jour de l'appel de la caution. La date d'appréciation de la proportionnalité est ainsi identique à celle actuellement retenue en matière de cautionnement. À l'inverse, la proportionnalité visant à lutter contre la prise de sûretés inutiles sera appréciée à la date où le juge se prononce sur l'existence d'une disproportion. Cette date est la seule qui puisse être retenue, dès lors que toutes les sûretés offertes au créancier doivent être évaluées ensemble. Malgré ces différences de régime, la proportionnalité des sûretés peut faire l'objet d'un principe unique recevant deux applications distinctes.

Correction par la proportion. En définitive, le principal trait commun des deux règles réside dans leur mode d'action unique. En effet, elles constituent à la fois des mécanismes de protection des garants ou constituants et des instruments de correction des comportements des créanciers. En somme, le principe de proportionnalité invite à la modération des sûretés, en réduisant les sûretés nuisibles ou inutiles, sans pour autant sacrifier les garanties offertes au créancier. Au terme de cette étude, il reste à espérer que ces quelques propositions apparaissent elles-mêmes proportionnées.

Rappel des propositions de thèse

Les textes proposés devraient être intégrés au livre IV du Code civil relatif aux sûretés. Les articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation devraient être abrogés.

Article relatif à la réduction du cautionnement disproportionné

Le cautionnement fourni par une caution personne physique de bonne foi peut être réduit s'il est d'un montant manifestement disproportionné à ses facultés de paiement lors de sa conclusion, à moins que la disproportion ne puisse plus être constatée au moment où celle-ci est appelée.

Le juge constatant une telle disproportion invite la caution et le créancier à déterminer ensemble le montant du cautionnement révisé. En l'absence d'accord des parties le juge procède lui-même à la réduction du cautionnement.

Les personnes physiques ayant choisi le statut d'entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ne sont pas admises à se prévaloir de la présente règle.

Article relatif au maintien de la proportionnalité du cautionnement

Lorsque la disproportion manifeste du montant dû par la caution personne physique de bonne foi par rapport à ses capacités financières résulte d'une évolution de sa situation depuis son engagement, le créancier, le débiteur ou la caution peuvent saisir le juge.

Ils sont toutefois privés de cette action lorsque le débiteur principal fait l'objet d'une procédure prévue au livre VI du Code de commerce.

S'il constate une disproportion manifeste, le juge invite le créancier et le débiteur à entrer en négociation afin de substituer une nouvelle sûreté au cautionnement initialement offert au créancier. Le juge peut encadrer ces négociations et fixer un délai au-delà duquel il procédera lui-même à une substitution de sûreté.

En cas d'échec des négociations de parties, le juge peut ordonner la libération totale ou partielle de la caution en contrepartie de l'octroi au créancier d'une sûreté de valeur équivalente prise sur le patrimoine du débiteur.

Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'offrir au créancier une nouvelle sûreté, la caution reste tenue.

La règle de proportionnalité des garanties autonomes et des lettres d'intention pourrait faire l'objet d'articles du Code civil rédigés comme suit¹⁶⁹⁴ :

Article relatif à la proportionnalité des garanties autonomes

Le garant autonome personne physique de bonne foi peut obtenir la réduction judiciaire de son engagement si la garantie autonome souscrite est manifestement disproportionnée à ses facultés de paiement au jour de sa souscription.

Si une disproportion manifeste apparaît au cours de l'existence de la garantie autonome, la procédure de maintien de la proportionnalité prévue en matière de cautionnement sera suivie et conduira à la substitution d'une sûreté nouvelle à la garantie autonome initiale.

Article relatif à la proportionnalité des lettres d'intention

L'émetteur d'une lettre d'intention personne physique de bonne foi peut obtenir la réduction judiciaire de son obligation de faire ou de ne pas faire, si cette obligation était manifestement disproportionnée par rapport à sa faculté à l'exécuter lors de son engagement.

Si la disproportion est apparue au cours de l'existence de la lettre d'intention, la procédure de maintien de la proportionnalité prévue en matière de cautionnement sera suivie et conduira à la substitution d'une sûreté nouvelle à la lettre d'intention initiale.

¹⁶⁹⁴ L'intervention du législateur sera nécessaire pour que la règle de proportionnalité telle qu'elle existe en matière de cautionnement soit améliorée. Il semblerait cohérent de profiter de cette modification des textes pour intégrer au sein du Code civil les articles relatifs à la proportionnalité des garanties autonomes et des lettres d'intention. Leur place au sein du Code civil se justifie par le fait que ces textes ont vocation à protéger l'ensemble des garants personnes physiques de bonne foi.

Article relatif à la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui

La règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui pourrait faire l'objet d'un article du Code civil rédigé comme suit¹⁶⁹⁵ :

Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui personne physique de bonne foi peut s'opposer à sa réalisation si le respect de cet engagement était disproportionné à ses facultés de paiement au jour de son engagement et le demeure au jour de la poursuite.

Une fois la disproportion constatée judiciairement, les parties choisissent ensemble une sûreté se substituant à la sûreté réelle initiale.

En l'absence d'accord des parties, la substitution de sûreté est prononcée judiciairement.

¹⁶⁹⁵ L'intervention du législateur sera nécessaire pour que la règle de proportionnalité telle qu'elle existe en matière de cautionnement soit améliorée. Il semblerait cohérent de profiter de cette modification des textes pour intégrer au sein du Code civil l'article relatif à la proportionnalité des sûretés réelles pour autrui. Leur place au sein du Code civil se justifie par le fait que ces textes ont vocation à protéger l'ensemble des constituants personnes physiques de bonne foi.

Article relatif à la proportionnalité luttant contre le gaspillage du crédit

La règle de proportionnalité des sûretés pourrait faire l'objet d'un texte inséré au sein du Code civil. Ce texte pourrait être rédigé comme suit :

Le constituant d'une ou plusieurs sûretés personnelles ou réelles de bonne foi peut demander leur réduction lorsque, au jour où le juge statue, l'ensemble des garanties offertes au créancier apparaissent disproportionnées par rapport à la créance garantie.

Le juge qui constate la disproportion des garanties bénéficiant au créancier invite les parties à décider elles-mêmes des modalités pratiques de la réduction des sûretés.

En l'absence d'accord des parties, le juge décide des modalités de la réduction. Il peut faire réduire l'assiette des sûretés, leur inscription ou prononcer la substitution de sûretés plus mesurées aux sûretés existantes.

Bibliographie

Traité et ouvrages généraux

- Ch. Albigès et M.-P. Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Dalloz, 7^e éd., 2019.
- P. Ancel et O. Gout, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 8^e éd., 2019.
- L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 4^e éd. 2019.
- J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 17^e, 2018.
- L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019.
- A.-S. Barthez et D. Houtcieff, (s. dir. J. Ghestin), *Traité de droit civil. Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010.
- A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18^e éd. LGDJ, 2019.
- B. Bernier et Y. Simon, *Initiation à la macroéconomie*, Dunod, 9^e éd., 2007.
- J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, 2^e éd., PUF, 2011.
- A. Bergeaud Wetterwald, E. Bonis, Y. Capdepon, *Procédure civile*, éd. cujas, 2017/2018.
- A. Berramdane et J. Rossetto, *Droit de l'union européenne. Institutions et ordre juridique*, 3^e éd. LGDJ, 2017.
- R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 12^e éd., 2017.
- T. Bonneau, *Droit bancaire*, 13^e éd. LGDJ, 2019.
- M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020.
- C. Brenner, *Procédures civiles d'exécution*, 10^e éd., 2019.
- M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd, 2015.
- R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13^e éd., 2019.
- R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2018.
- Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Thémis, PUF., 25^e éd. refondue, 1997.
- H. Causse, *Droit bancaire et financier*, mare et martin, 2015.
- N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, 3^e éd. LGDJ, 2019.
- C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd. Dalloz, 2018.
- G. Couchez et D. Lebeau, *Voies d'exécution*, Dalloz université, 12^e éd., 2017.
- M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^e éd., 2019.

F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial, Acte de commerce, fonds de commerce ; commerçants, concurrence*, LGDJ, 12^e éd., 2019.

F. Desportes et F. Le Gunchec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009.

M. Donnier et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 9^e éd., LexisNexis, 2017.

E. Dreyer, *Droit pénal général*, 5^e éd. LexisNexis, 2019.

M. Dupuis, *Droit commercial*, Ellipses, 2018.

M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, 2017.

F. Ferrière et V. Avena-Robardet, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^e éd. 2012.

J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1, L'acte juridique*, Dalloz-Sirey, 16^e éd. 2014.

P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 13^e éd., LGDJ, 2019-2020.

C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, LexisNexis, 9^e éd., 2015.

J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, Paris LGDJ, 3^e éd. 1993.

F. Guerchoun, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Delmas, 1^e éd., 2008.

Ph. Hoonakker, *Procédures civiles d'exécution*, 8^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2018.

D. Houtcieff, *Droit commercial*, Dalloz Université, 4^e éd., 2016.

D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 4^e éd. Bruylant, 2018.

A. Jacquemont, N. Borga, T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficultés*, 11^e éd., LexisNexis, 2019.

E. Jeffers et O. Pastré, *Économie bancaire*, Economica, 2007.

Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, t. I., 3^e édition, 1938.

J. Julien, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien-Lextenso éd., 2009.

D. Khayat, *Le droit du surendettement des particuliers*, LGDJ, 1997.

X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, éd. Joly, 2003.

V. Larribau- Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 16^e éd. 2018-2019.

J. Lasserre Capdeville, M. Storck, M. Mignot, J-Ph. Kovar, N. Eréséo, *Droit bancaire*, Dalloz 2^e éd. 2019.

A. Leborgne, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz 3^e éd. 2019.

A. Leborgne, O. Salati, G. Payan, L. Dargent, *Code des procédures civiles d'exécution annoté*, Dalloz, 7^e éd., 2019.

P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 8^e éd., 2019.

P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10^e éd., 2019/2020.

J. Ledgerwood (sous dir.), *Nouveau manuel de microfinance. Une approche écosystémique*, Economica, 2018.

C. Le Gallou, *Droit des sûretés, droit des entreprises en difficultés*, Larcier 3^e éd., 2017.

D. Legeais, *Opérations de crédit*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.

D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 13^e éd., 2019.

D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 26^e éd., 2020.

Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 11^e éd., 2018/2019.

A. Lienhard, *Procédures collectives*, 8^e éd. 2018/2019.

F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2^e éd., 2018.

Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2018.

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018.

Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^e éd., 2019.

V. Martineau-Bourgninaud, *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement professionnel*, LGDJ, 2018.

- H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, Théorie générale, Montchrestien, 9^e éd., 1998.
- J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.
- M. Mignot, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, 3^e éd., 2017.
- M.-H. Monsérié-Bon, L. Grosclaude, *Droit des sociétés et des groupements*, LGDJ, 2016.
- Ph. Neau-Leduc, A. Périn-Dureau, Ch. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, Dalloz, 6^e éd., 2018.
- Ph. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, 9^e éd., 2017.
- B. Petit, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 6^e éd., 2015.
- Y. Picod, *Droit de la consommation*, Dalloz université, 4^e éd., 2018.
- Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis 3^e éd., 2016.
- S. Piedelièvre, *Droit des sûretés*, Ellipses, 2^e éd. 2015.
- S. Piedelièvre, *Procédures civiles d'exécution*, Economica, 2016.
- S. Piedelièvre, *Instrument de crédit et de paiement*, Dalloz 10^e éd., 2018.
- G. Piette, *Droit des sûretés*, Gualino Lextenso éditions, mémentos LMD 12^e éd. 2018-2019.
- X. Pin, *Droit pénal général 2019*, Dalloz, 11^e éd., 2019.
- M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil, Les biens*, t. 3, par M. Picard : LGDJ, 1926, n° 223.
- R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011.
- A. Prüm, P. Leclerc, et R. Mourier, *Relations entreprises banques*, éd. Francis Lefebvre, 2003.
- H. Renout, *Droit pénal général*, Larcier coll. Paradigme, 18^e éd., 2013.
- J-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 8^e éd. LGDJ, 2019.
- Th. Revet et F. Zenati-Castaing, *Cours de droit civil. Sûretés personnelles*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2013.
- J.-F. Riffard, *Droit des sûretés*, Paris : Créal, cop., 3^e éd., 2014.
- B. Roman, *Droit du cautionnement*, ellipses, 2005.
- R. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. I.
- C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 11^e éd., 2018.
- S. Schiller, *Droit des biens*, Dalloz, 9^e éd. 2019.
- J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^e éd. 2018.
- Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015.
- Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016.
- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédedé, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e éd. 2019.
- F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2019.
- Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^e éd., 1998, coll. Droit fondamental.
- V. Vigneau, G.-X. Bourin et C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, 2^e éd., 2012.
- F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil – Sûretés personnelles, supplément aux obligations*, PUF, 2013.
- F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil, Obligations, Régime* : PUF, 2013.

Ouvrages spéciaux

- P. Ancel, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, 1989.
- C. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, Lausanne, 1766.
- J.-B. Belda, *Du discours sur l'office de la Cour de cassation. Contribution à l'analyse réaliste de la justice française*, Lextenso, éd. l'épitoque, coll. l'unité du droit, 2018.

F. Berenger, et Ch. Atias, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation : de l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003.

G. Biardeaud, *Le surendettement*, Lextenso, 2011.

G. Biardeaud et Ph. Flores, *Crédit à la consommation, protection du consommateur*, Delmas Express, 2012.

Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2014.

A. Cerles, *Le cautionnement et la banque*, Revue banque, 2^e éd., 2008.

C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain*, v. 1, la sanction, entre technique et politique, Dalloz, 2012.

N. Charrel, M. Guibal, (sous dir.), *Code commenté des marchés publics*, Le Moniteur, 8^e éd., 2014.

Y. Chartier, *La Cour de cassation*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^e éd., 2001.

F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2^e éd. 2018.

L. Condorelli, in E. Decaux et P.-H. Imbert (sous dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica 2^e éd. 1999.

S. Coussergues, *Gestion de la banque. Du diagnostic à la stratégie*, 3^e éd. Dounot, Paris, 2002.

S. Goussergues et G. Bourdeaux, *Gestion de la banque. Du diagnostic à la stratégie*, 7^e éd. Dounot, Paris, 2013.

Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil « des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Essai de lecture d'un titre du Code*, Paris éd. Les cours de droit, 1977.

M. Dagot, *Les sûretés judiciaires provisoires. Inscription d'hypothèques, nantissements sur fonds de commerce et autres*, Litec, 1994.

M. De Salvia, *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme. Vol. 1 Jurisprudence 1960 à 2002*, éd. N. P. Engel Kehl Strasbourg Arlington. Va. 2003.

P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 2^e éd, 1998.

L. Favoreu, *La constitution et son juge*, Economica, 2014.

F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.

R.-M. Gelpi et F. Julien-Labruyere, *Histoire du crédit à la consommation, doctrines et pratiques*, La Découverte, Paris 1994.

L.-V. Gouillard, *Traité du nantissement et du droit de rétention : livre III titre XVII du code civil*, Paris : A. Pédone, 2^e éd., 1896.

H. D. Hamboulou et M. Ndende, *Le droit des sûretés dans l'espace OHADA*, l'Harmattan, 2014.

Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.

M. Latina et G. Chantepie, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018.

Y. Lécuyer, *Mémento de la jurisprudence de la CEDH*, Hachette supérieur 2012.

J.-P. Marhuénaud, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation Française, 2001.

D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (sous dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

P. Mbongo, *Libertés et droits fondamentaux*, Berge Levrault, 2015.

M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2004.

G. Petit-Dutaillis, L. Logé, *Le risque du crédit bancaire*, Paris CLET, 1981.

J.-M. Peyrical, *Les avenants aux marchés publics*, Le Moniteur, 2^e éd., 2002.

G. Picca et L. Cobert, *La Cour de cassation*, PUF, 1986.

Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, coll. Anthologie du droit, 4^e éd., LGDJ, 1949.

Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd. 1955.

R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz, 4^e éd. 2018/2019.

J.-L. Sauron et A. Chartier, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino, 2014.

Ph. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.

A. Taillefait, *Les aspects financiers et comptables des marchés publics*, Imprimerie nationale, 2002.

H. Van Greuning et S. Brajovic Bratanovic, *Analyse et gestion du risque bancaire*, éd. Eska, 2004.

G. Viney et P. Jourdain, S. Carval, J. Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017.

R. Von Ihering, *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, 1862, Œuvres choisies, trad. O. de Meulenaere, 1893, t. II.

J.-P. Wattiez, *Le Cautionnement bancaire : Le rôle des banques et des établissements financiers*, Sirey, 1964.

J.-F. Weber, *La Cour de cassation*, La documentation française, 2010.

C. Witz, *Droit privé allemand, t. 1, Actes juridiques, Droits subjectifs*, Litec 1992.

Thèses

J. Abdelkader Guesmi, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, thèse Toulon, 1997.

K. Aimé Diaka, *Le crédit-bail mobilier dans les procédures collectives*, publiobook, 2014.

M. Aimé, *Le commissaire aux comptes et l'état de cessation des paiements*, thèse Paris, 1989

Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, bibl. dr. privé t. 329, 2000.

C. Amouriq, *La banque et les clauses de réserve de propriété*, thèse Nantes, 1986.

J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Défrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2009.

J.-J. Anville N'Goran, *La lésion dans la vente d'immeuble*, thèse Nancy 1991.

A. Arsac, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, thèse Paris, 2013.

S. Atsarias, *La protection des garants des dettes de l'entreprise*, préf. F. Macorig-Venier, LGDJ 2018, bibl. de droit des entreprises en difficulté, t. 12.

A. Aynès, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005.

M. Azrak, *Les Attributs et l'assiette de la propriété foncière en droit français et marocain*, thèse Besançon, 1989.

S. Bachlouch, *La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain*, thèse Paris, 2012.

D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ bibl. dr. privé, t. 432, 2005.

S. Baraké, *Le champ contractuel : étude de l'adéquation des moyens au but contractuel*, thèse Bordeaux, 2007.

X. Barré, *La lettre d'intention : technique contractuelle et pratique bancaire*, Economica, 1995

M. de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, préf. B. Saintourens, PUAM, coll. du laboratoire de théorie juridique, 1998.

B. G. Bekale Ndoutoume, *La procédure de sauvegarde ou l'anticipation judiciaire du risque de défaillance des entreprises*, thèse Toulon, 2018.

P. Bernusset, *De la lésion*, Paris : impr. de E. Donnau, 1867.

D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriou, LGDJ, bibliothèque de dr. privé t. 320, thèse, 1999

Ph. Bletterie, *Le contrat de crédit-bail immobilier en droit français*, thèse Toulouse, 2003.

V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, thèse Paris 2006.

N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, 2009, nouv. bibl. de thèses vol. 82.

L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, 2012.

M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, LGDJ, 2006, bibl. dr. privé, t. 456.

P. Bouteiller, *Le cautionnement, aspects généraux et pratiques bancaires*, préf. B. Bouloc, éd. de l'épargne, Paris, 1986.

C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, PUAM, 2008.

