

Effet perturbateur du droit de la consommation et droit des sûretés

III- L'impact de la réforme du 15 septembre 2021

Antoine Gouëzel

Professeur à l'Université de Rennes

Ancien chargé de mission à la DACS (Direction des affaires civiles et du sceau)



Cette contribution est issue de l'atelier consacré à « **Effet perturbateur du droit de la consommation et droit des sûretés** » organisé par le CEDCACE à l'Université Paris Nanterre le 24 janvier 2024 et s'inscrivant dans le cycle d'ateliers consacré à « **L'effet perturbateur du droit de la consommation, toujours d'actualité ?** » sous la direction scientifique de Natacha Sauphanor-Brouillaud.

Les actes du cycle d'ateliers sont librement consultables sur le site Internet du CEDCACE : <http://cedcace.parisnanterre.fr>

III. L'impact de la réforme du 15 septembre 2021

La réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 15 septembre 2021 a-t-elle accru, réduit ou maintenu l'effet perturbateur du droit de la consommation ?

À titre liminaire, il faut souligner que l'effet du droit de la consommation ne saurait être limité à une perturbation. D'un point de vue institutionnel, le droit de la consommation a été une source d'équilibre pour la réforme des sûretés, et ceci à un double niveau.

D'une part, le projet de réforme du droit des sûretés a fait l'objet de deux consultations publiques successives, au début de l'année 2019 et à la fin de l'année 2020. Or qui répond à ces consultations ? Des universitaires bien sûr, mais également des représentants d'intérêts. Or parmi ces derniers, les représentants des intérêts des créanciers sont particulièrement actifs lors de ce type de consultations, que l'on pense aux organisations qui représentent les entreprises de manière générale, les banques, les assureurs, ou encore les grands cabinets d'affaires, etc. Mais, comme les sûretés intéressent aussi les consommateurs, comme les sûretés sont aussi régies par le code de la consommation, des organisations de défense des intérêts des consommateurs ont également pu être intéressés par la consultation et y répondre, ce qui a permis d'avoir des résultats plus équilibrés, plus représentatifs de la diversité des intérêts en cause.

Le droit de la consommation a d'autre part été source d'équilibre lors des discussions interministérielles sur le projet. La Chancellerie était certes le ministère porteur, c'est elle qui a tenu la plume ; mais tout projet de texte doit faire l'objet d'une concertation interministérielle lors de laquelle les éventuels désaccords sont tranchés par Matignon. Or certaines directions sont particulièrement sensibles aux intérêts des professions dont elles assurent la tutelle ; par exemple, la Direction générale du Trésor est logiquement attentive aux impacts que peut avoir un texte sur la profession bancaire. Mais comme le code de la consommation était également en cause, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

(DGCCRF) était également présente lors des échanges ; or celle-ci est très attachée à la protection des droits du consommateur, ce qui a permis à nouveau d'avoir un autre éclairage, une autre perspective.

Pour en revenir à l'effet perturbateur du droit de la consommation, il me semble que la réforme du 15 septembre 2021 le réduit de manière assez sensible. Plus précisément, la réforme supprime purement et simplement certains facteurs de perturbation (A) ; elle s'attache par ailleurs à maîtriser d'autres facteurs de perturbation (B) ; pour autant, certaines perturbations subsistent (C).

A. La perturbation supprimée

C'est l'aspect le plus visible et c'est en même temps le plus simple : pour mettre fin à l'effet perturbateur du droit de la consommation, il suffit de supprimer les textes qui figurent dans le code de la consommation ! C'est précisément ce qu'a fait l'ordonnance en abrogeant pas moins de 17 articles de ce code, qui traitaient jusque-là du cautionnement. Les trois mesures emblématique de protection de la caution (mention manuscrite, proportionnalité et obligations d'information) ont ainsi été sorties du code de la consommation. Mais elles n'ont pas été simplement abrogées ; elles ont été modifiées et intégrées dans le code civil.

La pertinence de ce rapatriement est incontestable : comme cela a été expliqué, les techniques utilisées ne sont pas traditionnelles du droit de la consommation, le champ d'application de ces textes ne correspondait pas au droit de la consommation, leur esprit était partiellement divergent. Il y avait quand même quelque chose d'étonnant à ce que des juges du tribunal de commerce appliquent des textes du code de la consommation dans des litiges entre deux professionnels. Ces mesures n'ayant rien à faire dans le code de la consommation, l'ordonnance du 15 septembre 2021 les a remises à leur juste place, dans le code civil. Le code civil est ainsi rétabli dans sa fonction de droit commun, ce qui est une des lignes de force de la réforme. Corrélativement, le droit de la consommation lui-même est lui-même rétabli dans son intégrité, alors qu'il accueillait jusque-là en quelque sorte un corps étranger se fondant mal dans ses méthodes de raisonnement.

