

à la une

Département : Affaires / Contentieux / Arbitrage

La question du surendettement revient sur le devant de la scène, avec le rejet le 12 décembre dernier par l'Assemblée Nationale en première lecture d'une proposition de Loi « tendant à prévenir le surendettement. » A cette occasion, nous avons souhaité revenir dans notre Une sur la situation préoccupante des dirigeants personnes physiques, cautions de leurs sociétés, qui, poursuivies par les créanciers sociaux en cas de défaillance de l'entreprise, peuvent rapidement se trouver en situation de surendettement sans pouvoir bénéficier ni du régime de faveur du Code de la Consommation - et notamment du rétablissement personnel - ni des procédures collectives instaurées au bénéfice des commerçants par le Code de commerce.

Le thème du mois : Le dirigeant-caution face au surendettement

Le dirigeant de PME, personne physique, n'est presque jamais commerçant lui-même, car il connaît les risques que cela implique en terme de responsabilité, et c'est pourquoi il cherche le plus souvent à limiter cette responsabilité au montant de son apport en ayant recours pour son activité à une SARL, une SA ou une SAS, plutôt qu'à une SNC.

Néanmoins, il est rare en pratique qu'une entreprise de taille modeste puisse obtenir l'ouverture d'un crédit auprès d'un établissement bancaire sans apporter en garantie la caution de son dirigeant, ce qui expose ce dernier à un risque important d'endettement, et donc de surendettement, en cas de faillite de l'entreprise.

C'est pourquoi la réglementation protège en amont la caution personne physique dirigeante, à travers les dispositions très protectrices du Code de la consommation et du Code de commerce (I).

En revanche, la réglementation ne jouera plus aucun rôle protecteur lorsque la situation du dirigeant-caution sera irrémédiablement compromise, puisque ce dernier ne pourra alors bénéficier ni des procédures de surendettement, ni des procédures collectives. (II)

I. Prévention du risque de surendettement : une protection excessive ?

Lors de la signature de l'acte de cautionnement, le dirigeant de société qui a donné sa caution pour obtenir un crédit auprès d'un établissement bancaire en faveur de son entreprise est considéré, depuis la Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 dite « Dutreil I », comme l'équivalent d'un consommateur, et mérite aux yeux du législateur une protection renforcée du seul fait qu'il est une personne physique, par essence vulnérable - ce qui en soi est discutable.

Les dispositions protectrices du Code de la consommation s'appliqueront ainsi à toutes les cautions personnes physiques, peu important la nature professionnelle ou non de l'obligation cautionnée, comme la qualité de commerçant ou de particulier de la caution.

L'engagement du dirigeant-caution pourra donc être remis en cause lorsqu'une des mentions manuscrites obligatoires du Code de la consommation fera défaut sur l'acte, ou encore lorsque le montant de la dette cautionnée n'aura pas précisément été déterminé.

Par ailleurs, la Loi Dutreil I est venue rappeler que le dirigeant, comme toute caution personne physique, pouvait invoquer la circonstance que son engagement était, lors de sa conclusion, « manifestement disproportionné à ses biens et revenus » (article L.341-4 du Code de la consommation), sauf s'il dispose au jour du recouvrement d'un patrimoine lui permettant de faire face à son engagement.

A cet égard, il faut préciser qu'un important arrêt rendu le **22 septembre 2006** par la Chambre mixte de la Cour de cassation a mis fin à une

controverse entre les juges du fond, en jugeant que l'article L.341-4 précité n'était pas applicable aux cautionnements souscrits avant l'entrée en vigueur de la Loi du 1^{er} août 2003.

Si l'on ajoute que dans le cadre de la Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, les cautions dirigeantes personnes physiques ne peuvent pas être personnellement poursuivies pendant la période d'observation de l'entreprise en difficulté, on peut estimer que les dirigeants cautions sont plutôt bien protégés – certains diront trop – contre le risque de voir un jour mise en œuvre utilement la garantie qu'ils ont accordée en faveur de leur entreprise.