J.-P. Brouillaud, *Le juge amiable compositeur*, thèse Paris 1995.

S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995.

C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002.

G. Chantepie, *La lésion*, LGDJ, 2006.

Y. Chaput, *Les sûretés négatives*, LGDJ, 1974.

N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, bibl. dr. privé, tome CXCIX, 1988.

E. Charlet, *Du droit de rétention*, thèse, Paris, 1852.

M. Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle, leur formation, leurs caractères*, thèse, Lille, 1936.

S. Chrétien, *La notion de liberté contractuelle*, thèse Bordeaux, 2008

I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, bibl. de droit de l'entreprise, 2001.

M. Coulibaly, *Le principe de proportionnalité en droit répressif français*, thèse Montpellier, 2003.

L. Courtot, *La preuve de la propriété immobilière*, thèse, Lyon 2002.

A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préf. E. Locquin, LexisNexis-Litec, 2006.

P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, bibl. dr. privé t. 248, 1995.

M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique comparée des nullités contractuelles*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002.

C. Dauchez, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse Paris, 2013.

M. De Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, coll. du laboratoire de théorie juridique, 1998.

A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, l'Harmattan, 2012.

M.-H. De Laender, *Les sûretés négatives*, thèse Paris, 1998.

A. De Tarde, *L'idée du Juste prix*, thèse, Paris, 1906.

N. Depoix-Robain, *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, thèse Paris, 1997.

M. Dols-Magneville, *La réalisation des sûretés réelles*, thèse 2013, Toulouse

F. Dourmaux, *La notion de fraude en droit privé français*, thèse Paris, 2008.

G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers*, LGDJ, 1989.

J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, préf. J.-L. Debré et M. Verpeaux, LGDJ, bibl. constitutionnelle et de science politique, t. 146, 2015.

L. Du Jardin, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés : la lettre de patronage*, LGDJ, 2001.

L.-M. Duong, *La notion de raisonnable en droit économique*, thèse Nice, 2004.

Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2005.

J.-F. Durand, *Le droit de rétention*, thèse, Paris II, 1979.

Ph. Dutilleul-Francoeur, *La revendication*, thèse Paris, 2003.

J. Elia, *La procédure de sauvegarde des entreprises : étude comparée de droit américain et français*, thèse, Saint Etienne, 2007.

N. Ezran-Charrière, *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, LGDJ, 2002.

R. Family, *L'acte de fiducie : étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Paris, 2000.

S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté : étude de l'efficacité du mécanisme*, LGDJ, 2016.

B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 366, 2002.

C. Fiori-Khayat, *Essai sur le formalisme cambiaire : la forme, condition de l'engagement dans la lettre de change*, thèse Paris 2004.

J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. Ph. Le Tourneau, PUAM, 2004.

P.-Y. Gadhoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle bibl. de thèses, 2008.

M.-O. Gain, *Essai sur l'abus de droit*, thèse Lille, 1991 ; B. Bachelet, *L'abus en matière contractuelle*, thèse Grenoble, 2004.

L. Gaudin, *La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, préf. G. Pignarre, Defrénois, coll. Thèses, t. 39, 2009.

E. Gaudin de Lagrange, *L'intervention du juge dans le contrat*, thèse Montpellier, Sirey, 1935.

F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. Saleilles, LGDJ, t. 1er, 1919.

Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016.

B. Guiderdoni, *Le forçage du contrat par le juge*, thèse Caen, 2002.

F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, Dalloz, 1928.

E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau Éditeur 1912.

A.-M. Hemar, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, Paris : C. de Mourgues frères, 1864.

R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, bibl. dr. privé t. 573, 2016.

F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998. bibl. dr. privé t. 294.

T. Jacob, *Cession de créance et opposabilité*, thèse Strasbourg, 2015.

F. Jacomino, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Nice, 2018.

B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, 2001.

J. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, thèse, Paris, Pédone, 1899.

H. Juillet-Régis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015.

J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard et P. Raynaud, PUAM, 2003.

- C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. de Ch. Larroumet, Défrenois coll. de thèses, t. 37, 2009.
- H. Juillet-Regis, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, thèse Paris, 2015.
- S. T. S., Karfo, *Païement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, Toulouse, 2014.
- A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, 2001.
- M. F. Kourouma, *Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde - Approche comparative droit français/droit OHADA*, thèse Toulon, 2018.
- M. Labbé, *Le règlement amiable : loi du 1er mars 1984*, thèse Paris, 1987.
- R. Labernede, *L'obligation de renégocier en droit privé des contrats*, thèse Paris, 2016.
- K. Lafaurie, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2017.
- F. Lafay, *La modulation du droit par le juge : étude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006.
- M. Laroche, *Revendication et propriété : étude des rapports entre droit des procédures collectives et droit des biens*, Défrenois, Doctorat & Notariat, t. 24, 2006.
- V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000.
- D. Lecomte, *L'EURL, structure d'organisation de l'entreprise*, l'Harmattan, 2004.
- E. Le Corre-Broly, *Crédit-bail mobilier et procédure collective : contribution à l'étude du contrat de crédit-bail mobilier en cas de redressement judiciaire du locataire*, thèse Lille, 1997.
- S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. Muir-Watt, LGDJ bibl. dr. privé t. 335, 2000.
- P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare et Martin, 2014.
- O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. J. Ghestin, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 322, 1999.
- A. Le Gars, *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse Toulouse, 2003.
- F. Luxembourg, *La déchéance des droits*, thèse : éd. Panthéon-Assas, 2007.
- H. Maarouf-Raouf, *Sûreté du contrat ou sécurité du contractant : la sanction des clauses abusives*, thèse Strasbourg, 2000.
- Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat. Étude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.*, préf. P. Esmein, éd. Matot-Braine, Reims, 1953.
- C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, LGDJ, bibl. dr. privé, n° 321, 1999.
- M.-C. Mariani-Riela, *Le règlement amiable des entreprises*, thèse Nice, 1991.
- J. Marson, *L'abus du droit en matière de contrat*, éd. A. Rousseau, 1935.
- G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Sirey, 1929.
- A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse Paris, 2013.
- P. Mazière, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. de B. Teyssié, PUAM, 2003.
- M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 411, 2004.
- C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018, bibl. dr. privé, t. 580.
- S. Moracchini-Zeidenberg, *L'abus dans les relations de droit privé*, PUAM, 2004.
- P. Morvan, *Le principe en droit privé*, préf. J.-L. Souriou, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 1999.
- Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1979.
- A. Mrabti, *Contribution à l'étude critique de la notion de lésion*, thèse Paris 1986.
- E. Netter, *Les garanties indemnitaires*, PUAM, 2014.

M. Nicolle, *Le droit au crédit*, thèse Paris Descartes, 2014.

I. Novoseltsev, *Critères d'insolvabilité en droit communautaire, français et ukrainien*, thèse Paris, 2015.

B. Ody, *La fiducie et l'entrepreneur*, thèse Rennes 2016.

L. Orsini, *Le juste prix dans la vente d'immeuble*, thèse Marseille 1994.

E. Ossouma-Efame, *Le rôle de la cessation des paiements dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, thèse Toulon, 2015.

A. G. Ouane, *Quelle place aujourd'hui pour la lettre d'intention ?*, thèse Paris Nanterre, 2005.

R. Ouelhazi, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, thèse Strasbourg, 1997.

O. Padé, *Le crédit-bail immobilier*, thèse Paris, 2000

M.-C. Peglion-Zika, *La notion de clause abusive : au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, LGDJ, 2018.

F. Perochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988.

X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préf. P. Jourdain, LGDJ, 2004.

M.-E. Prancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996

J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2012.

O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. Lequette, LGDJ bibl. dr. privé, t. 535, 2012.

C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique*, préf. M. Villey, LGDJ, bibl. de philosophie du droit v. XXIX, 1984.

J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives, en dehors des questions de réserve, de sûretés et de garantie*, th. Paris, 1905.

A. Perrot-Bienvenu, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle*, thèse Paris, 1990.

X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, préf. C. Debbasch, PUAM, 1990.

Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 208, 1989.

R. Pierrot, *De l'influence de la technique sur les institutions juridiques*, thèse, Paris, 1947, recueil Sirey.

J.-C. Planque, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris Budapest Torino : l'Harmattan, 2003.

H. Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009.

V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept*, préf. J-Ph. Lévy, PUF, 1980.

P. Rey, *De l'usage de la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, thèse Paris, 1993.

M.-J. Reymond de Gentile, *Le Principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Sirey, 1973.

S. Roose, *La réserve de propriété : un mécanisme pour l'immatériel*, thèse Montpellier 2008.

S. Saaied, *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, LGDJ, 2015.

M. Sakho, *Le crédit par cession de créance*, thèse Orléans, 1990.

O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, préf. Putman, PUAM, 2000.

J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999.

F. Shyyab, *La société unipersonnelle*, thèse Grenoble, 2012.

Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Strasbourg, 1968, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

- M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 528, 2011.
- C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, nouvelle bibl. de thèses, n° 190, 2019.
- B. Seye, *La pratique du cautionnement bancaire*, thèse Saint-Etienne, 2005.
- M.-C. Seyssel, *L'abus de droit dans les contrats*, thèse Chambéry, 2004.
- J. Soulié, *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, thèse Toulouse, 1913.
- M. O. Stati, *Le standard juridique*, thèse Paris, librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.
- Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.
- M. Tarchichi Abou Chahine, *Les garanties fiduciaires*, thèse Clermont-Ferrand, 2009.
- C. Tirvaudey-Bourdin, *L'indivisibilité en droit privé*, thèse Dijon, 2003.
- A. Touzain, *La consignation*, thèse Paris, 2018.
- J.-R. Tskia, *L'abus de droit en matière de sûretés*, thèse Rennes 1995.
- A. Turmo, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union Européenne*, thèse Paris 2016.
- L. Valette, *La clause de traitement égal dite « PARI PASSU »*, thèse Paris, 1999.
- Y. Viala, *Le principe de l'égalité entre les créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse Toulouse, 2001.
- J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préf. G. Marty, Dalloz 1957.
- G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles*, préf. J. Ghestin, LGDJ 1986.
- G. Weiszberg, *Le raisonnable en droit du commerce international*, thèse Paris, 2003.
- H. Westendorf, *Le transfert des sûretés*, préf. P. Crocq, Defrénois, 2015.
- G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, bibl. dr. public, t. 179, 1995.
- D. Zerouki, *La légalité criminelle : enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, thèse Lyon, 2001.

Articles

P. Ancel

- « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *JCP. éd. E.* 1989, Cah. dr. entr. n° 5-89, p. 3.
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.
- « Qualification et régime de l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette prévu par l'article 1216 du code civil », *D.*, 2000, p. 407.
- « Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien », *RDC* 2003, n° 1, p. 225.

A. Andrieux, « La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *LPA* 2016, n° 167, p. 6.

L. Andreu,

- « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles (À propos de l'Ordonnance du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie) », *LPA*, 5 juin 2009, p. 5.
- « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », *JCP éd. N*, 2016, n° 12, 1105.
- « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat* 2018, p. 262.

G. Ansaloni, « La responsabilité du banquier et les sûretés disproportionnées », *revue banque* n° 748, mai 2012, p. 52 et s.

J.-J. Ansault

- « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles ; que choisir ? », *Dr. et patr.*, 2010, n° 192.

Ch. Atias, « Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation, L'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable », *D.* 2003, p.2620.

V. Avena-Robardet

- « Réforme inopinée du cautionnement », *D.*, 2003, p. 2083, III.
- « Réforme du cautionnement : interprétation de la jurisprudence », *D.* 2008, p. 2657.

N.-H. Aymeric, « Gages et nantissements divers », *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 2960

A. Aynès

- « Fiducie immobilière : belle endormie », *JCP éd. N*, n° 12, 25 mars 2016, 1106.
- « Régime de l'obligation et sûretés », *RDC* 2018, hors-série, p. 46.

L. Aynès

- « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr.*, n°120, novembre 2003.
- « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* juill.-août 2007. 48.
- « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC*, n° hors série, p° 14.

D. Bakouche

- « La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence », *CCC* avril 2004, chron. 5
- « La proportionnalité dans le cautionnement après la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique », *Lexbase Hebdo* 2004, éd. Aff. n°118.

H. Barbier

- « Du devoir de ne pas contracter au devoir de contracter du banquier », *RD banc. et fin.* 2013, dossier 49.
- « La violence par abus de dépendance », *JCP éd. G* n°15, 2016, 421.
- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247.

F. Barbiéri

- « EIRL, un statut opportun pour l'entrepreneur et ses partenaires ? », *BJS* mars 2011, n° 3, p. 227.

F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *JCP éd. E*, 2009, n° 1808.

A.-S. Barthez

- « L'exigence de proportionnalité en droit du cautionnement », *RDC* 2011, n° 3, p. 911.
- « Exigence de proportionnalité en matière de cautionnement », *RDC* 2012 - n° 4, p. 1269.
- « L'avenir des sûretés personnelles alternatives », *RD banc. et fin.* 2016, dossier 4.

Ch. Bastard de Crisnay, « Brèves remarques sur l'application de la garantie à première demande en matière de promesse unilatérale de vente », *Defrénois* 1992, n° 22, p. 1393.

M. Béhar-Touchais

- « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », *RTD civ.* 1993, p. 737.
- « La proportionnalité conquérante », *JCP* n° 3, 2016, p. 51.
- « Loi du 4 avril 2019 introduisant dans le Code de droit économique belge la sanction du déséquilibre manifeste dans les contrats entre entreprises », *LEDICO* nov. 2019, n° 10, p. 3.

A. Benabent,

- « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA* 1998 - n° 54 – p. 14.
- « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné », *D.* 2016, p. 317.

R. Besnard Goudet « La coexistence de deux régimes pour les cautions dirigeants », *Droit des sociétés* n° 11, nov. 2010, étude 16.

E.-M. Bey, « Le crédit-bail envisagé comme une sûreté », in *L'évolution des sûretés*, *Rev. jur. com.* 1982, p. 52 et s.

F. Bicheron, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.* 2015 n°120, p. 24.

N. Blanc, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019, n° 02, p. 155.

Y. Blandin, « De la réforme des sûretés après adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi PACTE », *Dalloz actualité*, 24 oct. 2018.

S. Blot, « Les garanties autonomes face à la pratique bancaire », *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 17.

R. Boffa, « La cause, une assurance tous risques », *D.* 2016, p. 458.

M. Boizard, « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

T. Bonnau, « Du droit au crédit », *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2012, p. 4.

N. Borga

- « L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus », *D.* 2006, p. 2090.
- « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *RDBF*, n° 2, mars 2016, dossier 13.
- « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJE*, 2011, n° 01, p. 76.

F. Boucard, « Crédit responsable - Le « crédit responsable » vu par le Conseil d'État et la Cour de cassation », *RD banc. et fin.* n° 2, mars. 2012, doss. 11.

A. Boujeka, « Le principe de proportionnalité dans le dispositif prévu par l'article 2037 du code civil », *D.* 2000, p. 215.

M. Bourassin

- « Sûretés et surendettement des particuliers », *LPA* 2012, n° 203, p. 4.
- « La rationalisation du droit du cautionnement », *RB banc. et fin.* n° 1, janvier 2016, doss. 3.
- « Réforme du gage des stocks : de l'attraction à l'attractivité », *Gaz. Pal.* 2016, n°10, p. 36

G.-X. Bourin, « Quelques aspects du contrôle, par la Cour de cassation, de la fin de non-recevoir tirée de l'absence de bonne foi dans le surendettement des particuliers » *Dr. et proc.*, janv-févr. 2006.

P. Bouteiller, « La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie », *JCP éd. E.*, n° 16, 17 Avril 2008, 1495.

M. Brandac, « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD civ.* 1993, p. 49.

V. Brémond

- « Le cautionnement réel est aussi un cautionnement... personnel », *JCP éd. N, nov.* 2002, I, 1640.
- « Régimes matrimoniaux. Hypothèque légale des époux », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 270, 2017.

C.-E. Bucher, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC*, n° 5, 2016, dossier 6.

P. Buisson et S. Darcel, « L'exigence de proportionnalité des engagements et le devoir de mise en garde des banques », *JCP éd. G* n° 50, 12 décembre 2011, 1398.

L. Cadiet, Ph. Le tourneau, « Abus de droit », *répertoire de droit civil*, juin 2015.

M.-T., Calais-Auloy, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA* 9 août 1999, n° 157, p. 4.

A. Cartier-Bresson, « Le support public du financement non bancaire des PME et ETI : la Banque publique d'investissement », *RD banc. et fin.*, n° 3, mai 2018.

J. Casey, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.* 1998 p. 208.

G. Cattalano-Cloarec, « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », *EDCO*, n° 3, p. 6.

V. Catillon, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques », *LPA* 8 août 2008, n° 159, p. 7.

N. Cayrol,

- « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *RTD civ.* 2016, p. 449.
- « La proportionnalité des mesures d'instruction in futurum », *RTD civ.* 2017, p. 491.

A. Cerles

- « Le cautionnement et la banque », *Revue banque*, 2^e éd., 2008.

- « L'hypothèque rechargeable », *RLDA*, N° 14, 1^e mars 2007.

E. Cevaër, P-E Perrot, « L'EIRL et les sûretés négatives. Un vin nouveau pour de vieilles outres », *JCP éd. E*, n° 23, 9 juin 2011, 1443.

M. Chagny, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA* 2016, p.115.

L. Chang-Tung, « La mise en place de la Banque publique d'investissement », *AJDA* 2013, p. 2011.

Y. Chaput, A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, « Sûretés négatives », *JCl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 790, 2009, n° 34.

A.-N. Charvillat-Carrez, « Introduction de la fiducie française », *RLDA*, avril 2007, p. 31 et s.

P.-L. Chatain, « La notion de bonne foi à l'épreuve de la jurisprudence », *JCP éd. E* 1992. I. 121 s.

J.-P. Chazal, « Raisonement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p. 417.

F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

E. Claudel, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com.* 2016, p. 460.

L. Corbion et D. d'Amelio, « passif de la succession », étude 252, *Lamy droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, n° 252-3.

N. Côte, « Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers Titre III de la loi n° 2003-710 du 1 août 2003 », *RDBF*, n° 6, novembre 2003, étude 100075.

P. De Couliboeuf, « Le nantissement de fonds de commerce », *Droit et patrimoine*, septembre 1995, p. 35.

J.-L. Courtier, « La garantie a première demande : une nouvelle sûreté pour les créanciers », *LPA* 23 mai 1994, n° 61.

T. Coustet, « Féminisation des mots : la Cour de cassation demande la marche à suivre à l'Académie française », *D. Actualité* 23 nov. 2017.

F.-J. Crédot et T. Samin, « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif (suite) », *RB banc. et fin.* n° 2, mars 2009, comm. 49.

F. Crédot, P. Bouteiller, « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? », *JCP éd. E* n° 37, 16 septembre 2010, 1785.

A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814.