Si le principe de ce rapatriement est convaincant, et n'a d'ailleurs à ma connaissance été contesté par personne, il est toutefois susceptible de poser plusieurs questions.

Première question, quelle est l'incidence de ce rapatriement sur les pouvoirs du juge ? L'article R. 632-1 alinéa 1er du code de la consommation dispose en effet que « *Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». Lorsque les textes figuraient dans le code de la consommation, le juge pouvait donc sans hésitation les relever d'office, ce qui est particulièrement utile en matière de cautionnement car en pratique les cautions sont souvent non comparantes. Qu'en est-il aujourd'hui, maintenant que ces mesures de protection fondamentales sont dans le code civil ? Pour éviter la difficulté, il aurait été possible d'utiliser la technique du code suiveur, qui consiste à reproduire dans le code de la consommation les textes du code civil. Cependant, cette technique, très critiquée, est en perte de vitesse ; elle n'a ainsi pas été utilisée par l'ordonnance. La question est donc entière : le juge peut-il relever d'office la violation des nouveaux articles 2297 et suivants du code civil ? La question est délicate car l'office du juge à l'égard du droit fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement difficile à synthétiser et d'analyses doctrinales variées.

Si l'on s'intéresse à la mention manuscrite, il me semble cependant que tout ou presque concorde pour reconnaître au juge la faculté de relever d'office le non-respect du nouvel article 2297. L'article 12 du code de procédure civile dispose que : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Il est vrai que la jurisprudence depuis l'arrêt Dauvin¹ écarte en principe toute obligation pour le juge de relever d'office un moyen de droit ; cependant, elle n'a pas remis en cause la faculté pour le juge d'y procéder. Ce dernier le peut d'autant plus qu'il a entre les mains tous les éléments de fait lui pour lui permettre d'apprécier si la règle a été ou non respectée. Au soutien de son action, le créancier a en effet dû produire le contrat de cautionnement sur lequel figure (ou non) la mention. Par ailleurs, l'invocation de l'article 2297 ne conduit pas à modifier l'objet du litige puisqu'elle aboutit au rejet de la demande du créancier. Finalement, pour ce qui est de la mention manuscrite, le déplacement du texte du code de la consommation au code civil ne modifie pas les pouvoirs du juge.

Deuxième question, ce rapatriement est-il susceptible de modifier l'interprétation des textes ? On pourrait en particulier s'interroger sur la notion de « créancier professionnel ». Le terme de professionnel est en effet polysémique : le professionnel de la garantie des vices cachés du code civil n'est par exemple pas le même que le professionnel du code de la consommation. Une jurisprudence constante définit le créancier professionnel comme « celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »². Cette interprétation, rendue sur le fondement des textes du code de la consommation, a-t-elle vocation à se maintenir, maintenant que les textes sont dans le code civil ? Une réponse positive s'impose, pour au moins trois raisons :

première raison, l'intention du législateur. Tout dans les travaux préparatoires révèle sur ce point une volonté de continuité ;

deuxième raison, les arrêts précisent bien qu'il s'agit de la définition du créancier professionnel « au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation »³, donc au sens des textes spécifiques protecteurs de la caution. Les juges n'ont pas repris la définition générique du professionnel qui figure à l'article liminaire du code de la consommation – d'ailleurs cet article n'existait pas encore au moment où ces décisions ont été rendues. Les juges ont forgé une définition propre à ces textes. Par conséquent, dans la mesure où ces textes ont été repris dans le code civil, la définition spécifique a vocation à se maintenir ;

troisième raison, l'apport majeur de cette définition jurisprudentielle est de reconnaître que le créancier professionnel va au-delà du professionnel du crédit, au-delà de la seule banque. Or il n'y a aucune raison de remettre en cause cet apport, bien au contraire.

Le rapatriement des textes dans le code civil supprime donc la perturbation, sans avoir d'effets secondaires négatifs. La réforme utilise parfois une technique différente : la perturbation n'est plus supprimée mais maîtrisée.

¹ Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343.

² 1^{ère} Civ., 9 juillet 2009, n° 08-15.910

³ 1^{ère} Civ., 9 juillet 2009, préc.