II. Traitement du surendettement : une protection inexistante

Le législateur a organisé, comme il vient d'être rappelé, un ensemble des mesures de nature à protéger, en amont, le patrimoine du dirigeant caution de la vindicte des créanciers sociaux.

En revanche, quand la période d'observation de l'entreprise qu'il dirigeait, aura pris fin – très souvent par une liquidation avec clôture pour insuffisance d'actif – le chef d'entreprise se trouvera finalement confronté aux créanciers en faveur desquels il avait souscrit un engagement de caution, qui retrouveront à son encontre leur droit de poursuite individuelle.

Une fois épuisés les nombreux moyens de défense et les voies de recours contre les décisions rendues en faveur des créanciers sociaux, le dirigeant pourra se trouver dans une situation financière difficile à surmonter, car son propre patrimoine aura été lui-même affecté par la faillite de l'entreprise qu'il dirigeait.

Cependant, et même s'il finit par être « surendetté », il ne pourra invoquer ni les dispositions du Code de la consommation sur le surendettement, en raison de la nature professionnelle de ses dettes, ni celles du Code de commerce sur le redressement ou la liquidation judiciaire, n'appartenant pas aux catégories privilégiées à ce titre que sont les commerçants, les artisans, les agriculteurs mais aussi, depuis la Loi du 26 juillet 2005, les professions libérales

Cette situation nous paraît tout à fait regrettable car elle révèle une asymétrie des règles gouvernant la protection des personnes physiques confrontées au risque de surendettement, le dirigeant caution passant d'un régime de protection renforcée à un régime d'abandon pur et simple.

Par ailleurs et surtout, elle revient à stigmatiser le dirigeant personne physique non commerçant, qui, lorsque ses dettes auront été contractées dans l'exercice de sa profession, ne pourra bénéficier d'un nouveau départ en cas de surendettement.

▪ Preuve de l'identité de l'auteur d'une déclaration de créance

Compte tenu de leur organisation fortement hiérarchisée, les créanciers institutionnels tels que les établissements de crédit ou organismes sociaux effectuent régulièrement leurs déclarations de créances par l'intermédiaire de préposés, cadres, munis de délégations de pouvoirs.

Concernant la preuve de cette délégation, la jurisprudence a retenu une solution libérale en considérant que la preuve peut être rapportée jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission des créances¹.

En revanche en cas de contestation de l'identité de l'auteur de la déclaration, la solution adoptée par les juges était nettement moins favorable aux créanciers.

Jusqu'alors, la jurisprudence considérait en effet qu'en l'absence de signature, l'identification du déclarant était impossible. En conséquence, la déclaration était inopérante, ce qui entraînait le rejet de la créance à moins qu'elle soit réitérée régulièrement dans le délai de déclaration.

C'est cette solution que la Cour de cassation renverse par deux arrêts en date du 21 novembre 2006 dans lesquels elle a jugé que : « **la preuve de l'identité du déclarant peut être faite, même en l'absence de signature de la déclaration, par tous moyens, jusqu'au jour où le juge statue.** »².

Par l'effet même de cette solution, en cas de signature scannée ou préimprimée, la preuve de l'identité du signataire pourra être rapportée par l'attestation de ce dernier qui reconnaît formellement sa signature.

Par cette décision, la Cour de cassation confirme la tendance initiée en 2005 par le législateur, qui est à l'assouplissement des conditions de validité des déclarations de créances.

▪ Calcul du loyer du bail renouvelé : date de prise en compte des constructions réalisées par le preneur

Il est de jurisprudence constante que le congé avec offre de renouvellement met fin au bail initialement conclu ; il s'opère alors un nouveau bail qui prend effet, par principe, aux mêmes conditions et charges que le précédent.