P. Crocq

- « Antichrèse », *Lamy. Droit des sûretés*, n° 224-1.
- « La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du crédit à la consommation », *RTD civ.* 1998, p. 157.
- « Le cautionnement disproportionné et la loi relative à la lutte contre les exclusions : une protection jurisprudentielle complétée par la loi », *RTD civ.* 1998, p. 953.
- « Le principe de la spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* n° 92, avr. 2001, p. 60 et s.
- « Les limites de la protection de la caution », *RTD civ.* 2003 p. 122
- « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD Civ.* 2004, p. 124.
- « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC*, oct. 2005, p. 27
- « Le cœur du dispositif fiduciaire », in *Réflexions croisées : fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif*, *Revue Lamy*, 2007, n° 40.
- « Clause de réserve de propriété », *JCl. Contrats – Distribution*, 2015, fasc. 2860.
- « Droit des sûretés », *D.* 2016, p. 1955.
- « Nantissement », *Rép. dr. civ.*, fév. 2017 n° 93.
- « Droit des sûretés », *D.* 2018, p. 1884.

P.-F. Cuif,

- « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC*, N° 69, 1er mars 2010.
- « Hypothèque conventionnelle », *Juris-Cl.*, sept. 2014, n° 5.

O. Cuperlier et A. Gorny, « L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (Réflexions et statistiques) », *JCP éd. G* n° 45, 5 novembre 2004, 1540.

M. Dagot

- « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP éd. N*, n° 9, 28 Février 1986, 100224.
- « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP éd. N*, n° 8, 26 février 1999, p. 381.

T. D'Alès, Ch. Merveilleux du Vignaux, « Contrats et obligations - Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », *JCP éd. E*, n° 40, 6 octobre 2016, 1523.

R. Dammann et G. Le Beuze, « Réforme des sûretés et des procédures collectives : quelles sûretés choisir ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, Mars 2007, dossier 9.

F. Dannenberger, « Portée et effets induits de l'inefficacité d'un cautionnement manifestement disproportionné », dossier d'actualité 03 mars 2015, LexisNexis.

F. Danos, « Cautionnement disproportionné et recours du cofidésusé », *JCP éd. E*, n° 26, 25 Juin 2015, 1318.

L. De Fournoux, « Intervention publique - La Banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique », *Droit administratif*, n° 7, juill. 2014, étude n° 12.

V. De Laval, N. Philippe et Ch. Bouffelière, « L'article 1415 du code civil : tentative de synthèse », *Gaz. Pal.* 7 juin 2003, n° 158, p. 3.

Ph. Delebecque

- « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, chron. p. 255, n° 14.

- « Les garanties autonomes en droit interne (brèves remarques) », *BJS* avril 1992, n° 4, p. 374.

Ph. Delebecque, Ph. Simler, « Droit des sûretés », *JCP éd. N* juill. 1999, p. 1157, n° 29.

G. Del Vecchio, « Essai sur les principes généraux du droit », *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1925, p. 153.

N. Dion, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, chron. p. 195.

B. Dondéro, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné », *JCP* 2010, n° 679.

R. Dooh Collins, O. Bustin, A. Boccovi, « Rapport général sur l'acte uniforme révisé OHADA portant sur l'organisation des sûretés », *LPA* 25 sept. 2015, n° 192.

Ph. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal, F. Kopf, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, n° 05, p. 352.

Ph. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA* 16 avril 2010, n° 76, p. 7.

V. Égée, « Vente maritime », *Rép. dr international*, janv. 2016.

J. Etter et S. Gobin, « Sûretés consenties en garantie d'un crédit et proportionnalité », *RD banc. et fin.*, n° 5, Sept. 2015, étude 15.

J.-M. Favret, « La primauté du principe communautaire de proportionnalité sur la loi nationale », *RFDA* 1997 p. 389.

D. Fenouillet, « Cautionnement », *RDC*, n° 2, p. 304.

F. Ferrand, « Attribution du risque de la preuve », *Rép. Procédure civile*, déc. 2013, n° 155.

Y. Flour, « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Droit et Patrimoine*, n° 92, 1er avril 2001.

V. Forray, « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce », *RTD com.* 2008, p. 161.

A. Fournier, « Hypothèque conventionnelle », *Rép. dr. immobilier*, avr. 2007 (actualisé oct. 2018).

J. François, « L'obligation de la caution réelle », *Defrénois* 15 oct. 2002, n° 19, p. 1208

E. Frémeaux, « Pour l'hypothèque rechargeable Libres propos », *LJCP éd. N*, n° 12, 25 Mars 2016, 1102.

P. Frémont, « Art. 2161 à 2165 : privilèges et hypothèques. Réduction des inscriptions », *J.- Cl.* 2001, fasc. unique.

M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 p. 156.

H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, p. 1472.

A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010 p. 335.

Ch. Gamaleu Kameni, « Les garanties excessives octroyées par un débiteur placé en procédure collective », *RLDA* n° 95, 1^{er} juill. 2014.

A. Ganoac'h, « Le champ d'application de la médiation judiciaire », *LPA*, 1999, n° 122, p. 5.

P.-Y. Gautier, « Crise du contrat...ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC*, 2003, n°1, p. 277.

T. Genicon, « Contrat et protection de la confiance* », *RDC*, 2013, n°1, p. 336.

N. Gerbay, « Une place pour le droit de rétention *ex dispari causa*... ? », *Gaz. Pal* janv. 2009, n° 20, p. 3.

J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

Ch. Gijsbers, « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC*, n° 113, 1^e mars 2014.

N. Gjidara- Decaix, « Conditions relatives au débiteur - Bonne foi – Notion et régime », *Revue des procédures collectives* n° 4, juillet 2016, comm. 104.

S. Gjidara-Decaix, « Le traitement amiable du surendettement des particuliers », *Le Lamy droit de l'exécution forcée*, étude 325-80.

V. Goesel-Lebihan, « Discours introductif : Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », *LPA* 05 mars 2009 n° 46, p. 5.

A. Gouëzel

- « Le choix de la garantie », *JCl. Contrats-Distribution*, oct. 2016, fasc. 2810, n° 37 s.

- « Sûretés et clauses abusives », *RD banc. et fin.* n° 2, mars 2017, p. 31.

A. Gouëzel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678.

O. Gout

- « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255.

- « Quelle réforme pour les sûretés dans la loi PACTE ? », *AJ contrat* 2019, p. 264.

C. Grare-Didier, « Retour sur l'article 1415 du Code civil : cautionnement et notions voisines », *RDC* 2008, n° 2 p. 445.

M. Grégoire, « Droit belge : Perspectives de droit des sûretés : vers une nouvelle maîtrise du risque », *RD banc. et fin.* n° 2, mars 2016, dossier 10.

J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 05 mars 2009, n° 46, p. 113.

M. Grimaldi, Ph. Dupichot, « Durée et sûretés », *RDC* 2004, n°1, p. 95.

M. Grimaldi, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, dossier 1294.

F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP éd. N* janv. 1986, n° 4, 24, 100093.

J-M. Guéguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. p. 352.

S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278.

Y. Guyon, « Le droit de regard sur le patrimoine et l'activité du débiteur considéré comme une sûreté », *RJ com.* févr. 1982, n° spéc. p. 121.

J.-F. Haudebourg, « Bonne foi et surendettement des ménages », *Rev. Proc. Coll.* 1997-1, p. 1 s.

J. Heinich

- « L'article 1195 du Code civil », *RLDC*, n° 1867, mis à jour 2017.

- « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.* juin 2017, p. 66.

P. Hoang

- « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, p. 1458.

- « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034.

A. Hontebeyrie,

- « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC*, N° 113, 1er mars 2014.

- « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180

C. Houin-Bressand et F. Pérochon « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *RDBF*, n° 2, mars 2016, dossier 16.

D. Houtcieff

- « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP, éd. G*, 2003, I, n° 161.

- « Les sûretés personnelles », *RD banc. et fin.* 2006, p. 58, n° 22.

- « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juill.-août 2006, 29, p. 31 s.

- « Les sûretés à l'épreuve de la crise », *RLDC* 2009, n° 62.

- « Entreprise individuelle à responsabilité limitée – EIRL » *Rep. Dr. commercial*, janvier 2012.
- « La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement », *RD banc. et fin.* n° 5, Sept. 2012, dossier 38.

H. Hovasse, « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Droit et Patrimoine*, n° 92, 1^e avril 2001.

Ch. Hugon, « Protection de la résidence de l'entrepreneur : les conditions de la réalisation forcée des immeubles », *LPA* 31 oct. 2017, n° 217, p. 26.

N. Jachiet, J. Bourquard, V. Champagne, Ch. Rostand et P.-A. de Malleray, *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, novembre 2004.

C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, p. 901.

M.-N. Jobard-Bachelier, V. Brémond, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », *RTD. com.* 1999, p. 327.

Ch. Juillet

- « La sûreté hypothécaire unique en droit français », *RDBF*, n° 2, mars 2016, dossier 12.
- « La réforme du gage de stocks, Commentaire de l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage de stocks », *D.* 2016, p. 561

M. Julienne

- « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », *RDC*, déc. 2014, n° 4, p. 656.
- « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF*, n° 2, mars 2016, dossier 15.

L.-J. Laisney, « Nouvelles incertitudes sur la responsabilité du banquier pour soutien abusif », *RLDA*, n° 48, 1^e avril 2010.

J. Lasserre Capdeville

« Intérêts et usure : des concepts confrontés à des objectifs contradictoires », *RD banc. et fin.* n° 5, sept. 2013, dossier 45.
- « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire - Étude prospective », *JCP éd. E*, n° 29, 21 juill. 2016, 1434.

M. Latina, « Contrat : généralités – Classifications des contrats », *Rép. dr. civil*, n° 207 à 210.

T. Le Bars, « Actualité du droit du surendettement : janvier 2006 à novembre 2007 », *Procédures n° 1*, janvier 2008, étude 1.

Ch. Lebel, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) », *J.-Cl. Sociétés traité*, mars 2015, fasc. 4.

N. Leblond, « Une sûreté méconnue l'assurance crédit », *RLDC*, n° 73, 1^{er} juillet 2010.

P. Le Cannu, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD com.* 2006, p. 421.

A. Lecourt, « Bon de caisse », *rép. dr. comm.*, janv. 2017.

S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP éd. G*, n° 38, 19 sept. 2016, doct. 991.

D. Legeais

- « Gage de meubles corporels », *Juris-Cl. Civil code*, Art. 2333 à 2336, fasc. unique.

- « La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *JCP éd. E* 1998, p. 1724 et s.

- « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Droit et Patrimoine*, n° 92, 1^e avril 2001.

- « Les concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP éd. E*, n° 42, oct. 2005, 1510.

- « Le gage de meuble corporel », *JCP* 17 mai 2006, n° spéc. p. 12

- « Sort des sûretés en cas de soutien abusif de crédit », *RD banc. et fin.* n° 1, janv. 2009, comm. 18.

- « Le droit au crédit », *RJ com.* 2011, n° 3.

- « Apport du crédit à la consommation au droit bancaire », *RD banc. et fin.* n° 5, sept. 2013, dossier 50.

- « Lettre d'intention », *JCl. Contrats - distribution*, oct. 2015, fasc. 2850.

- « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *Jurisclasseur commercial* 2 nov. 2015, fasc. 346.

- « Portée de l'intervention de BpiFrance (ex OSEO) pour les financements et leur cautionnement », *JCP éd. E* n° 40, 6 oct. 2016, 1532.

V. Legrand

- « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable ? », *LPA*, 07 octobre 2011 n° 200, p. 4.

- « L'accès au crédit de l'EIRL : retour sur la constitution de sûretés par l'entrepreneur », *LPA* 2012, n°80 p. 6.

- « La lutte contre le surendettement dans le projet de loi « Consommation » », *RD banc. et fin.* n° 4, oct. 2013, étude 15.

B. Legros, « La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution », *rev. sociétés*, 1998, p. 281.

J.-P. Legros, J.-J. Ansault

- « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés. – Qualification et formation », *JCl. Commercial*, janv. 2013, fasc. 378.

- « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés. – Régime », *JCl. Commercial*, janv. 2013, fasc. 379.

J. Lelieur, « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui » *RRJ* 2007-3, p. 1235.

F. Leplat, « De l'inégalité entre les débiteurs surendettés », *RB banc. et fin.* n° 5, sept. 2006, dossier 23.

F.-X. Licari, « Les principales sûretés personnelles du droit allemand », étude n° 520, *Lamy droit des sûretés*, juillet 2018, n° 520-17.

G.-A. Likillimba, « La possession *corpore alieno** », *RTD civ.* 2005, p. 1, spéc. n° 16 et s.

B. Louvel, « Allocution à la Cour de cassation », *JCP* 2016, suppl. au n° 1-2, p. 5.

F. Macorig-Venier, « La protection du dirigeant caution », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 3, mai 2012, dossier 16.

B. Mallet-Bricout, « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016 p. 463.

F. Marmoz, « L'EIRL, nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.* 2010. chron. 1570.

N. Martial-Braz, « L'opposabilité de l'hypothèque unique », *RDBF*, n° 2, mars 2016, dossier 14.

L.-M. Martin, « Sûretés traquées : crédit détraqué », *Banque* 1975, p. 1133.

A. Martin-Serf, « conditions d'annulation des cautionnements pour obtention de garanties disproportionnées », *Revue des procédures collectives* n° 3, mai 2015, comm. 74.

R. Marty, « Délégation de débiteur à titre de garantie et reprise de dette », *LPA* 2006, n° 239, p. 5.

N. Mathey

- « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », *RD banc. et fin.*, n° 5, sept. 2012, dossier 41.

- « Affacturage », *JCl. Contrats – Distribution*, oct. 2015, fasc. 2710.

M.-E. Mathieu, « Cautionnement », *JCl. Contrats – Distribution*, déc. 2016, fasc. 2840.

V. Mauriès, « Loi Pacte : une prochaine réforme du droit des sûretés », *RLDC*, n° 173, 1^{er} sept. 2019.

C. Maury, « Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement », *LPA* 28 juill. 2006, n° 150, p. 4.

D. Mazeaud

- « Le contrat liberté contractuelle et sécurité juridique », *Défrenois* 1998, p. 1137.

- « Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », *LPA* 2004, n° 92 p. 47.

- « Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs », *RTD eur.* 2008, p. 723.

M. Mekki

- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC*, 2010, n° 1 p. 383.

- « Droit des contrats », janvier 2015- janvier 2016, *D.* 2016, p. 566

- « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP éd. N*, n° 3, 20 janv. 2017, act. 155.

- « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA* 10/16.

J. Mestre, « Bonne foi et équité, même combat ! », *RTD civ.* 1990, p. 649.

M. Mignot

- « La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire », *Dr. et patr.* 2002, n° 110, p. 30.

- « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente », *JCP éd. N oct.* 2012, n° 40, 1340.

- « La nature juridique du gage immobilier, *LPA*, 4 déc. 2014, p. 7.

P. Minor et C. Coatalem, « De la souplesse du gage de compte d'instruments financiers », *RD banc. et fin.* n° 6, nov. 2004, prat. 100080.

N. Molfessis

- « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD civ.* 1998, p. 221.

- « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit*, 2000.

- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699.

J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, p. 1743.

N.-C. Ndoko, « Les mystère de la compensation », *RTD civ.* p. 661.

G. Paisant

- « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages », *JCP éd. G* 1990. I. 3457, n° 111.

- « Surendettement. Appréciation des comportements exclusifs de la bonne foi », *RTD com.* 1991, p. 652.

- « Surendettement. Appréciation de la notion par le juge », *RTD com.* 1992, p. 455.

F. Pasqualini, « Responsabilité du banquier », *Rep. com. Dalloz* avril 2014, n° 115.

F. Pasqualini et G. Marain, « Responsabilité du banquier dispensateur de crédit de l'entreprise », *Rep. dr. com.*, fév. 2019, § 5, n° 142.

S. Pellé, « La réception des correctifs d'équité par le droit », *D.* 2011, p. 1230.

J.-D. Pellier

- « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », *LPA* 2014, n° 82, p. 7.

- « Une certaine idée du cautionnement », *D.* 2018, p. 686.

M.-D. Perrin, « Conciliation-Médiation », *LPA* 26 août 2002, n° 170, p. 4

V. Perruchot-Triboulet, « La responsabilité des créanciers », *RLDC*, n° 43, nov. 2007.

S. Pesenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA* 2004, n°51, p.12 et s.

B. Petit et S. Rouxel, « contrats et obligations. – Violence », *JurisClasseur Code civil* > Art. 1111 à 1115, spéc. n° 15 à 19.

Y. Petit, « Environnement – Fondements juridiques du droit communautaire de l'environnement », *rep. droit européen*, janv. 2007.

T. Pez, « L'ordre public économique », *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2015, n° 49, p. 43.

C. Philippe, « La qualité de caution », *RLDC*, n° 3, 1^e mars 2004.

X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 6.

Y. Picod, « Réforme du droit des obligations et droit des sûretés personnelles », *AJ Contrat* 2016, p. 454.

Y. Picod et V. Valette-Ercole, *Rép. civ. Dalloz*, v° Surendettement des particuliers, n° 27.

S. Piedelièvre

- « Les modifications apportées à certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989 », *Gaz. Pal.* 1990, doct. p. 157.

- « L'efficacité des lettres de confort », *Droit et patrimoine* 1996, n°34, p. 59.

- « Le cautionnement excessif », *Defrénois*, 15 juill. 1998, n°13-14, p. 849 s., spéc. n° 12.

- « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Defrénois*, 30 juin 2000, n° 12, p. 737.

- « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003 », *Defrénois* 2003, n° 21, p. 1371.

- « Le droit à l'effacement des dettes », *Defrénois*, 2004, n°1, p. 14.

G. Piette

- « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC*, n° 28, juin 2006.

- « Sûretés réelles et proportionnalité », *Lexbase Hebdo* édition privée 14 mai 2009, n°350.

- « Cautionnement commercial », *Rep. dr. com.*, janv. 2012 (actualisation : Septembre 2019).

- « Rétenion », *Répertoire de droit civil*, mars 2013, (actualisation : Octobre 2018).

- « La protection de la caution dans l'Acte Uniforme des Sûretés (OHADA) de 2010 », *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°430 du 2 juillet 2015.

- « Panorama de droit des sûretés (juin 2015-décembre 2015) », *Lexbase Hebdo édition affaires* 2016, n°451.

- « Le cautionnement dans le nouveau Code de la consommation », *Lexbase Hebdo édition affaires* 2016, n° 462.

- « Lettres, d'intention », *Rép. com.*, janv. 2016, n° 58.

- « Panorama de droit des sûretés (janvier — juin 2016) », *Lexbase Hebdo édition affaires* n°478 du 8 septembre 2016.

D. Pohé, « La caution profane en droit OHADA le cautionnement à deux vitesses », *RLDA*, n° 114, 1^e avril 2016.

F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP éd. G*, n° 23, 3 juin 1998, doct. 138.

D. Poracchia, F. Rizzo, J.-D. Pellier, « Garanties intrinsèques au régime des obligations », *Juris-Classeur Banque - Crédit – Bourse*, fasc. 780.