B. La perturbation maîtrisée

Ici, la règle potentiellement perturbatrice subsiste dans le droit de la consommation, mais elle est prise en compte dans le texte de droit commun afin d'être maîtrisée, afin d'être contrôlée. Dès lors, il ne s'agit plus d'une véritable perturbation mais au contraire d'une conciliation organisée entre les branches du droit.

Le meilleur exemple de ce phénomène est l'opposabilité des exceptions par la caution. Le droit antérieur distinguait entre deux catégories d'exceptions : les exceptions purement personnelles au débiteur, que la caution n'avait pas le droit d'invoquer, et les exceptions inhérentes à la dette, dont la caution pouvait se prévaloir. Depuis un arrêt de chambre mixte de 2007⁴, la Cour de cassation a donné corps à la catégorie des exceptions purement personnelles, c'est-à-dire qu'elle a multiplié les exceptions dont la caution ne pouvait pas se prévaloir : remise des poursuites accordée au débiteur principal, non-respect d'une clause de conciliation, etc. Le cas de la prescription biennale de l'article L. 218-2 du code de la consommation était une manifestation éclatante de cette jurisprudence ; il manifestait de manière tout aussi éclatante le caractère inopportun et inadapté de cette jurisprudence, comme cela a été expliqué par Manuella Bourassin. La réforme de 2021 a donc remis la question sur le métier et a prévu dans le nouvel article 2298 que la caution peut désormais « *opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur* ». Le principe de l'opposabilité des exceptions est donc rétabli dans toute son étendue.

Mais la réforme ne s'est pas arrêtée là. Elle a en effet posé à l'alinéa 2 un tempérament important : « *Toutefois, la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire* ». C'est ici la finalité du cautionnement qui prime : le créancier a demandé un cautionnement pour être protégé en cas de défaillance du débiteur ; si cette défaillance est caractérisée, la caution doit payer. C'est précisément dans ce but que le cautionnement a été mis en place. La défaillance du débiteur manifeste la réalisation du risque contre lequel le cautionnement a été souscrit ; il est donc normal qu'il produise son effet dans ce cas.

Or cet alinéa 2 trouvera son terrain d'application privilégié dans le droit du surendettement. La question ici est celle du sort du cautionnement en cas de surendettement du débiteur principal. Le débiteur principal est à l'abri parce qu'il a déposé un dossier auprès de la commission de surendettement, ce qui entraîne la suspension des poursuites, ce qui va lui permettre de bénéficier de délais ou de remises, voire de l'effacement de sa dette. Que devient le cautionnement dans ce cas ? Le créancier peut-il agir contre la caution ?

La question est délicate car il n'y a pas de texte en la matière dans le livre VII du code de commerce. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme, on avait quelques réponses jurisprudentielles, mais surtout beaucoup d'interrogations. La question qui cristallisait les débats était celle de l'incidence de l'effacement des dettes lors de la clôture de la procédure de rétablissement personnel. Deux thèses s'affrontaient sur ce point. Première thèse : l'effacement de la dette entraîne son extinction ; par conséquent, en application de la règle de l'accessoire, l'obligation de la caution doit également être éteinte ; la caution est libérée. Deuxième thèse : la finalité du cautionnement est en cause, le créancier a pris un cautionnement pour être protégé en cas de défaillance du débiteur, ce qui est précisément le cas ici ; le cautionnement doit subsister. Il n'y avait pas d'arrêt et la doctrine était divisée.

On voit bien ici la perturbation créée par le droit de la consommation, perturbation qui intervient en plus au pire moment : c'est précisément lorsque le débiteur est en surendettement que le

⁴ Ch. Mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602.

créancier a envie et besoin de mettre en œuvre son cautionnement ; or on ne sait pas quelle est la solution. Et si la première interprétation est retenue, à savoir l'extinction du cautionnement, l'efficacité de la sûreté est atteinte.

La réforme permet de maîtriser cette perturbation, en levant l'incertitude dans un sens cohérent avec la finalité du cautionnement. Le livre VII du code de la consommation n'est pas complété, mais l'alinéa 2 de l'article 2298 permet d'asseoir des solutions prévisibles et adaptées. L'ouverture d'une procédure de surendettement caractérise en effet la défaillance du débiteur : par définition, il faut qu'il soit en situation de surendettement, c'est-à-dire dans « *l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes* » (article L. 711-1) ; plus encore, la décision de recevabilité de sa demande emporte suspension et interdiction des poursuites (article L. 722-2), c'est-à-dire que les créanciers ne peuvent plus obtenir paiement de ce qui leur est dû. C'est bien dire que le débiteur est défaillant. En outre, l'effacement de la dette à la clôture de la procédure de rétablissement est indiscutablement une mesure légale (c'est l'article L. 742-22) dont bénéficie le débiteur. La conclusion s'impose alors : en application de l'article 2298 alinéa 2, la caution ne peut pas s'en prévaloir ; elle doit payer le créancier. La perturbation est ainsi doublement maîtrisée : il existe désormais une solution indiscutable, l'incertitude est levée ; et cette solution assure l'efficacité de la sûreté.