Y. Pouillet, « La lettre de patronage comme forme originale de sûreté personnelle », in « Les lettres de patronages », *FEDUCI*, 1984, n^{os} 61-74.

M. Poultais, « Les conditions du droit du débiteur civil au bénéfice des procédures de la loi du 31 décembre 1989 : surendettement et bonne foi », *Contrats, conc. consom.*, 1993. chron. 4.

M. Poumarède et Ph. Le Tourneau, « Paralysie de la force obligatoire du contrat », *Rép. dr. civil*, janv. 2017 (actualisation : mai 2018), n^o 129.

P. Puig

- « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA* 2009 n^o46, p. 93.

- « L'excès de proportionnalité, (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016, p. 70.

J.-F., Quievy, « Du gage avec dépossession, par tierce personne, de la chose d'autrui », *Gaz. Pal.* 2009, n^o 279, doct., p. 3.

J.-B. Racine, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006, n^o63, p. 37.

M. Rauter, « De la nature du droit de rétention selon le Code civil », *Rev. dr. fr. et étr.* 1844, p. 565.

G. Raymond, « Appréciation de la bonne foi », *CCC n^o 6*, juin 2001, comm. 98.

J. Raynaud, « La solvabilité de la caution », *LPA* 21 janv. 2000, n^o 15, p. 12.

M. Rémond-Gouilloud, « La lettre de garantie pour absence de connaissance. Une institution en quête de qualification », *Bull. transp.* 1986, p. 69.

Ph. Rémy, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

Th. Revet

- « Les critères du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil », *D.* 2016, p. 1771

- « Le juge et la révision du contrat », *RDC* juin 2016, n^o 2, p. 373.

Ripert, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936. chron. 57.

J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », *JCP éd. G*, n^o 14, 4 avril 2016, p. 401.

D. Robine, « L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? », *D.* 2006, p. 69.

D. Roets, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92.

B. Saint-Alary et C. Saint-Alary-Houin, « Le dirigeant-caution », *Dr. et patr.* 1996, p. 42

B. Saintourens, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 », *rev. sociétés*, 2010, p. 351.

O. Salati et C. Tirvaudey, « Mesures conservatoires. – Sûretés judiciaires. – Principes généraux. Publicité provisoire et définitive », *juris-Cl.*, fasc. 1700-30, juill. 2017.

Ch. Scapel, « Le droit de rétention en droit positif », *RTD civ.* 1981, p. 539.

L. Sermet, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA* 5 mars 2009, n° 46, p. 26.

Ph. Simler

- « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP éd. G.*, 1990, I, 3427

- « À propos des garanties autonomes de droit interne souscrites par des personnes physiques (validité, mention manuscrite, qualification) », *JCP éd. N* 1991, I, p. 343.

- « Peut-on substituer une promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *RD bancaire et bourse* 1997, p. 223

- « Cautionnement. Extinction par voie principale. Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation. Déchéance pour défaut de proportionnalité », *Juris-Cl. Civil*, 2013, fasc. n° 70.

- « Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP* 2006. I. 172

- « Garanties autonomes – nature juridique. Caractères. Typologie », *JCl. Contrats – Distribution*, fasc. 2910, nov. 2015

- « Garanties autonomes. – régime », *Juris-Classeur*. fasc. 2920, nov. 2015.

- « Sûretés - 2006, une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP éd. N* mars 2016, 1109.

P. Sirinelli, « L'équilibre dans le contenu du contrat », *D.*, 2016, p. 240.

J. Souhami, « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD civ.* 2008, p. 27.

Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avr. 2016, p. 30.

F. Surde « Les obligations positives dans la jurisprudence de la Cour EDH », *RTDH*, 1995, spéc. p. 379.

F. Surde, G. Gonzalez, H. Surrel K. Blay-Grabarczyk, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2017) », *RDP* 2018, n° 3, p. 895.

H. Synvet, A. Gaudement, « EIRL et sûretés », *LPA* 2011, n° 84, p. 32.

M. Terray, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP*. 1987. I. 3295.

F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP éd. G*, n° 25, 15 juin 2009, 31.

Ph. Théry

- « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Droit et Patrimoine*, n° 92, 1^e avril 2001.

- « L'hypothèque rechargeable », *Droit et Patrimoine*, n° 159, 1^e mai 2007.

- « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffrénois* 2011, p. 6, n° 569.

C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

S. Torck, « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 9 nov. 2004, n° 224, p. 25.

J. Turczynski, « Le soutien abusif », *LPA*, 20 mars 2007, n° 57, p. 30.

J. Vallansan, « La sûreté conférée par un tiers : entre obstacles et efficacité », *LPA* 2011, n° 30, p. 41.

J.-L. Vallens

- « Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD com* 2007, p. 604.

- « Alsace-Moselle, Faillite civile, Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires », *J.-Cl. com.* fasc. comm. 3115, 2010.

- « Procédures collectives et réforme du droit des contrats (Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016) », *RTD com.* 2016, p. 558.

F. Vauvillé, « Article 1415 du Code civil : les armes du débat judiciaire », *Dr. et patr.* 1999, p. 64, n° 67.

G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1996, n° 2, p. 77 et s.

M. Vivant, A. Robin, « Convention de ducroire », *JCl. contrats – distribution* 2005, fasc. 2940.

J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC*, 2009.

A.-F. Zattara-Gros, « Des responsabilités et des sanctions », *LPA*, n° spécial, 9 févr. 2006, n° 29, p. 52.

Ouvrages collectifs, actes de colloques et dossiers (par ordre chronologique)

Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin, LGDJ, 1966.

Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, LGDJ, 1974.

Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, tome I. Études de droit privé, de droit public et de droit comparé, Paris éditions A. Pedone, 1975.

Études offertes à René Rodière, Paris, Dalloz, 1981.

Le droit du crédit au consommateur, I. Fadlallah (sous dir.), Litec, 1982.

Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985.

Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991.

La solidarité un sentiment républicain ? J. Chevallier, D. Cochart-Coste, C. Haroche, PUF, 1992.

Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu, PUF, 1994.

Le doute et le droit, F. Terré, (sous dir.) Philosophie et théorie générale du droit, Dalloz, 1994.

Droit et vie des affaires, études à la mémoire d'Alain Sayag, Y. Chaput (sous dir.), Litec, 1997.

Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, M. Behar-Touchais (sous dir.), LPA, 30 sept. 1998, n° 117.

Le surendettement des particuliers, M. Gardaz (sous dir.), Economica Anthropos, 1998.

Mélanges Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999.

L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999

La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, E. Decaux et P.-H. Imbert (sous dir.), Economica 2^e éd. 1999.

Mélange en l'honneur de Michel Vasseur, Banque éditeur, 2000.

Mél. AEDBF, éd. Banque, 2001

Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001.

Liber amicorum J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004

Le solidarisme contractuel, L. Grynbaum, M. Nicod (sous dir.), Economica, 2004.

Mél. en l'honneur de A.-M. Sohn, PU Clermont-Ferrand, 2005.

Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, Y. Picod et P. Crocq (dir.), Collection Droit et Procédures, 2006.

Études offertes au doyen Philippe Simler, Litec-Dalloz, 2006.

Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2007.

Actes du colloque relatif à l'évolution des sûretés réelles : regards croisés, universités-notariat, Litec, 2007.

Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat, S.Cabrillac, Ch. Abligès et C. Lisanti, (sous dir.) LexisNexis, Litec, 2008.

Actes du colloque « Hommage à Gérard Cornu. Droit et sagesse » organisé le 7 mars 2008, par l'association Henri Capitant, Dalloz, 2009.

Christian Larroumet : liber amicorum, Economica, 2010.

Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Dalloz, Litec, 2011.

L'équilibre du contrat, G. Lardeux (sous dir.), PUAM, 2012.

La nouvelle crise du contrat, Ch. Jamin et d. Mazeaud (sous dir.), Dalloz, 2003, p. 163.

Droit et loyauté, F. Petit (sous dir.), Actes du colloque droit et loyauté, Avignon le 10 octobre 2014, Dalloz 2015.

La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique, D. Bert, M. Chagny, A. Constantin (sous dir.), Institut universitaire Varenne, 2015.

Mélanges en l'honneur du professeur Henri Hovasse, L'ingénierie sociétaire et patrimoniale, LexisNexis, 2016.

Libertés et droit fondamentaux, R. Cabrillac (sous dir.), Dalloz, 2016.

Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016, *Loyers et Copropriété* n° 10, octobre 2016, dossier 12.

Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, L. Andreu et M. Mignot (sous dir.), Institut universitaire Varenne, 2017.

La réforme du droit des contrats en pratique, M. Latina (sous dir.), Dalloz, 2017.

Ch. Albigès, E. Alfandari, J. Antippas et R. Cabrillac, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2^e éd., 2018.

G. Chantepie, M. Latina (sous dir.), *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, actes du colloque international, 19 octobre 2017, faculté de droit de l'Université de Montréal, Dalloz, 2018.

J.-P. Agresti (sous dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018.

Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu : comprendre : des mathématiques au droit, Bruylant, 2019.

Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié, LexisNexis, 2019.

Quelle réforme pour le droit des sûretés ?, Y. Blandin et V. Mazeaud (sous dir.), Dalloz, 2019.

Répertoires et encyclopédies

G. Almon, *J-Cl Commercial*, 2011, fasc. 2382.

S. Piedelièvre, *Rép. Com.*, Dalloz, v° Garantie à première demande.

N. Pierre, *JCl. Notarial Répertoire*, v° Inscription hypothécaire, fasc. 10, n° 105.

Ph. Simler

- *J-Cl. Civil*, v° Code, art. 2288 à 2320, fasc. 50, n° 13 et 43 et fasc. 55, n° 10.

- *J-Cl. Civil*, v° Code, art. 2321, fasc. 15, n° 79.

- *J-Cl. Civil*, fasc. 40, n° 14 et s.

Ph. Simler et Ph. Delebecque, « Droit des sûretés », chron.

- La Semaine Juridique Edition Générale 2007. I. doctr. 158.

- La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 46, 13 novembre 2015, 1205.

- La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 24, 11 juin 2015, 1285.

- La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 49, 5 décembre 2013, 1679.

- La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 21, 26 mai 2016, 1311.

- La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 36, 5 septembre 2014, 1268.

- La Semaine Juridique Edition Générale n° 2, 8 janvier 1997, I 3991.

Ph Théry :

- Chronique de jurisprudence civile générale, *Défrenois* 2002, n°17, p. 1087.

- Chronique de jurisprudence civile générale, *Défrenois* 2003, n° 6, p. 413.

- Chronique de jurisprudence civile générale, *Défrenois* 2003, n° 24, p. 1616.

J.-L. Vallens, « Entreprises en difficulté », *Lamy Droit commercial*, 2014, n° 4703.

Notes observations et conclusion

Ch. Albigès et M.-P. Dumont-Lefrand,

- Cass. com., 14 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 31 mars 2011, n° 90, p. 15.
- Cass., 1^e civ., 12 juillet 2012, *Gaz. Pal.* 20 sept. 2012, n° 264, p. 16.
- Cass. com., 27 mai 2014, *JCP éd. E*, n° 37, 11 sept. 2014, 1462.

Ch. Albigès

- Cass. com., 22 juin 2010, *Gaz. Pal.* 09 sept. 2010, n° 252, p. 17.
- CA Pau, 7 avr. 2011, *Gaz. Pal.*, n° 167, p. 9.
- Cass. com., 27 mai 2014, *JCP éd. G* 2014, comm. 899.
- Cass. com. 4 nov. 2014, *Gaz. Pal.* 3-4 déc. 2014, p. 15.
- Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n° 078, p. 14.
- Cass. com., 10 févr. 2015, *Gaz. Pal.* 19 mars 2015, n° 78, p. 17.
- Cass. com., 10 mars 2015, *Gaz. Pal.* 28 mai 2015, p. 17
- Cass. com., 8 avr. 2015, *Gaz. Pal.*, 2015, n° 148, p. 18.
- Cass. com 3 novembre 2015, *Gaz. Pal.* 10 déc. 2015, n° 344, p. 18.
- Cass. 1^e civ., 25 nov. 2015, *Gaz. Pal.*, 2016 n° 7, p. 25 et p. 29.
- Cass. com., 28 juin 2016, *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, p. 21.
- Cass. 1^e civ., 22 sept. 2016, *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, n° 42, p. 21.
- Cass. com., 29 nov. 2016, *Gaz. Pal.* 21 févr. 2017, n° 8, p. 27.
- Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, *D.* 2018, *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, p. 35.

H. Alves, Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 2006, *RLDC*, n° 27, 1^{er} mai 2006.

J.-J. Ansault

- Cass com., 24 mars 2009, *RLDC* n° 63, sept. 2009.
- Cass. com., 14 déc. 2010, *RLDC* 2011/79, n° 4129.
- Cass. com. 4 nov. 2014, *RLDC* janv. 2015, p. 33.
- Cass. com. 18 janv. 2017, *Rev. Sociétés*, 2017, p. 282.
- Cass. com., 15 déc. 2009, *RLDC* 2009/68, n° 3713.
- Cass. com., 26 janv. 2016, *Rev. Sociétés*, 2016, p. 598.
- Cass. com. 18 janvier 2017, *Rev. sociétés* 2017, p. 282.

H. Aubry

- Cass. 2^e civ., 15 mai 2014, *D.* 2015, p. 588.
- Cass. 2^e civ., 5 juin 2014, *D.* 2015, p. 588.
- Cass. 2^e civ., 11 mai 2017, *D.* 2018, p. 583.

V. Avena-Robardet

- Cass. com., 12 mai 2004, *D.* 2004, p. 1664.
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006, p. 61.
- Cass. com., 20 juin 2006, *D.* 2006, p. 1815.
- Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, *D.* 2006, p. 2391.
- Cass. 1^e civ., 20 déc. 2007, *Daloz actualité* 22 janv. 2008.
- Cass. 1^e civ. 20 décembre 2007, *D.* 2008, p. 287.
- Cass. 1^e civ., 7 mai 2008, *Daloz actualité*, 3 juin 2008.

- Cass. com., 24 mars 2009, *D.* p. 943.
- Cass. com., 22 juin 2010, *Daloz actualité*, 30 juin 2010.
- Cass. com., 14 déc. 2010, *Daloz actualité*, 12 janv. 2011.
- Cass. com. 14 déc. 2010, *D.* 2011, p. 156.
- Cass. com., 5 avr. 2011, *D.* 2011, p. 1132.
- Cass. com., 31 janv. 2012, *Daloz actualité*, 23 fév. 2012.
- Cass. com., 13 mars 2012, *Daloz actualité*, 10 avril 2012.
- Cass. 1^e civ., 4 mai 2012, *Daloz actualité*, 29 mai 2012.
- Cass. com., 2 oct. 2012, *Daloz actualité* 18 octobre 2012.
- Cass. com., 5 févr. 2013, *Daloz actualité*, 14 fév. 2013.
- Cass. com. 1^e oct. 2013, *D.* 2014. p. 127.
- Cass. 1^e civ., 19 déc. 2013, *Daloz actualité*, 13 janv. 2014.
- Cass. com., 22 mai 2013, *D.* 2013, p. 1340.
- Cass. com., 15 janv. 2015, *Daloz actualité*, 23 janv. 2015.
- Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *Daloz actualité*, 03 mars 2015.
- Cass. 1^e civ. 3 juin 2015, *Daloz actualité*, 16 juin 2015.
- Cass. com 22 sept. 2015 et Cass. com., 29 sept. 2015, *Daloz actualité* 13 oct. 2015.
- Cass. com., 1^e mars 2016, *Daloz actualité* 14 mars 2016.

A. Aynès

- Cass. 1^e civ. 7 mai 2008, *RDC*, 2008, n° 4, p. 1285.
- Cass. 1^e civ., 1^e juill. 2009, *RDC* 2008, p. 1285.
- Cass. com., 26 mai 2010, *RDC* 2010, n° 4, p. 1341.
- Cass. com., 27 sept. 2016, *Rev. proc. coll.* mars 2017, comm. 31.
- Cass. com., 2 nov. 2016, *Dr. et patr.* mai 2017, p. 90.
- Cass. com. 18 janvier 2017, *Dr. et patr.* mai 2017, p. 86 et s. spéc. p. 89.

L. Aynès et Ph. Dupichot

- Cass. com. 13 nov. 2007, *Dr. et patri.* 2008, n° 174, obs.
- Cass. 1^e civ., 20. juin 2006, *Dr. et patr.*, janv. 2008, p. 87.
- Cass. com. 17 mai 2011, *Dr. et patr.*, p. 106, n° 205.

L. Aynès et C.-A. Michel, Cass. com., 13 sept. 2011, étude 110, *Lamy droit des sûretés*, n° 110-75.

L. Aynès

- Cass. 1^e civ., 24 févr. 1987, *D.* 1987, p. 451.
- Cass. com. 26 juin 1990, *D.* 1990, p. 383.
- CA Paris, 27 juin 1990, *Défrenois* 1990, at. 34917, p. 1349.
- Cass. com., 28 mai 1991, *D.*1991, p. 385.
- Cass. 1^e civ., 22 oct. 1996, *D.* 1997. p. 166 et *Défrenois*, n° 6, p. 397.
- Cass. com., 17 juin 1997, *Défrenois* 1997, 1424.
- Cass. com., 1^e civ. 20 mars 2001, *D.* 2001, p. 3110.
- Cass. 1^e civ. ,15 mai 2002, *D.* 2002, p. 337.
- Cass. 1^e civ. 29 juin 2004, *D.* 2004, p. 2707.
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* p. 733.
- Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006, p. 733.
- Cass. com., 13 mars 2012, *Dr. et patr.* Juill. 2012.

D. Bakouche, Cass. 1^e civ., 20 déc. 2007, *Lexbase La lettre juridique* n° 292 du 14 févr. 2008.

M.-O. Barbaud, Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *D.* 2015, p. 840.

H. Barbier

- Cass. com., 27 sept. 2016, *RTD civ.* 2016, p. 864.
- Cass. com., 31 janv. 2017, *RTD civ.* 2017, p. 377.
- CA Colmar, 8 mars 2017, *RTD civ.* 2017, p. 387.

J.-F. Barbièri

- Cass. 2^e civ., 23 janv. 2003, *JCP* 2003. II. 10110.
- Cass. com. 5 nov. 2003, *BJS* févr. 2004, n° 2, p. 220.
- Cass. com. 17 mai 2011, *BJS* 2011, p. 551.

Ch. Barberot, Cass. 1^e civ. ,15 mai 2002, *D.* 2002, p. 1781.

A.-S. Barthez

- Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *RDC* 2016, n°1, p. 59.
- Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, *RDC* 2016, n° 1, p. 5.
- Cass. com. 8 avril 2015, *RDC* 2016, p. 58, n° 01.
- Cass. com., 28 juin 2016, *RDC* 2017. 73.

A.-S. Barthez

- Cass. com., 8 nov. 2011, *RDC* 2012, n°4, p.1272.
- Cass. com., 8 avr. 2015, *RDC* mars 2016, n° 01, p. 58.

B. Beignier, Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *Dr. famille* 2006, étude 13.

C. Berlaud

- Cass. com. 14 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 13 janv. 2011, p. 36.
- Cass. com. 18 janvier 2017, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, p. 32.
- Cass. com., 15 nov. 2017, *Gaz. Pal.* 21 nov. 2017, p. 35.

J.-M. Berly, Cass. com., 8 oct. 2002, *RDI* 2003, p. 84.

S. Bernheim-Desvaux

- Cass. com., 3 nov. 2015, *CCC* n° 1, janvier 2016, comm. 20.
- Cass. 2^e civ., 7 janv. 2016, *CCC* 2016, n° 80.
- Cass. 2^e civ., 11 mai 2017, *CCC* juill. 2017, comm. 162.

V. Bonnet, Cass. ch. mixte 2 déc. 2005, *D.* 2006, p. 1543.

L. Bougerol et G. Megret, Cass. ch. mixte 27 févr. 2015, *RD banc. et fin.* n° 3, mai 2015, étude 7.

N. Borga

- Cass. com., 24 mars 2009, *D.* 2009, p. 1661.
- Cass. com., 26 janv. 2016, *BJS*, 2016, n° 4, p. 225.

V. Bouchard, Cass. com. 22 févr. 2017, *JCP éd. N* 2017, p. 1201.

A. Boujeka, Cass. 1^e civ., 15 déc. 1998, *D.* 2000, p. 215

B. Bouloc, Cass. crim. 16 janv. 1995, *RSC*, 1995, p. 812.

M. Bourassin

- Cass. com., 22 mars 2016, *Gaz. Pal.* 7 juin 2016, p. 70.
- Cass. com. 18 janvier 2017, *Gaz. Pal.* 13 juin 2017, p. 70.
- Cass. com. 22 févr. 2017, *Gaz. Pal.* 13 juin 2017, p. 70.
- Cass., 3^e civ., 12 avril 2018, *Gaz. Pal.* 12 juin 2018, p. 71.

P. Bouteiller, Cass. com., 5 avr. 2011, *JCP éd. E* mai 2011, n° 1395.

M. Brandac Cass. 1^e civ., 9 mai 1994, *RTD civ.* 1994, p. 906.

Brémond

- Cass. 1^e civ., 26 mai 1999, *D.* 2000, 703.
- Cass. com., 17 déc. 2003, *D.* 2004, p. 2035.
- Cass. 1^e civ. 20 juin 2006, *JCP éd. N* sept. 2006, 1310.
- Cass. com. 22 févr. 2017, *D.* 2017, p. 2119.

C. Brenner, Cass. com., 8 oct. 2002, *LPA* 18 juill. 2003, n° 143, p. 12.

B. Brignon, Cass. com. 14 fév. 2018, *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, p. 79.

B. Bury, Cass. com., 24 mars 2009, *Gaz. Pal.* 12 sept. 2009, n° 255, p. 12.

F. Buy, Cass. com. 24 sept 2003, *RLDC* juill. 2005, n° 18.

M. Cabrillac

- Cass. com., 17 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 662.
- Cass. com., 20 janv. 1998, *JCP éd. G* 1998, I, n° 141, n° 8.
- Cass. com., 26 mars 2002, *RTD com.* 2002, p. 523.

S. Cabrillac

- Cass. com., 5 avr. 2011, *Defrénois* 2012, art. 40388.
- Cass. com., 27 mars 2012, *Defrénois*, 30 mars 2013, n° 6.
- Cass. com., 9 avr. 2013, *Defrénois* 30 avril 2014, n°8.
- Cass. com., 27 mai 2014, *Defrénois* 15 mai 2015, p. 490.
- Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *Defrénois* 30 août 2016, p. 815, n° 15-16.
- Cass. com., 12 mai 2015, *Defrénois* 30 août 2016, p. 816.
- Cass. com., 29 nov. 2016, *Defrénois* 21 sept. 2017, n° 19, p. 29.
- Cass. com., 15 nov. 2017, *Defrénois* 7 juin 2018, p. 43.
- Cass. com. 14 févr. 2018, *Defrénois*, 7 juin. 2018, n° 22, p. 44.

P. Cagnoli, CA Bordeaux, 20 juin 2012, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 1, janvier 2013.

M.-J. Campana et J.-M. Calendini, Cass. com., 20 janv. 1998, *RD bancaire et bourse* 1998, p. 73.

S. Carval, Cass. 1^e civ., 20 déc. 2007, *RDC*, 2008 n° 3, p. 754.

J. Casey

- Cass. com., 17 juin 1997, *D.* 1998, jur. 208.
- CA Paris, 27 novembre 1998, *JCP éd. E*, n° 24, 17 juin 1999, p. 1057.
- Cass. 1^e civ., 9 juillet 2003, *JCP éd. G*, 2003, II, no 10167.

G. Cattalano-Cloarec, Cass. com., 31 janv. 2017, *LEDC* mars 2017, n° 3, p. 2.

G. Cattalano, Cass. com., 21 nov. 2018, *LEDC* janv. 2019, n° 111.

A. Cerati-Gauthier, Cass. 2^e civ., 12 avr. 2012, *JCP éd. E*, n° 22, 31 mai 2012, 1338.

A. Cerles

- Cass. com., 20 sept. 2005, *RD banc. et fin.* 2005, n° 6, 207.
- Cass. 1^e civ. 9 juill. 2009, *Dr. sociétés* 2009, prat. 9.
- Cass. com., 9 févr. 2010, *RD banc. et fin.* 2010, comm. 188.
- Cass. com., 14 déc. 2010, *RD banc. et fin.* 2011, n° 2, p. 61.
- CA Aix-en-Provence, 12 mai 2011, *RD banc. fin.* 2011, comm. 197.
- Cass. com., 2 octobre 2012, *RD banc. fin.* 2012, comm. 179, p. 30.
- Cass. 2^e civ., 21 mars 2013, *RD banc. et fin.* n° 3, mai 2013, comm. 95.
- Cass. com 12 mai 2015, *RD banc. et fin.* juill. 2015, comm. 124.
- Cass. com 3 novembre 2015, *RD banc. et fin.*, janv. 2016, comm. 19.
- Cass. 1^e civ., 22 sept. 2016, *RD banc. et fin.* n° 6, nov. 2016, comm. 244.

G. Champenois

- Cass 1^e civ., 11 avr. 1995, *Défrenois* 1995, 1484.
- Cass. 1^e civ., 26 mai 1999, *Défrenois* 2000. 439.
- Cass. 1^e civ. 3 mai 2000, *Défrenois* 2000, p. 1185.
- Cass. com. 22 févr. 2017, *Defrénois* 1^e févr. 2018, p. 28.

J.-P. Chazal, Cass 1^{ère} civ., 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860.

F. Chénéde

- Cass. 1^e civ., 4 déc. 2013, *D.* 2014, p. 179.
- CEDH 24 janv. 2017, *D.* 2017 p. 663.

M. Cottet, Cass. com., 15 nov. 2017, *LPA* 23 févr. 2018, p. 7.

A. Constantin, Cass. com., 11 juin 2003, *BJS* oct. 2003, p. 1017.

A.-S. Courdier-Cuisinier, Cass. 1^e civ. 20 juin 2006, *D.* 2006, p. 2539.

F.J. Crédot et M. Cabrillac, Cass. 1^e civ., 4 juill. 1995, *RD bancaire et bourse* 1996, n° 54, p. 52.

F. J. Crédot et T. Samin, Cass. com., 3 mai 2006, *RD banc. et fin.* 2006, 128.

P. Crocq

- Cass. 1^e civ., 22 oct. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 189.
- Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, p. 157.
- Cass. com., 1^{er} juill. 1997, *RTD civ.* 1998, p. 429
- Cass. com., 20 janv. 1998, *RTD civ.* 1998, p. 707.
- Cass. 1^e civ. 3 mars 1998, *RTD civ.* 1998, p. 422.
- Cass. com., 27 oct. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 152.
- Cass. 1^e civ., 26 mai 1999, *RTD civ.* 1999, p. 366.
- Cass. 1^e civ., 7 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 624.
- Cass. 1^e civ. ,15 mai 2002, *RTD civ.* 2002, p. 546.
- Cass. com., 8 oct. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 125.
- Cass. com., 13 nov. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 128.
- Cass. 1^e civ., 9 juillet 2003, *RTD civ.* 2004, p. 124.
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 594.
- Cass. 1^e civ., 20. juin 2006, *RTD civ.* 2006, p. 592.
- Cass com., 13 novembre 2007, *RTD civ.* 2008, p. 328.
- Cass. 1^e civ. 7 mai 2008, *RTD civ.* 2008, p. 700,
- Cass. 1^e civ. 9 juill. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 758.
- Cass. com., 22 juin 2010, *RTD civ.* 2008, p. 593.
- Cass. com., 5 avr. 2011, *D.* 2012, p.1573.
- Cass. com., 13 mars 2012, *D.* 2012, p. 1573.
- Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, *D.* 2013. 1706.
- Cass. com. 9 avril 2013, *D.* 2013, p. 1706.
- Cass. com. 4 nov. 2014, *D.* 2015, p. 1810.
- Cass. com. 18 nov. 2014, *RTD civ.* 2015, p. 195.
- Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, *RTD civ.* 2015, p. 183.
- Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *RTD civ.* p. 433.
- Cass. com. 8 avril 2015, *RTD civ.* 2015, p. 432.
- Cass. com., 12 mai 2015, *RTD civ.* 2015, p. 663.
- Cass. com., 27 sept. 2016, *D.* 2017, p. 1996.
- Cass. com., 2 nov. 2016, *D.* 2005.
- Cass. com., 29 nov. 2016, *RTD civ.* 2017, p. 446.
- Cass. com., 31 janv. 2017, *RTD civ.* 2017 p. 444.
- Cass. com., 15 nov. 2017, *RTD civ.* 2018. p. 184.
- Cass. comm. 24 janv. 2018, *D.* 2018, p. 1884.
- Cass. 1^e civ., 31 janv. 2018, *RTD civ.*, 2018, p. 455.
- Cass. com. 14 fév. 2018, *RTD civ.* 2018, p. 459.
- Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, *D.* 2018, *RTD civ.* 2018. 461.

A. Dadoun Cass. com., 13 mars 2012, *D.* 2012, p. 1043.

Y. Dagorne-Labbé

- Cass. 1^e civ., 14 mai 1992, *LPA* 12 mai 1993, n° 57, p. 23.
- Cass. 2^e civ, 15 janvier 2009, *LPA* 2009, n° 64, p. 14.

R. Dalmau, Cass. com., 12 mai 2015, *RLDC* oct. 2015, n° 130.

B. De Boysson, CA Chambéry, 18 mars 2014, *D.* 2014, p. 1037.

A. Decoux, Cass. 3^e civ. 7 juill. 2004, *RLDC*, n° 9, 1^e octobre 2004.

- F. Dekeuwer-Défossez, CA Lyon 2 mars 2017, *RLDC*, oct. 2017.
- P.-J. Delage, Cass. 3^e civ. 17 déc. 2015, *LPA* 27 mai 2016, n° 106, p. 47.
- C. De Lajarte, CA Aix-en-Provence, 22 janv. 2003, *LPA* 2004, n° 181, p. 10.
- Ph. Delebecque et Ph. Simler, Cass. 3^e civ., 10 mars 1993, *RDI* 1994, p. 87.
- Ph. Delebecque
 - Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *RLDC* nov. 2007, n° 44.
 - Cass. com., 23 sept. 2014, *JCP* 2014. Doctr. 1162, n° 12.
- X. Delpech, Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, *D.* 2009, p. 2032.
- A. Denizot, Cass. com., 5 avr. 2011, *Gaz. Pal.* 5 mai 2011, p. 13.
- B. Dondero, Cass. com. 8 nov. 2011, *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2003, n° 026.
- R. Dumas, Cass. com. 20 sept. 2005, *BJS* janv. 2006, p. 44.
- A. Dumery
 - Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *RLDC* juin 2015, n° 127.
 - Cass. com., 1^{er} mars 2016, *JCP éd. E* n° 16-17, 21 avril 2016, 1242.
- M.-P. Dumont-Lefrand
 - Cass. com., 22 mai 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n°164.
 - Cass. com., 23 sept. 2014, *Gaz. Pal.* 3-4 déc. 2014, p. 19.
 - Cass. com. 8 avril 2015, *Gaz. Pal.* 28 mai 2015, p. 16, n° 48.
 - Cass. com. 26 janv. 2016, *Gaz. Pal.* n°23, p. 31.
 - Cass. com., 27 sept. 2016, *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, n°42, p. 27.
 - Cass. com., 15 nov. 2017, *D.* 2018, Jur., p. 392.
 - Cass. com. 14 fév. 2018 (deux arrêts), *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, n° 23, p. 29.
- Ph. Dupichot
 - Cass. com., 2 oct. 2012, *Dr. et patr.* 2013, n° 222, p. 81.
 - Cass. com. 1^{er} oct. 2013, *Dr. et patr.* févr. 2014, n° 58.
- T. Favario
 - Cass. com 18 mai 2017, *BJE* sept. 2017, n° 5, p. 347.
 - Cass. com. 10 janv. 2018, *BJE* mai 2018, n° 3, p. 210.
- D. Fenouillet, Cass. com., 22 juin 2010, *RDC* 2011, p ; 137.
- J. François, Cass. 1^e civ. ,15 mai 2002, *Deffrénois* 2002, art. 37604.
- H. Fulchiron, Cass. 1^e civ. 5 oct. 2016, *D.* 2016, p. 2496.
- Ch. Gijsbers, Cass. 1^e civ., 25 nov.2015, *Deffrénois* 2016, n° 18, p. 933.

S. Gjidara-Decaix

- CA Angers, 5 févr. 2008, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65.
- Cass. 2^e civ., 15 janvier 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 34.
- Cass. 2^e civ., 17 févr. 2011, *Rev. proc. coll.* 2011, p. 35.
- Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, *Rev. proc. coll.* sept. 2011, comm. 125.
- Cass. 2^e civ., 15 mai 2014, *rev. proc. coll.* sept. 2014, comm. 109.
- Cass. 2^e civ., 5 juin 2014, *rev. proc. coll.* sept. 2014, comm. 109.
- Cass. 2^e civ., 7 janv. 2016, *Rev. proc. coll.* juill. 2016, comm. 104.
- Cass. 2^e civ., 7 avr. 2016, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, p. 18.
- Cass. 2^e civ., 7 avr. 2016, *Rev. proc. coll.* juill. 2016, comm. 104.
- Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, *Rev. proc. coll.* n° 6, nov. 2018, comm. 171.

A. Gouëzel, Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, *D.* 2018, p. 1540.

A. Gourio

- Cass. com., 26 mars 2002, *JCP éd. E* 2002, 852.
- Cass. com., 3 mai 2006, *JCP éd. E* 2006, II, n° 10122.
- Cass. com., 24 mars 2009, *JCP éd. G* n° 21, mai 2009, II, 10091.
- Cass. 1^e civ., 18 févr. 2009, *JCP éd. G* n° 21, 20 mai 2009, II, 10091.
- Cass. com., 26 janv. 2010, *JCP éd. G* n° 13, 29 mars 2010, 354.

O. Gout

- Cass. 1^e civ. 20 juin 2006, *JCP éd. E* oct. 2006, n° 2425.
- Cass. com. 5 oct. 2010, *D.* 2011, p. 655.

M. Grimaldi

- Cass. 1^e civ., 11 avr. 1995, *Bull. civ. I*, n° 165, *D.* 1995, p. 327.
- Cass. com. 13 nov. 2002, *RDC* 2003, n° 1, p. 170.
- Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *RDC* 2006, n° 2, p. 454.

J.-P. Groslière, CA Pau, 17 déc. 1990, *D.* 1991, p. 270.

F. Guerchoun, Cass. com. 11 juin 2003, *LPA* 9 avril 2004, n° 72, p. 12.

G. Guerlain, Cass. 1^e civ., 3 juin 2015, *RDC*, 01 octobre 2012 n° 4, p. 1272.

H. Guyader, Cass. com., 22 juin 2010, *RLDA* sept. 2010, n° 52.

J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau, Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, *D.* 2729.

L. C. Henry, Cass. com., 1^e mars 2016, *Rev. sociétés* 2016, p. 399.

H. Heugas-Darraspen

- Cass. com. 4 nov. 2014, *RDI* 2015, p. 29.
- Cass. 1^e civ., 22 sept. 2016, *RDI* 2016, p. 640.
- Cass., 3^e civ., 12 avril 2018, *D.* 2018, p. 385.

A. Honorat, Cass. com., 27 oct. 1998, *D.* 1999, p. 187.

D. Houtcieff

- Cass. 1^e civ., 20. juin 2006, *Défrenois* 2006, p. 1617 et *RDC* 2006, p. 1193.
- Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, *JCP G* 2006, II, p. 10180.
- Cass. com., 22 juin 2010, *D.* 2010, p. 1985.
- Cass. com., 22 juin 2010, *RDC*, 01 oct. 2010, n° 4, p. 1351.
- Cass. com. 8 avr. 2015, *Gaz. Pal.* 9 juill. 2015, n° 190 p. 15.
- Cass. com., 31 janv. 2017, *AJ Contrat* 2017, p.122.
- Cass. com., 31 janv. 2017, *RDC* 2017, p. 280.
- Cass. com. 28 févr. 2018, *RDC* 2018, n° 2, p. 222.
- Cass., 3^e civ., 12 avril 2018, *RDC* 2018, n° 3, p. 371.
- Cass., 3^e civ., 12 avril 2018, *AJ Contrat* 2018. 241.
- Cass. com., 21 nov. 2018, *AJ contrat* 2019, p. 43.
- Cass. com. 30 janv. 2019, *RDC* 2019, n° 2, p. 38.

H. Hovasse, Cass. com. 8 nov. 2011, *D. sociétés*, janv. 2012, comm. 6.

C. Koering ; Cass. com., 8 oct. 2002, *D.* 2003, p. 414,

F. Jacob

- Cass. 1^e civ., 15 déc. 1998, *Banque et droit* 1999, n° 63, p. 49
- Cass. com., 11 juin 2003, *Banque et dr.* juill.-août 2003, p. 61.
- Cass. 1^e civ., 26 mai 1999, *Banque et droit* sept.-oct. 2000, p. 43.
- Cass. com., 22 févr. 2017, *Banque et droit*, n° 172, mars-avr. 2017, p. 79.

F. Jacomino, Cass. com., 28 févr. 2018, *BJS* mai 2018, n° 5, p. 299.

M. Jeantin, Cass. com., 8 juin 1993, *BJS* sept. 1993, p. 911, n° 11.

P. Jourdain, Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *RTD civ.* 2007, p. 779.

C. Juillet

- Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, *RLDC* 2013. 4941.
- Cass. com., 8 avril 2015, *RLDC* juill. 2015, n° 128.
- Cass. 1^e civ., 3 juin 2015, *D.* 2015, p. 2044.
- Cass. com., 3 nov. 2015, *Rev. sociétés* 2016, p. 146.
- Cass. 1^e civ., 25 nov. 2015, *RLDC*, n° 135, 1^{er} mars 2016.
- Cass. com., 3 mai 2016, *Rev. Sociétés* 2016, p. 660.
- Cass. com., 2 nov. 2016, *Bulletin Joly Sociétés*, 2017, n° 01, p. 7.
- Cass. com., 2 nov. 2016, *BJS* 2017, p. 7.