L'apport de l'article 2298 alinéa 2 ne se limite pas à la question de l'effacement des dettes ; on pourrait évoquer la suspension des poursuites, le plan ou encore la déclaration des créances. Où l'on voit la ressource formidable que représente le droit commun ; la tendance aujourd'hui en législation est à la multiplication des règles spéciales ; mais une bonne règle de droit commun peut se révéler parfaitement suffisante.

Si l'ordonnance a ainsi réussi à maîtriser certains facteurs de perturbation issus du droit de la consommation, elle n'a pas résolu toutes les difficultés.

C. La perturbation subsistante

Une seule question sera évoquée ce soir, dans la continuité de l'intervention de Manuella Bourassin : l'influence des clauses abusives. Ici la perturbation est inévitable car c'est le droit commun du contrat de consommation qui en est la cause, sur lequel l'ordonnance de 2021 n'a évidemment aucune prise. La perturbation est modérée, comme cela a été parfaitement montré, mais elle existe. La question est alors de savoir si la réforme est susceptible de modifier l'appréciation du déséquilibre significatif à l'égard de certaines clauses. Autrement dit, en raison de l'évolution législative, une clause qui hier était considérée comme créant un déséquilibre significatif peut-elle ne plus l'être aujourd'hui, ou inversement ?

Qu'en est-il par exemple de la clause de résiliation à effet limité du cautionnement de compte courant ? La question préalable est de déterminer si cette clause porte sur l'objet principal du contrat. Manuella Bourassin répond par l'affirmative. Je suis plus hésitant car cette clause est traditionnellement analysée comme dérogeant aux règles relatives à l'imputation des paiements : les remises postérieures doivent s'imputer prioritairement sur les débits postérieurs. Or l'imputation des paiements ne me semble pas relever de l'objet principal du contrat. La discussion est ouverte tant la notion d'objet principal du contrat est incertaine.

À supposer que cette première barrière soit franchie, la clause est-elle la source d'un déséquilibre significatif ? La jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur la question ; pour autant, il me semble qu'avant la réforme on pouvait considérer de manière assez nette qu'elle était la source d'un

déséquilibre significatif car elle avait un inconvénient majeur : elle était susceptible de prolonger indéfiniment l'engagement de la caution. En effet, tant que le compte n'est pas clôturé, la dette principale n'est pas exigible, si bien que la prescription ne commence pas à courir à l'encontre de la caution. Il en résultait que, si le compte continuait à fonctionner, la caution pouvait potentiellement être poursuivie 5 ans, 10 ans, 20 ans après avoir mis fin à son engagement. Il y avait là un déséquilibre significatif.

La réforme change la donne avec le nouvel article 2319 qui prévoit qu'en toute hypothèse « *la caution du solde d'un compte courant ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement* ». Cette nouvelle règle légale limite donc fortement le danger de la clause litigieuse. Au bout de 5 ans, ce qui correspond à la prescription de droit commun, la caution est libérée. Dès lors, le déséquilibre créé par la clause n'est plus aussi important qu'auparavant, si bien que la qualification de clause abusive pourrait être remise en cause.

Le déséquilibre est certes moins fort, mais il subsiste. Avec cette clause, la situation de la caution est tout de même beaucoup moins favorable que si on applique la règle supplétive, qui a pour effet que sa dette s'éteint « *comme neige au soleil* », pour reprendre les termes d'un célèbre article de Michel Cabrillac⁵. D'ailleurs, la protection du nouvel article 2319 bénéficie à tous, pas seulement aux consommateurs. Il ne me semble donc pas impossible de considérer que, dans les relations entre professionnels et consommateurs, la clause de résiliation du cautionnement à effet limité reste, malgré la limite générale de l'article 2319, la source d'un déséquilibre significatif.

En définitive, malgré la réforme de 2021, il reste impossible d'étudier le droit des sûretés en ignorant le droit de la consommation.

⁵ M. Cabrillac, « Obligation de couverture, obligation de règlement et solde du compte courant », *Mélanges Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 293, n° 13.