F. Julienne, Cass. com. 26 janv. 2016, *Lexbase Hebdo édition affaires* n°456 du 25 février 2016.

M. Julienne et L. Andreu, Cass. com. 1^e oct. 2013, *D.* 2014.

M. Julienne, Cass. com., 27 sept. 2016, *RDC* 2017, p. 283.

M. de Laparre, Cass. 1^e civ., 7 mai 2002, *RLDA* juill. 2002, n° 51.

J. Lasserre Capdeville

- Cass. 2^e civ., 15 mai 2014, *Gaz. Pal.* 21 mai 2015, p. 16.
- Cass. 1^e civ., 10 sept. 2014, *LPA* 2015, n°4, p.12
- CA Nancy, 1^e juin 2015, *Gaz. Pal.* 17 déc. 2015, n° 252, p. 11.
- Cass. com. 3 nov. 2015, *JCP éd. E*, n° 3, 21 janv. 2016, 1052.
- CA Riom, 10 févr. 2016, *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, p. 38.
- Cass. 2^e civ., 16 mars 2017, *Gaz. Pal.* 2 mai 2017, p. 31.
- Cass. 2^e civ., 20 avril 2017, *Gaz. Pal.* 3 oct. 2017, p. 30.
- Cass. 2^e civ., 11 mai 2017, *Gaz. Pal.* 3 oct. 2017, p. 31.
- Cass. 2^e civ., 22 mars 2018, *Gaz. Pal.* 2018, n° 33, p. 21.

M. Latina

- Cass. 2^e civ., 7 avr. 2016, *EDCO* 2016, n°6, p. 2.
- Cass. 2^e civ., 11 mai 2017, *LEDC* juin 2017, n° 6, p. 7.

N. Leblond

- Cass. com. 22 mai 2013, *EDCO*, 02 juill. 2013, n° 07, p. 3.
- Cass. 1^e civ., 22 sept. 2016, *LEDC* nov. 2016, n° 10, p. 3.

P. Le Cannu, Cass. com. 17 juin 1997, *BJS*, 1997, n° 10, p. 866.

J. Lecaroz, F. Arbellot, S. Tréard et T. Gauthier, Cass. com., 23 sept. 2014, *D.* p. 996.

M. Lecène-Marénaud, Cass. com., 8 juin 1993, *JCP éd. E* 1994, II, n° 525.

A. Lecourt, Cass. com. 18 janvier 2017, *RTD. com.* 2017, p. 625.

H. Lecuyer

- Cass. com. 17 juin 1997, *LPA*, 06 mai 1998, n° 54, p. 44.
- Cass. 1^e civ., 20 juin 2006, *BJS* déc. 2006, n° 12, p. 1389.

D. Legeais et A. Cerles, Cass. 1^e civ., 15 mai 2002, *RD banc. et fin.* Juill. 2002, n° 129.

D. Legeais

- Cass. com., 17 juin 1997, *JCP éd. E* 1997, II, 1007.
- Cass. com., 8 oct. 2002, *RTD com.* 2003, p. 151.
- Cass. com., 25 mars 2003, *RD banc. et fin.*, juill.-août 2003, n° 135.
- CA Rennes, 1^{re} ch. B, 19 déc. 2003, *RD banc. et fin.* n° 3, mai 2004, 115.
- Cass. 1^e civ., 10 mai 2005, *RD banc. et fin.* 2005, comm.128.
- Cass. com., 20 sept. 2005, *JCP éd. E*, 2006 n° 4, 1145.
- Cass. com., 3 mai 2006, *JCP éd. E* 2006, 1890.
- Cass. com., 3 mai 2006, *BICC* 15 oct. 2013.
- Cass. 1^e civ. 20 juin 2006, *RTD com.* 2006, p. 902
- Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, *RTD com.* 2007, p. 507.
- Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *RTD com.* 2007, p. 579.
- Cass. com., 11 nov 2007, *RTD com.* 2008, p. 167.
- Cass. com. 13 nov. 2007, *RD banc. et fin.* 2008, comm. 9.
- Cass. 1^e civ., 7 mai 2008, *RD banc. et fin.* n° 5, sept. 2008, comm. 136.
- Cass. com., 24 mars 2009, *JCP éd. E* n° 16-17, 16 avr. 2009, 1399 et *RD banc. et fin.* mai 2009, comm. 83.

- Cass. 1^e civ., 25 juin 2009 et 9 juill. 2009, *RTD com.* 2009, p. 601.
- Cass. 1^e civ. 9 juill. 2009, *JCP éd. G*, 2009, 286.
- Cass. com., 22 juin 2010, *JCP éd. E* 2010, 1678.
- Cass. com., 22 juin 2010, *RD banc. et fin.*, sept. 2010, comm. 172.
- Cass. com., 14 déc. 2010, *JCP éd. E*, fév. 2011, n° 1117.
- CA Aix-en-Provence, 12 mai 2011, *RD banc. fin.* 2011, comm. 165.
- CA Versailles, 26 mai 2011, *RD banc. et fin.* n° 1, janv. 2012, comm. 7.
- Cass. com., 13 mars 2012, *RTD com.* 2012, p. 389.
- Cass. 1^e civ., 12 juill. 2012, *RD banc. et fin.* sept. 2012, comm. 150
- Cass. com., 2 oct. 2012 *RD banc. fin.*, comm. 183.
- Cass. com., 12 mars 2013, *RD banc. et fin.* n° 3, mai 2013, comm. 86.
- Cass. com., 9 avr. 2013, *RD banc. et fin.* mai 2013, comm. 90 et *Rev. sociétés* 2013 p. 680.
- Cass. com. 17 sept. 2013, *RD banc. et fin.* n° 6, nov. 2013, comm. 192.
- Cass. com. 1^e oct. 2013, *JCP éd. E* 2013, n° 1624.
- CA Paris, 11 févr. 2014, *RD banc. et fin.* n° 3, mai 2014, comm. 100.
- Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, *RD banc. et fin.* mars 2015, comm. 42.
- Cass. com., 29 sept. 2015, *RD banc. et fin.* n° 6, nov. 2015, comm. 188
- Cass. 1^e civ., 14 oct. 2015, *RTD com.* 2015 p.728.
- Cass. 1^e civ., 25 nov. 2015, *RD banc. et fin.* n° 1, janv. 2016, comm. 20.
- Cass. com., 22 mars 2016, *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 117.
- Cass. com., 2 nov. 2016, *RD banc. fin.* 2017, comm. 15.
- Cass. com. 18 janvier 2017, *RD banc. et fin.*, mars 2017, comm. 70.
- Cass. com. 18 janvier 2017, *RD banc. et fin.* 2017, comm. 71.
- Cass. com. 22 févr. 2017, *RD banc. et fin.* 2017, comm. 72.
- Cass. com. 24 janv. 2018, *RD banc. et fin.* n° 2, mars 2018, comm. 30.
- Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, *JCP éd. E*, n° 23, 7 juin 2018, 1302.
- Cass. com., 6 juin 2018, *JCP éd. E* 2018, 1378
- Cass. com. 17 oct. 2018, *JCP éd. E* n° 47, nov. 2018, 1597.

V. Legrand

- Cass. com., 2 oct. 2012, *LPA* 21 nov. 2012, n° 233, p. 11.
- Cass. com., 22 mai 2013, *LPA*, 28 juin 2013, n° 129, p. 18.
- Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, *D.* 2018, p. 2071.

J.-J. Lemouland et D. Vigneau, Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* p. 1414.

H. Le Nabasque, cass. 3^e civ., 1^e déc. 1993, *Dr. Sociétés* 1994, comm. 138.

S. Le Normand, Cass. com., 2 oct. 2012, *JCP éd. G* 2013, 80.

N. Le Rudulier, Cass., 3^e civ., 12 avr. 2018, *Dalloz actualité*, 2 mai 2018.

L. Leveneur

- Cass. 1^e civ., 10 févr. 1998, *CCC* 1998, comm. n° 70.
- Cass. com., 8 oct. 2002, *Contrats conc. consomm.* 2003, n° 20.
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *CCC* avr. 2006.

A. Lienhard

- Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, *D.* 2012, p. 2166.
- Cass. com., 2 nov. 2016, *D.* 2016, p. 2335.

F.-X. Lucas

- Cass. com., 24 sept. 2003, *BJS*, n° 12, p. 1279.
- Cass. com., 8 nov. 2011, *BJS* avril 2012, n° 04, p. 297.
- Cass. com., 8 avr. 2015, *LEDEN* juin 2015, n° 6, p. 6.

F. Lucet, Cass 1^e civ., 11 avr. 1995, *Cah. gest. Patrimoine* 1995. 9.

F. Macorig-Venier

- Cass. com., 27 sept. 2016, *BJE* janv. 2017, n° 01, p. 40.
- Cass. com., 18 janvier 2017, *BJS* 1^e mai 2017, p. 208.

Ph. Malaurie, Cass. 3^e civ., 22 nov. 1995, *D.* 1996, p. 604.

G. Marraud des Grottes

- Cass. 1^e civ., 20. juin 2006, *RLD* civ. sept. 2006, p. 27.
- Cass. com., 13 nov. 2007, *RLDC* 2008, n° 45, note
- Cass. com., 2 oct. 2012, *RLDC* 2012, n° 98, n° 4854.

N. Martial-Braz, Cass. com., 13 mars 2012, *RD banc. et fin.*, n° 5, sept. 2012, dossier 42.

A. Martin-Serf

- Cass. com., 8 juin 1993, *RTD com.* 1993, p. 583.
- Cass. com., 20 janv. 1998, *RTD com.* 1999, p. 194.
- Cass. com., 24 mars 2009, *Rev. proc. coll.* juill. 2009, comm. 100.
- Cass. 1^e civ., 24 sept. 2009, *RTD com.* 2010, p. 784.
- Cass. com., 22 juin 2010, *RTD com.* 2011, p. 171.
- CA Poitiers, 11 janv. 2011, *Revue des procédures collectives* n° 3, mai 2012, comm. 109.
- CA Aix-en-Provence, 12 mai 2011, *rev. proc. coll.*, mai 2012, comm. 108.
- Cass. com. 27 mars 2012, *Rev. Proc. Coll.*, n° 6, nov. 2012, comm. 215.
- Cass. com. 28 juin 2016, *Revue des procédures collectives* n° 3, mai 2017, comm. 92.
- Cass. com., 27 sept. 2016, *RTD com.* 2017, p. 433.

N. Mathey, Cass. com., 28 févr. 2018, *LEDB* avril 2018, n° 4, p. 5

M.-E. Mathieu et S. Piedelièvre, Cass. com. 14 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 10 mars 2011, p. 17.

D. Mazeaud

- Cass. 3^e civ., 22 nov. 1995, *D.* 1993, p. 330.
- Cass. 1^e civ., 10 févr. 1998, *Défrenois*, 1998, art. 36860.

G. Mégret, Cass. 1^e civ., 3 juin 2015, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution*, 2015, p. 372.

M. Mekki, Cass. com. 8 avril 2015, *D.* 2016, p. 566.

J. Mestre et B. Fages, Cass. com. 3 mai 2006, *RTD civ.*, 2007, p. 103-105.

J. Mestre

- Cass. com., 5 déc. 1989, *RTD civ.* 1990, p. 477 et s.
- Cass. com., 8 juin 1993, *RTD civ.* 1994, p. 360.
- Cass. com., 13 mai 1997, *RTD civ.* 1998 p. 101.
- Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, p. 100.

J. Mestre, B. Fages, Cass. 1^e civ., 13 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 557.

M. Mignot

- Cass. com., 13 nov. 2002, *RLDC* janv. 2006, n° 23.
- Cass. com., 24 sept 2003, *RLDC* janv. 2006, n° 23.
- Cass. com., 22 juin 2010, *EDBA* 2010, n° 01, p. 6.
- Cass. com., 5 févr. 2013, *LEDB* avril 2013, n° 4, p. 4
- Cass. com., 1^e oct. 2013, *RLDA* déc. 2013. n° 26.
- Cass. com., 19 nov. 2013, *LEDB*, janv. 2014, n°1, p. 3
- Cass. com., 4 nov. 2014, *Gaz. Pal.* 22 janv. 2015. 9.
- Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *Gaz. Pal.* 2 avril 2015, n° 092, p. 5.
- Cass. 1^e civ., 25 nov. 2015, *LEDB*, 01 janv. 2016, n° 01, p. 4.
- Cass. 1^e civ., 22 sept. 2016, *LEDB* nov. 2016, n° 10, p. 6.
- Cass. com., 21 nov. 2018, *LEDB* janv. 2019, n° 111.
- Cass. com., 19 déc. 2018, *LEDB* 02 mai 2017, n° 5, p. 7.

M.-H. Monsèrié-Bon

- Cass. com., 8 nov. 2011, *RTD com.* 2012, p. 358.
- Cass. com., 23 sept. 2014, *RTD com.* 2015, p. 123.

J.-C. Montanier, Cass. com., 21 déc. 1987, *JCP* 1988. II. 21113.

R. Mortier, Cass. com., 12 mai 2015, *BJS* déc. 2015, p. 650.

E. Mouial-Bassilana

- Cass. com., 19 nov. 2013, *BJS*, n° 01, p. 44.
- Cass. 2^e civ., 7 janv. 2016, *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, p. 37.
- Cass. com., 1^{er} mars 2016, *BJS* 2016, n° 5, p. 284.
- Cass. 2^e civ., 7 sept. 2017, *Gaz. Pal.* 30 avril 2018, n° 16, p. 39.
- Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, *Gaz. Pal.* 15 janv. 2019, n° 2, p. 52.

E. Netter, Cass. com. 4 nov. 2014, *Banque et droit*, n° 159, janv.-févr. 2015. 75.

M. Nicod, Cass. com., 15 nov. 2017, *RTD civ.* 2018, p. 199.

P. Pailler

- Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, *Gaz. Pal.* 17 mars 2015, n° 076, p. 27.
- Cass. com. 8 avril 2015, *Gaz. Pal.* 4 août 2015, p. 20, n° 216.

G. Paisant

- Cass. 1^e civ., 14 mai 1992, *RTD com.* 1992, p. 864.
- Cass. 1^e civ., 11 oct. 1994, *RTD com.* 1995, p. 188.
- Cass. 1^e civ., 10 févr. 1998, *JCP éd. G*, n° 30, 22 Juillet 1998, II 10124.
- Cass. 1^e civ., 1^{er} déc. 1998, *RTD com.* 1999, p. 212.

- Cass. 1^e civ., 14 mars 2000, *RTD com*, p. 469.
- Cass. 1^e civ., 5 déc. 2000, *RTD com*. 2001, p. 249.
- Cass. 1^e civ., 7 mai 2002, *RTD com*. 2002, p. 551.
- Cass. 2^e civ., 6 avr. 2006, *RTD civ*. 2006, p. 677.
- Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, *RTD com*. 2009, p. 466.

I. Parachkévova, Cass. com., 15 déc. 2009, *LEDEN*, 01 février 2010 n° 2, p. 6.

B. Parance, Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *RLDC* nov. 2007, n° 43.

G. Payan, Cass. 2^e civ., 11 mai 2017, *D. actualité* 23 mai 2017.

S. Pellet, Cass. 1^e civ., 25 nov. 2015, *LEDC*, 01 févr. 2016, n° 02, p. 5.

J.-D. Pellier

- Cass. com., 1^e oct. 2013, *JCP éd. G*, fév. 2014, n° 207.
- Cass. 1^e civ., 25 nov. 2015, *JCP éd. G* n° 8, 22 fév. 2016, 218.
- Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, *JCP éd. E* n° 42, 18 octobre 2018, 1528.
- Cass. com., 17 oct. 2018, *D. actualité*, 8 nov. 2018.

V. Perruchot-Triboulet, Cass. 1^e civ., 13 mars 2008 et 7 mai 2008, *RLDC* n° 58, 1er mars 2009.

Ph. Pétel, Cass. com., 8 juin 1993, *JCP éd. E* 1993, I, n° 275.

N. Peterka, Cass. com., 15 nov. 2017, *LEFP* janv. 2018, p. 6.

C. Petit et S. Piedelièvre, Cass. 1^e civ., 15 mai 2002, *JCP éd. G* 2002, II, n° 10109.

Y. Picod

- Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP 2003*, II, 10017.
- Cass. 1^e civ., 9 juillet 2003, *D.* 2004, p. 204.
- Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, *Rép. civ.* juin 2013, n° 30
- Cass. com., 4 nov. 2014, *AJCA* 2015, p. 33.

S. Piedelièvre

- Cass. 3^e civ., 4 janv. 1983, *Gaz. Pal* 1983, p. 113.
- Cass. 1^e civ., 11 avr. 1995, *D.* 1996, somm. 204.
- Cass. com., 15 oct. 1996, *D.* 1997, 330.
- Cass. 1^e civ., 22 oct. 1996, *JCP éd. G*, n° 17, 23 avr. 1997, II 22826.
- Cass. com., 27 oct. 1998, *Défrenois* 1999, art. 36944, p. 280.
- Cass. com., 8 oct. 2002, *Défrenois* 2003, p. 456.
- JEX Draguignan, 8 avr. 2005, *RD banc. et fin.* n° 6, nov. 2005, 218.
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *JCP éd. E* janv. 2006.
- Cass. 1^e civ., 20. juin 2006, *JCP éd. G* 2006 II, 10141.
- Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *D.* 2007, p. 2081.
- Cass. 1^e civ., 7 mai 2008, *D.* 2008, p. 2036.
- Cass. 2^e civ., 15 janvier 2009, *RD banc. et fin.*, mars 2009, comm. 66.
- Cass. com., 24 mars 2009, *Gaz. Pal.* 21 mai 2009, n° 141, p. 9.
- Cass. 2^e civ., 25 mars 2010, *RD banc. et fin.* sept. 2010, comm. 189,
- Cass. 1^e civ., 9 juill. 2009, *D.* 2009, p. 2198.

- Cass. com., 22 juin 2010, *Gaz. Pal.* 19 août 2010, n° 231, p. 20.
- Cass. com., 1^{er} oct. 2013, *Gaz. Pal.* 24 oct. 2013, n° 297.
- CA Paris, 11 mars 2014 et 25 mars 2014, *Gaz. Pal.* 9 oct. 2014, n° 282, p. 21
- Cass. 2^e civ., 15 mai 2014, *RD banc. et fin.*, nov. 2014, comm. 206.
- Cass. com., 27 mai 2014, *Gaz. Pal.* 9 oct. 2014, p. 14.
- Cass. 1^{er} civ., 15 janvier 2015, *Gaz. Pal.* 19 févr. 2015, n° 050, p. 21.
- Cass. com., 10 mars 2015, *Gaz. Pal.* 11 juin 2015, p. 16.
- Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *Gaz. Pal.* 2015, n° 162, p. 15.
- Cass. com. 15 nov. 2015, *JCP éd. N*, fév. 2018, n° 1099.
- Cass. 2^e civ., 7 janv. 2016, *RD banc. et fin.* mars 2016, comm. 84.
- Cass. 2^e civ., 11 mai 2017, *RD banc. et fin.* juill. 2017, p. 171.
- Cass. 2^e civ., 7 sept. 2017, *LEDB* nov. 2017, n° 10, p. 5.
- Cass. com., 15 nov. 2017, *JCP éd. N*, fév. 2018, n° 1099.
- Cass. com., 28 févr. 2018, *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, n° 13, p. 26.
- Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, *RD banc. et fin.* n° 6, Novembre 2018, comm. 164.
- Cass. 2^e civ., 20 févr. 2019, *Gaz. Pal.* 2 avr. 2019, n° 13, p. 37.

G. Pillet

- Cass. com., 27 oct. 1998, *RLDC* avr. 2006, n° 26, obs.
- Cass. com., 13 nov. 2002, *RLDC* avr. 2006, n° 26.
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *RLDC* 2006/26, n° 2012.

Piette

- Cass. 1^{er} civ., 19 déc. 2013, *D.* 2014, p. 518.
- Cass. com., 28 juin 2016, *AJ Contrat* 2016 p. 446.

S. Pla-Busiris, Cass. com., 22 févr. 2017, *Rev. sociétés* 2017, p. 586.

G. Poissonnier, Cass., avis, 28 nov. 2016, *JCP éd. E*, n° 5, 2 févr. 2017, 1065.

S. Porcheron, Cass. com., 23 sept. 2014, *AJDI* 2015, p. 217.

E. Pouliquen, Cass. com., 10 mars 2015, *RLDC* mai 2015 n° 126.

S. Prévost, Cass. com., 10 mars 2015, *Rev. sociétés*, p. 514.

P. Puig

- Cass. 1^{er} civ., 9 juill. 2009, *Dr. et patr.* 2012, n° 893.
- Cass. com., 2 oct. 2012, *Dr. et patr.* 2012, n° 893.

G. Raymond

- Cass. 1^{er} civ., 8 juill. 1994, *CCC* 1994, n° 240.
- Cass. 1^{er} civ., 9 juill. 2009, *CCC* 2009, comm. 255.
- Cass. 1^{er} civ., 5 nov. 2009, *Contrats, conc. Consom.* 2010, comm. 59.
- Cass. com., 22 juin 2010, *CCC*, 2010, comm. 263.
- Cass. com., 5 avr. 2011, *CCC* août 2011, comm. 204.
- CA Paris, 22 nov. 2011, *CCC* avril 2012, comm. 110.
- Cass. 1^{er} civ., 12 juill. 2012, *CCC* nov. 2012, comm. 264.
- TI Villeurbanne, 19 nov. 2012, *CCC* n° 1, janv. 2013, comm. 18.
- Cass. com., 9 avr. 2013, *CCC* juill. 2013, comm. 168.

- Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2013, *CCC* n° 2, févr. 2014, comm. 50.
- Cass. com., 27 mai 2014, *CCC* oct. 2014, comm. 231.
- Cass. 2^e civ., 15 mai 2014, *CCC* août 2014, comm. 203.
- Cass. 1^e civ., 15 janvier 2015, *CCC* avr. 2015, comm. 99.

F. Reille, Cass. 2^e civ., 2 juill. 2009, *Gaz. Pal.* 1^{er}-3 nov. 2009, p. 3.

J.-L. Rives-Lange, Cass. com., 21 déc. 1987, *Banque* 1988. 361.

D. Robine

- Cass. com., 23 sept. 2014, *D.* 2015 p. 140, note;
- Cass. com., 12 mai 2015, *D.* 2015, p. 2027.
- Cass. com., 12 juill. 2016, *D.* 2007, p. 2554.

B. Roman, Cass. com., 8 oct. 2002, *LPA*, 8 juill. 2003.

N. Rontchevsky, Cass. com., 13 nov. 2007, *Banque et droit* 2008, n° 117, p. 52, obs.

M. Roussille, Cass. com., 12 mai 2015, *Droit des sociétés*, août 2015, comm. 147.

R. Routier, Cass. com. 27 mars 2012, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 9, mai 2012, repère 125.

C. Saint-Alary-Houin, M.-H. Monsérié-Bon et F. Macorig-Venier, Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, *Droit et Patrimoine* 1^e sept. 2009, 184, p. 106 et s. spéc. p. 117.

J. Sainte-Rose, Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* p. 729.

A. Salgueiro. Cass. com., 14 déc. 2010, *JCP éd. E* 2011, n° 1394, n° 31.

S. Saltani, Cass. com., 12 mai 2015, *RLDA* juill. 2015, n°106.

P. Scholer, Cass. 1^e civ., 9 juillet 2003, *BJS* déc. 2003, n° 12, p. 1275.

E. Schlumberger

- Cass. com., 8 nov. 2011, *D.* 2012, p. 415.
- Cass. com. 14 févr. 2018, *BJS* juill. 2018, n° 7-8, p. 412.

M. Séjean

- Cass. com., 8 avr. 2015, *JCP éd. G*, n° 23, 8 juin 2015, 652.
- Cass. com., 21 nov. 2018, *BJS* févr. 2019, p. 45, n° 119.

J.-P. Sénéchal, Cass. com., 8 juin 1993, *Defrénois* 1994, p. 577.

Ph. Simler et Ph. Delebecque, Cass. com., 11 juin 2003 *JCP éd. E* 2004, 69.

Ph. Simler

- Cass. com., 3 nov. 1975, *JCP* 1978. II. 18891
- Cass. com., 8 juin 1993, *JCP éd. G* 1993, I, n° 3717.
- Cass 1^e civ., 11 avr. 1995, *JCP* 1995. I. 3889.

- Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1999, *JCP éd. G* 1999, I, 156, n° 5.
- Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP 2003*, I, 124, n° 6.
- Cass. com., 25 mars 2003, *JCP éd. E* 2004, I, 69, n° 4.
- Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *JCP éd. N* janv. 2006, 1009.
- Cass. 1^{ère} civ., 20. juin 2006, *JCP éd. E*, 2006, 2824, n° 9.
- Cass. com., 13 sept. 2011, *JCP éd. G* 2011, 1259, n° 4.
- Cass. com., 5 avr. 2011, *JCP éd. G* 2011, chron. 770, n° 2.
- Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2012, *Juris-Classeur civil code*, synthèse 1350.
- Cass. com., 13 mars 2012, *JCP éd. G* 2012, note 616.
- CA Grenoble, 4 juin 2012, *JCP éd. G* 2012, 1291, n° 7.
- Cass. com., 15 nov. 2017, *JCP éd. G* janv. 2018, n° 13.
- Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, *JCP éd. G* avr. 2015, n° 17, 505.
- Cass. com., 15 nov. 2017, *JCP éd. G* n° 1-2, 8 janv. 2018, 13.

J.-M. Sommer et C. Nicolétis, Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, *D.* 2009. Chron. 2069.

A. Tadros, Cass. 3^e civ., 17 mai 2018, *rev. des contrats*, n° 03, p. 452.

I. Tchotourian, Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, *D. actualité* 03 février 2009.

Ph. Théry

- Cass. com., 20 janv. 1998, *RDI* 1999, p. 138.
- Cass. 3^e civ., 24 juin 1998 et Cass. com. 27 oct. 1998, *RDI* 1999, p. 295.
- Cass. com., 27 oct. 1998, *RDI* 1999, p. 295, note
- Cass. com., 8 oct. 2002, *Defrénois* 2003, p. 411.
- Cass. 2^e civ., 14 févr. 2008, *Defrénois* 15 nov. 2009, n° 19, p. 2080.
- Cass. 2^e civ., 25 mars 2010, *Defrénois* avr. 2010, p. 2, n° 51,

J. Thierry, Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, *Banque et droit*, sept.-oct. 2000, p. 546.

V. Thomas et L. Bloch, Cass. com., 18 janv. 2017, *resp. civ. et assur.* 2018, fasc. 335-20.

J.-L. Vallens, CA Versailles, 28 juin 1990, *D.* 1990, p. 578.

B. Vareille

- Cass 1^{ère} civ., 11 avr. 1995, *RTD civ.* 1997, p. 726.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, *RTD civ.* 2000, p. 889.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002, *RTD civ.* 2003, p. 338.
- Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *RTD civ.* p. 357.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2006, *RTD civ.* 2006, p. 816.

F. Vauvillé

- Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1999, *RJPF* 1999, n°6/35, p. 18.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2006, *RJPG*, n°9, 09-2006.
- Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, *Defrénois* 31 janv. 2019, n° 5, p. 30.

A. Viandier

- Cass. com., 8 nov. 2011, *Rev. Sociétés*, 2012, p. 238.
- Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, *Rev. sociétés*, 2013. 16.
- Cass. com., 23 sept. 2014, *Rev. sociétés*, 2014, p. 714.

- Cass. com., 12 mai 2015, *Rev. sociétés*, 2015 p. 515.

M. Wacogne, Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, *D.* 1997, p. 515.

Autres

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, (trad.) R. Bodéüs, Falmarion, 2004.

Association Henri Capitant, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 12^e éd., 2018.

Dictionnaire de la langue française, par É. Littré, XM Littré, v. 2

Dictionnaire de langue française, Larousse.

Enquête trimestrielle auprès des entreprises sur leur accès au crédit en France, du 18 janvier 2018.

Groupe de recherche sur les organisations et les groupements, « Commentaire de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 » : *RJ. com.*, 2003, p. 339, spéc. n° 37.

IEJ du Conseil supérieur du Notariat, « L'hypothèque et les sûretés personnelles, brève comparaison », *JCP éd. E*, n° 19-20, 11 Mai 2012, 1318.

JO, débats parlementaires, Assemblée Nationale du 27 mars 1976.

Lexique des termes juridiques, S. Guinchard et T. Debard, (sous dir.), Dalloz, 2017-2018.

Le surendettement. Les textes de lois à connaître, JO, coll. La loi au quotidien, 1999.

Les actes du colloque du 23 mai 2016 sur la prévention et la gestion des risques dans la vie des affaires, *Dr. et Aff.* n° 13, févr. 2016, 11.

« Le surendettement des ménages - Enquête typologique 2017 », D. Nivat (sous dir.), *Banque de France*, janvier 2018, spéc. p. 9, p. 19 et p. 253.

Programme électoral de Monsieur le président de la République E. Macron.

« soixante engagements pour la France » pris par le candidat François Hollande.

Rapport n° 572 du 28 janv. 2003, assemblée nationale, au nom de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique, n° 507 rectifié, tome I.

Rép. min. n° 26545, JOAN Q, 15 déc. 2003.

Index alphabétique

- A -

Abus :

- Appel abusif du garant : 529.
- - dans la prise de sûretés : 662 s.
- Soutien abusif du débiteur : 584 s., 714, 767 s.

Actif net : 199 s., 428 s., 436 s.

Appréciation de la proportionnalité :

- Caractère manifeste : 128, 197, 226, 252, 395, 713. s., 822 s.
- Dates : 212 s., 215 s., 748 s.
- Facultés de paiement : 197 s.
- Gage du créancier : 205 s.

Autorité de la chose jugée : 562.

Avant-projet de réforme du droit des sûretés : 17, 33, 35, 71 s., 99, 127, 164, 176, 197, 216, 261 s., 272, 295, 336, 365 s., 377, 473, 480, 484, 491, 511, 565, 605, 619, 653, 723.

- B -

Bonne foi :

- Contractuelle : 83, 90, 647.
- Des cautions : 88 s.
- Des constituants : 644 s.
- Des débiteurs surendettés : 75 s.
- Présumée : 81.
- Procédurale : 82, 89, 646.

- C -

Caution :

- Associée : 43, 46, 55, 63 s.
- Avertie : 44 s.
- Dirigeant - : 39 s.
- EIRL : 112 s.
- Établissement de crédit : 104.
- Intéressée : 54 s.
- Mariée : 206 s.
- Non professionnelle : 51.
- Personnes morales : 99 s., 103 s.
- Salariée : 51, 55, 56.

Cautionnement :

- Caractère unilatéral : 31, 144 s.
- Des associés : 46, 55 s.
- Limité à la dette garantie : 508 s.
- Solidaire : 64, 158 et s., 185.

Cession Dailly : 475.

Champ d'application personnel :

- De la règle de proportionnalité du cautionnement : 37 s.
- De la règle de proportionnalité des garanties autonomes : 307 s.
- De la règle de proportionnalité des lettres d'intention : 319 s., 330 s.
- De la règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui : 452.
- De la règle de proportionnalité des sûretés par rapport au crédit : 634 s., 650 s.

Clause d'écrêtement : 472, 756, 809, 811.

Clauses abusives : 667 s.

Compensation : 136 s.

Constituants :

- Personne physiques et morales : 635 s.

Contrat d'adhésion : 556 s.

Créancier :

- Professionnel : 117 s., 122 s., 124 s., 157, 653 s.
- Non professionnel : 117 s., 124 s., 653 s.

Crédit : 61 s., 462.

Crédit-bail : 474, 599.

- D -

Droit de rétention : 604 et s.

- Absence d'abus de droit : 616.
- Efficacité : 611 s.
- Nuisible au crédit du propriétaire : 606, 608 s.

Droits fondamentaux : 3 s., 735 s., 739 s., 744 s.

Droits étrangers :

- Droit allemand : 15, 55, 756.
- OHDA : 16.

Droit romain : 7, 511, 514.

- E -

Engagement personnel : 263 s., 371 s., 391 s., 419 s.

Entiercement : 473.

Équité : 5, 670.

Équilibre contractuel : 673 s.

Établissement de crédit : 70, 104 s., 122 s., 157, 243, 283, 309 s., 637 s.

Éthique contractuelle : 672.

Excès : 686 s.

- F -

Fiducie : 7, 475, 791.

Force obligatoire : 107, 113 s., 213, 219 s., 328, 560 s.

- G -

Gage : 473 s. 485 s.

Garanties autonomes :

- Autonomie des - : 532.
- Dans les promesses de vente : 518.
- Dans les marchés publics : 519 s.
- De personnes physiques : 287 s.
- Emprunts de règles du cautionnement : 292 s.
- Glissantes : 530.
- Pour absence de connaissance : 523.
- Proportionnalité par rapport au crédit garanti : 517 s.
- Remplaçant les cautionnements : 525.
- Risque d'atteinte à l'efficacité des - : 303 s., 308 s., 313 s.
- Utilisation originelle des - : 283.

Gaspiillage du crédit : 471, 502 s.

Généralité de la règle de proportionnalité :

- Appréciation globale de la proportionnalité : 575 s.
- Dans le champ d'application : 635 s., 644 s.
- Sûretés et garanties de paiement : 598 s.

- H -

Hypothèques :

- Rechargeable : 483.
- Réduction des - : 498, 554, 686, 693.

- I -

Imprévision : 223 s., 709.

Indivisibilité : 491 s., 781 s., 799 s.

Information : (asymétrie d'-) : 42 s., 117, 122 s.

Intérêt social : 105, 320, 424 s.

Insolvabilité : 12.

- J -

Juge :

- Compétence : 818 s.
- Confiance : 80, 92, 257, 706, 716 s., 804.
- Contrôle de la Cour de cassation : 835 s.

Justice contractuelle : 670 s., 672 s., 678 s., 682.

- L -

Lettres d'intention :

- Appréciation de la proportionnalité des - : 351 s., 357 s.
- Atteinte à l'efficacité des - : 327s., 330 s.
- Proportionnalité par rapport au crédit garanti : 533 s.
- Sanction de la disproportion des - : 360 s.
- Souscrites par des personnes physiques : 321, 322, 331, 332.
- Technique des - : 335 s.

Liberté contractuelle : 564 s.

Limitation des pouvoirs du créancier : 19, 461.

Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises dite loi Pacte : 35.

- M -

Maintien de la proportionnalité :

- Autonomie : 222 s.
- Champ d'application : 240 s.
- Conditions : 251 s.
- Finalité : 216 s.
- Lacune de protection : 216 s.
- Procédure : 253 s.

Manifeste (disproportion -) : 128, 197, 226, 252, 395, 713. s., 822 s.

Mise en garde : 49, 118 s., 125, 394 s., 411.

- N -

Nantissement : 486, 497.

Négociations : 193 s., 220 s., 797, 805, 810 s.

- O -

Objet social : 105, 425.

Opposabilité : 159, 185.

- P -

Pacte comissoire : 487.

Paralysie des droits du créancier : 177 s., 785 s.

Personnes morales : 98 s., 319, 330, 635 s. 641 s.

Personnes physiques : 69 s., 75 s., 97, 112 s., 287, 321, 322, 331, 332, 426, 634 s., 642.

Principe : 3, 17, 18, 27.

Principe de non-responsabilité dans l'octroi de crédit (L. 650-1 c. com.) : 11, 580 s., 696, 710, 714, 716, 755, 767, 769, 771, 839 s.

Procédure menant à la sanction de la disproportion : 253 s., 460, 808 s.

Procédures collectives : 103, 112, 182, 273.

- R -

Raisonnable : 685.

Ratio de solvabilité : 104, 283, 638.

Réduction : 174 s., 180, 183 s., 188 s., 360 s., 453 s., 776 s., 795 s.

Référé : 822 s.

Réserve de propriété : 476.

Retour à meilleure fortune : 155 s., 201 s., 213, 435 s.

- S -

Sanctions :

- Amende civile : 168.
- Caducité : 167.
- Déchéance : 149 s., 181.
- Déchéance partielle : 170.
- Effet dissuasif : 164, 184, 188 s., 313, 330 s., 795 s.
- Nullité : 151, 167, 767 s.
- Responsabilité civile : 133 s., 772 s.

Seuil de proportionnalité : 496, 707 s.

Souveraine (appréciation -) : 80, 88, 175, 257, 713, 836.

Spécialité (principe de -) : 480 s., 499 s.

Substitution de sûretés : 220 s., 255, 784, 799, 814.

Surendettement (procédures de -) : 12, 21, 30 s., 73 s., 103 et s., 112, 182, 200 s., 210, 217, 413 s., 426, 644.

Sûretés conventionnelles : 560 s.

Sûretés judiciaires :

- Réduction des - : 9, 464, 495 s., 554.

Sûretés négatives : 618 s.

- Diversité des - : 620.
- Limitation jurisprudentielle de la prise de - : 627 s.
- Atteinte à la faculté d'obtenir des crédits : 623.

Sûretés personnelles : 262 s., 270 s., 300, 315, 336, 469, 505 s., 537, 543 s.

Sûretés pour autrui :

- Déséquilibre intrinsèque des - : 20, 262 s., 295, 337, 391 s., 421.

Sûretés réelles :

- Gaspillant le crédit du constituant : 472 s.
- Ne gaspillant pas le crédit du constituant : 479 s.

Sûretés réelles pour autrui :

- Danger résultant des - : 418 s., 423 s.
- Distinctes du cautionnement : 369 s.
- Nature de l'engagement du constituant : 380 s.

- « nécessairement proportionnées » : 401 s., 412 s.
- Régime applicable aux - : 393 s.
- Risque d'endettement résultant des - : 397, 418 s., 427 s.
- Sanction de la disproportion des - : 453 s.

Sûreté *stricto sensu* : 573, 597 s., 610, 625.

- T -

Théorie de l'utile et du juste : 566.

Tribunaux compétents : 828 s.

- U -

Utilité :

- Critère de l' - : 689 et s.

- V -

Vice de violence : 678 s.

Voies d'exécution :

- Liberté de principe : 723
- Principe de proportionnalité : 14, 455, 691, 723 s., 820.

Table des matières

Sommaire	3
Principales abréviations	4
Remerciements	6
Introduction générale	9

Première partie

Proportionnalité des sûretés et lutte contre l'insolvabilité des garants

Titre I.	Les propositions d'amélioration de la proportionnalité du cautionnement	36
Chapitre 1.	L'amélioration du champ d'application de l'exigence de proportionnalité	37
Section 1.	Les cautions protégées par la règle de proportionnalité	38
§ 1.	Les solutions non cohérentes avec la finalité de la règle	39
I.	Les solutions retenues en jurisprudence	39
A.	L'ancienne exclusion des dirigeants sociaux cautions	39
B.	La nouvelle exclusion des cautions averties	43
II.	La protection des cautions non professionnelles	48
§ 2.	Les solutions cohérentes avec la finalité de la règle	49
I.	L'exclusion des cautions intéressées	50
A.	La difficulté avérée d'identification des cautions intéressées	50
B.	Les avantages mitigés de l'exclusion des cautions intéressées	52
1.	La spécificité des cautionnements des dirigeants sociaux	53
2.	L'effet sur l'octroi de crédit aux entreprises ?	54
II.	La protection de toutes les cautions personnes physiques	58
A.	La protection retenue de toutes les personnes physiques	58
B.	La protection des cautions personnes physiques de bonne foi	62
1.	Les mesures de traitement du surendettement profitant aux débiteurs de bonne foi	62
2.	La règle de proportionnalité profitant aux cautions de bonne foi	72

III.	Le sort des cautions personnes morales et de l'EIRL	80
A.	La protection des personnes morales par les règles de proportionnalité existantes	80
B.	Le choix de l'exclusion des personnes morales et de l'EIRL de la règle de proportionnalité	82
1.	Le sort des personnes morales	82
2.	Le sort de l'EIRL	90
Section 2.	Les créanciers concernés par la règle de proportionnalité	91
§ 1.	Les créanciers concernés <i>de lege lata</i>	92
I.	Les créanciers professionnels seuls soumis à la règle de proportionnalité	92
II.	La précision de la notion de créancier professionnel	95
§ 2.	L'appréciation critique des champs d'application retenus	97
Chapitre 2.	L'amélioration du régime du cautionnement disproportionné	105
Section 1.	La sanction de la disproportion	104
§ 1.	L'élimination des sanctions incohérentes avec la finalité de la règle	106
I.	L'appréciation critique des sanctions retenues en droit positif	106
A.	La responsabilité civile du créancier	106
1.	La présentation de la sanction retenue par la jurisprudence	106
2.	L'appréciation de la sanction retenue par la jurisprudence	109
B.	La déchéance du cautionnement	116
1.	La présentation de la sanction retenue par le législateur	116
2.	L'appréciation de la sanction retenue par le législateur	118
II.	L'appréciation critique des autres sanctions	126
A.	Les sanctions écartées en raison de leur objet	126
B.	Les sanctions écartées en raison de leur inefficacité	128
§ 2.	Le choix d'une sanction visant la protection du patrimoine des cautions	129
I.	L'exposé des sanctions cohérentes avec la finalité de la règle	129
A.	La réduction du cautionnement disproportionné	129
B.	La paralysie du droit de poursuite du créancier	132
II.	Le choix de la meilleure sanction	135
A.	La juste mesure des sanctions	136
B.	L'effet dissuasif des sanctions	139
Section 2.	L'appréciation de la proportionnalité	143
§ 1.	L'évaluation des facultés de paiement des cautions	144
I.	La prise en compte de l'actif et du passif des cautions	145
II.	La question des biens n'entrant pas dans le gage du créancier	149
A.	La protection du patrimoine commun des cautions mariées	150
B.	La protection partielle du patrimoine de la caution comme protection de son consentement	153

§ 2.	La date d'appréciation de la proportionnalité	156
I.	La création d'un mécanisme autonome de maintien de la proportionnalité	157
A.	La présentation du mécanisme	158
B.	L'autonomie du mécanisme de maintien de la proportionnalité	161
1.	L'autonomie du maintien de la proportionnalité par rapport à l'imprévision	161
2.	Un mécanisme distinct du remplacement de la caution devenue insolvable	167
II.	Le régime du mécanisme de maintien de la proportionnalité	170
A.	Les modalités du mécanisme de maintien de la proportionnalité	170
1.	Le champ d'application et l'initiative du mécanisme	170
2.	Les conditions de la mise en œuvre du mécanisme	176
B.	Le déroulement de la procédure	178
Titre 2.	L'extension de la proportionnalité à toutes les sûretés consenties pour autrui	191
Chapitre 1.	L'extension de l'exigence de proportionnalité aux sûretés personnelles	198
Section 1.	L'extension de l'exigence de proportionnalité aux garanties autonomes	206
§ 1.	Le besoin et les moyens de protection des garants autonomes	207
I.	La naissance d'un besoin de protection des garants autonomes	207
A.	L'utilisation originelle de la garantie autonome	207
B.	La diversification du recours aux garanties autonomes	208
II.	L'adaptation de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes	213
A.	La question de l'application des règles de protection des cautions aux garants autonomes	214
B.	La question de l'applicabilité de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes	219
§ 2.	L'opportunité de l'extension de la règle de proportionnalité aux garanties autonomes	221
I.	L'atteinte apparente à l'efficacité des garanties autonomes	222
II.	Le champ d'application de la règle justifiant l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes	224
A.	La limite de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes	224
B.	L'opportunité de l'atteinte à l'efficacité des garanties autonomes	227
Section 2.	L'extension de l'exigence de proportionnalité aux lettres d'intention	229
§ 1.	L'opportunité de l'extension de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention	229
I.	La protection offerte par la règle de proportionnalité	230
II.	Les conséquences de l'instauration d'une règle de proportionnalité	233
A.	La vigilance accrue des créanciers	234
B.	L'atteinte à l'efficacité des lettres d'intention	234
1.	L'atteinte circonscrite à l'efficacité des lettres d'intention	235
2.	L'effet dissuasif du recours aux lettres d'intention	236
§ 2.	L'applicabilité de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention	238

I.	La présentation des lettres d'intention	238
A.	La technique des lettres d'intention	238
B.	Les conceptions théoriques des lettres d'intention	241
II.	L'adaptation de la règle de proportionnalité aux lettres d'intention	245
A.	La détermination des éléments à comparer	245
1.	Les différentes conceptions rejetées de la proportionnalité	246
2.	La défense de la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur	250
B.	La précision de la proportionnalité de l'obligation comportementale de l'émetteur	253
1.	La précision du mode d'appréciation de la proportionnalité	253
2.	La précision de la sanction de la disproportion	256
Chapitre 2.	L'extension de l'exigence de proportionnalité aux sûretés réelles pour autrui	262
Section 1.	Les solutions existantes en matière de sûretés réelles pour autrui	264
§ 1.	La présentation des sûretés réelles pour autrui	265
I.	La définition positive et négative des sûretés réelles pour autrui	265
A.	Le refus d'assimilation au cautionnement	265
B.	La définition positive des sûretés réelles pour autrui	273
1.	La nature controversée de l'obligation du constituant	273
2.	L'étendue des droits du créancier	279
II.	Le régime applicable aux sûretés réelles pour autrui	281
A.	Le refus d'étendre l'obligation de mise en garde	282
B.	Le refus d'étendre la règle de proportionnalité	286
§ 2.	L'appréciation doctrinale du régime des sûretés réelles pour autrui	288
I.	Les avis contrastés des auteurs	288
II.	L'approbation majoritaire du refus d'admettre la disproportion	293
Section 2.	L'instauration nécessaire d'une règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui	296
§ 1.	La disproportion potentielle des sûretés réelles pour autrui	296
I.	Le questionnement de la justesse de la solution jurisprudentielle	296
A.	Le danger encouru par les constituants	296
B.	L'admission judiciaire du danger encouru par les constituants	299
II.	Le défaut affectant le raisonnement de la Cour de cassation	302
§ 2.	La nécessaire règle de proportionnalité des sûretés réelles pour autrui	306
I.	Les réticences à l'instauration d'une exigence de proportionnalité	306
A.	L'éviction des obstacles à la reconnaissance de la disproportion	306
1.	L'ancien obstacle résultant de l'appréciation du retour à meilleure fortune	307
2.	L'obstacle résultant de l'appréciation du préjudice subi par la caution	309
B.	Les inconvénients non déterminants de la proportionnalité	314
II.	L'adaptation de la règle de proportionnalité	316
A.	Les éléments transposés sans adaptation	317
B.	L'adaptation de la sanction	317

Seconde partie

Proportionnalité des sûretés et préservation du crédit des constituants

Titre 1 : Le domaine de la proportionnalité	338
Chapitre 1. L'application de la règle à chaque sûreté	340
Section 1. L'indifférence de la nature réelle ou personnelle des sûretés	340
§ 1. La proportionnalité des sûretés réelles	341
I. La distinction entre les sûretés	341
A. L'identification des sûretés réelles gaspillant le crédit	342
B. L'identification des sûretés réelles ne gaspillant pas le crédit	346
II. Le manque de pertinence de la distinction	354
A. Le doute quant à la pertinence de la distinction	354
1. La disproportion résultant de l'indivisibilité des sûretés	355
2. Le paradoxe des règles de proportionnalité existantes	357
B. La participation de toutes les sûretés réelles à l'atteinte au crédit	363
§ 2. La proportionnalité des sûretés personnelles	365
I. L'identification des sûretés personnelles disproportionnées	365
A. La disproportion douteuse du cautionnement	366
1. L'impossible disproportion du cautionnement seul	366
2. Le cautionnement participant à la disproportion	369
B. La disproportion possible des autres sûretés personnelles	371
1. La disproportion de la garantie autonome	371
2. La disproportion des lettres d'intention	384
II. Le bénéfice de la règle de proportionnalité	387
A. Le bénéficiaire de la règle en présence de sûretés pour autrui	387
1. L'invocation de la règle par le constituant	387
2. L'invocation de la règle par le débiteur	389
B. La priorité en cas de pluralité de bénéficiaires	393
1. L'articulation des actions du débiteur et du garant	393
2. L'articulation des actions des différents garants	394

Section 2.	L'indifférence de la source conventionnelle, légale ou judiciaire des sûretés	395
§ 1.	L'affirmation de l'applicabilité aux sûretés conventionnelles	396
§ 2.	La justification de l'applicabilité aux sûretés conventionnelles	400
I.	Les obstacles non dirimants à l'instauration de règles de proportionnalité des sûretés	400
II.	Les obstacles propres aux sûretés conventionnelles	402
A.	La réalité de l'atteinte aux principes du droit des obligations	402
B.	La justification de l'instauration d'une règle de proportionnalité	405
Chapitre 2.	La généralité de l'application de la règle de proportionnalité	412
Section 1.	L'application de la règle aux sûretés considérées ensemble	412
§ 1.	L'appréciation de la proportionnalité au regard de l'ensemble des garanties	413
I.	La justification de l'appréciation globale de la proportionnalité	414
II.	Une conception connue de la proportionnalité des garanties	417
A.	La distinction des deux règles	417
B.	La proportionnalité des garanties en jurisprudence	425
§ 2.	Les conséquences de la prise en compte de toutes les garanties	428
I.	La sanction de la disproportion réservée aux sûretés <i>stricto sensu</i>	429
A.	La justification de la distinction des garanties et des sûretés	429
B.	Les conséquences de la distinction des garanties et des sûretés	431
II.	Les difficultés d'application de la règle à certaines garanties	432
A.	La difficulté tenant au mécanisme du droit de rétention	433
1.	L'application délicate de la proportionnalité au droit de rétention	433
2.	L'utilité de la disproportion du droit de rétention	438
B.	Les difficultés d'application de la proportionnalité aux sûretés négatives	445
1.	L'application délicate de la proportionnalité aux sûretés négatives	445
2.	L'autonomie de la règle de proportionnalité	450
Section 2.	Le champ d'application personnel de la proportionnalité des sûretés	455
§ 1.	Les constituants bénéficiant de la règle de proportionnalité	455
I.	La protection de tous les constituants	455
A.	La protection du patrimoine des personnes physiques et morales	455
B.	La conséquence de la protection des personnes morales	459
II.	L'exclusion des constituants de mauvaise foi	461
§ 2.	Les créanciers soumis à la règle de proportionnalité	466
I.	La recherche d'un champ d'application cohérent avec la finalité de la règle	466
II.	L'opportunité de l'application de la règle aux créanciers non professionnels	468

Titre 2.	Le régime de la règle de proportionnalité des sûretés	475
Chapitre 1.	L’appréciation de la proportionnalité des sûretés	476
Section 1.	Le critère d’appréciation de la proportionnalité	476
§ 1.	L’étude des fondements envisageables de la règle de proportionnalité	477
I.	Le rejet des fondements issus de la notion d’abus	478
A.	Le rejet du fondement de l’abus de droit	478
B.	Le rejet du fondement des clauses abusives	481
II.	L’insuffisance des fondements issus de la justice contractuelle	483
A.	Le rattachement aux notions issues de la justice contractuelle	485
B.	Le rattachement à une règle issue de la justice contractuelle	491
§ 2.	Le critère précisant la notion de proportionnalité	494
I.	Le rejet des critères non pertinents	494
A.	Le rejet du critère du raisonnable	494
B.	Le rejet du critère de l’excès	495
II.	La sélection du critère de l’utilité des sûretés	497
A.	La présentation du critère de l’utilité des sûretés	497
1.	La découverte du critère de l’utilité des sûretés	497
2.	La précision du critère de l’inutilité des sûretés	504
B.	La souplesse du critère de l’utilité des sûretés	507
1.	L’absence de seuil de proportionnalité	507
2.	La confiance aux juges	515
Section 2.	La date d’appréciation de la proportionnalité	517
§ 1.	L’appréciation de la proportionnalité au jour de la réalisation des sûretés	518
I.	La proportionnalité préservant les actifs du constituant	518
A.	L’existence d’une règle de proportionnalité	518
B.	L’insuffisance de la proportionnalité des voies d’exécution	524
II.	La proportionnalité et ses liens avec les droits fondamentaux	526
A.	La proportionnalité comme outil de balance entre les différents droits fondamentaux	527
1.	La présentation des droits fondamentaux du créancier et du débiteur	527
2.	Le rejet de la proportionnalité protégeant les droits fondamentaux des débiteurs	532
B.	L’atteinte aux droits fondamentaux des parties	535
§ 2.	La précision de la date d’appréciation de la proportionnalité	537
I.	Les solutions rejetées	538
A.	Le rejet de l’appréciation au jour de la naissance de la créance	538
B.	Le rejet de l’appréciation au jour de la constitution des sûretés	540
II.	Le choix de l’appréciation de la proportionnalité au jour du jugement	544
Chapitre 2.	La sanction de la disproportion des sûretés	551
Section 1.	Le choix de la sanction de la disproportion	551
§ 1.	Le rejet des sanctions inadaptées	552
I.	Le rejet du choix passé de l’annulation des garanties	552

II.	Le rejet de la responsabilité du créancier	555
§ 2.	Le choix entre la réduction et la paralysie des droits du créancier	558
I.	La présentation de la réduction et la paralysie des droits du créancier	559
A.	La présentation de la réduction des sûretés disproportionnées	559
1.	L'objet de la réduction	559
2.	La diversité des formes de réduction	561
B.	La présentation de la paralysie des droits du créancier	563
II.	Le choix de la réduction	569
A.	Les avantages et inconvénients des deux sanctions	569
1.	Les inconvénients communs	569
2.	Les inconvénients propres à chaque sanction	573
B.	L'amélioration de la sanction retenue par une procédure spéciale	578
1.	L'exposé de la procédure	578
2.	Les avantages de la procédure	580
Section 2.	Le prononcé de la sanction	583
§ 1.	L'identification du juge compétent	583
I.	L'incompétence du juge de l'exécution et du juge du provisoire	583
A.	L'incompétence du juge de l'exécution	584
B.	L'incompétence du juge des référés	585
II.	Le partage du contentieux	587
A.	La compétence partagée des juges civil et commercial	588
B.	L'identité des juges compétents en matière de cautionnement	590
§ 2.	Le contrôle de l'application des règles de proportionnalité	591
I.	Le contrôle relatif à la proportionnalité du cautionnement	591
II.	Le contrôle de la proportionnalité des sûretés	593
A.	Les lignes directrices posées par la Cour de cassation	593
B.	L'identité du contrôle de la Cour de cassation	596

Conclusion générale

Bibliographie

Index

Résumé de la thèse

La thèse propose de montrer que la proportionnalité des sûretés remplit deux fonctions bien distinctes.

En premier lieu, la proportionnalité permet de lutter contre l'insolvabilité des garants, ces personnes qui répondent du crédit consenti sans en bénéficier. Elle s'entend alors de l'adéquation entre le montant de la sûreté pour autrui et les facultés de paiement du garant. La règle, d'ores et déjà consacrée en matière de cautionnement, mérite d'être à la fois restreinte aux garants de bonne foi, mais aussi étendue à tous les garants personnes physiques, qu'ils aient souscrit une garantie autonome, une lettre d'intention, ou encore une sûreté réelle pour autrui.

En second lieu, la proportionnalité permet de lutter contre le gaspillage du crédit des constituants. La perspective est alors différente. Il s'agit d'apprécier l'adéquation entre l'ensemble des sûretés obtenues par un créancier et le montant du crédit garanti. Ce n'est plus la dangerosité excessive de la sûreté pour le garant qui est en cause, mais son inutilité pour le créancier.

Bien qu'elles s'inscrivent dans deux fonctions distinctes de la proportionnalité, ces deux règles, qui présentent une communauté de régime, constituent les deux facettes d'un principe général de proportionnalité des sûretés qui émerge en droit contemporain.

Summary of the thesis

The thesis proposes to show that the proportionality of security interests fulfils two quite distinct functions.

Firstly, proportionality can be required between surety and the warrantor's commitment. It protects the warrantor from insolvency. Proportionality then refers to the adequacy between the amount of the security for third parties and the guarantor's ability to pay. The rule, which is already enshrined in the law on suretyship, deserves to be restricted to guarantors acting in good faith, but also extended to all guarantors who are natural persons, whether they have subscribed to an independent guarantee, a letter of intent or a real security for third parties.

Secondly, proportionality can be searched between all the securities offered to the creditor and the loan they are attached to. The perspective is then different. It is a question of assessing the adequacy between the totality of the securities obtained by a creditor and the amount of the secured credit. It is no longer the excessive dangerousness of the security for the guarantor that is at issue, but its uselessness for the creditor.

Although some differences between them, those two rules can form, together, a general concept of proportionality of securities.