Néanmoins, il peut être dérogé à ce principe par les parties et notamment dans l'hypothèse où des constructions ou améliorations auraient été réalisées lors de l'exécution du bail initial.

En l'espèce, il s'agissait de baux portant sur des parcelles de terrains destinées à l'exploitation d'un terrain de camping, chaque bail comportant une clause autorisant le preneur à effectuer sur ces terrains toutes les constructions utiles à son activité.

Lors du renouvellement du bail, les bailleurs avaient accepté le principe du renouvellement mais le prix du bail renouvelé restait en litige.

La Cour d'appel avait jugé que le montant du loyer du bail renouvelé devait être calculé sur la valeur du seul terrain nu, au motif qu'en l'absence de clause réglant le sort des constructions en fin de bail ou permettant leur prise en compte dans le loyer, il convenait de revenir au droit commun de l'article 555 du Code civil et de l'article 23-3, al.2 du décret du 30 septembre 1953.

Selon la Cour d'appel, Il résulte de la combinaison de ces deux articles que les constructions restant nécessairement la propriété du preneur pendant toute la durée du bail, la valeur du loyer renouvelé ne pouvait être déterminée que sur la valeur du terrain effectivement loué, c'est à dire le terrain nu.

L'arrêt de la Cour d'appel est cassé : **le bail renouvelé étant un nouveau bail, le bailleur peut, lors du renouvellement, se prévaloir des modifications intervenues dans les biens loués pour fixer à la hausse le nouveau loyer**³.

▪ Durée de l'information des cautions par les établissements de crédit

Les établissements de crédit qui ont accordé à une entreprise un concours financier sous la condition que ce dernier soit garanti par un cautionnement sont tenus d'une obligation d'information à l'égard de la caution.

L'article L313-22 du Code monétaire et financier dispose notamment que « *les établissements de crédit sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts restant à courir au 31 décembre de l'année précédente.* »

A défaut d'information, la banque ne peut pas réclamer à la caution les intérêts au taux conventionnel échus depuis la date à laquelle elle aurait dû l'informer.

En l'espèce, la Cour d'appel avait estimé que cette obligation n'existait plus une fois que le jugement condamnant la caution au paiement du principal et des intérêts était devenu définitif, c'est à dire lorsque plus aucun recours ne peut être formé.

La Cour de cassation casse l'arrêt et rappelle que **cette obligation d'information pèse sur la banque jusqu'à l'extinction de la dette garantie par le cautionnement.**

Cette solution de la Cour de cassation s'inscrit dans la continuité des solutions qu'elle a adoptées jusqu'ici. En effet, la Cour avait précédemment jugé que l'obligation d'information mise à la charge des banques par l'article L313-22 du Code monétaire et financier doit être respectée jusqu'à l'extinction de la dette, y compris si la banque a mis la caution en demeure de payer⁴ ou l'a assignée en paiement⁵.

Par conséquent, cette décision confirme que les établissements de crédit sont tenus d'une obligation d'information à l'égard des cautions et ce, pendant toute la procédure judiciaire.

▪ La nouvelle proposition de loi sur le surendettement subit un premier revers

L'instauration du système de traitement du surendettement a été progressive depuis 1989. Les deux lois du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, la loi du 18 janvier 2005 pour la cohésion sociale, et la loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ont récemment amélioré le dispositif.

Pourtant, la dernière enquête de la Banque de France, en septembre 2005, a démontré l'ampleur persistante du phénomène avec près de 156.000 dossiers éligibles à la procédure de rétablissement personnel visant à venir en aide aux foyers surendettés.

C'est dans ce contexte qu'une proposition de loi tendant à prévenir le surendettement a été enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 novembre 2006.

Elle envisage, d'abord, d'inclure dans le code de la consommation une obligation de renseignement sur la solvabilité des souscripteurs pour les établissements de crédit, sous peine pour ces derniers de ne pouvoir engager de procédures de recouvrement en cas d'insolvabilité de leurs clients. Elle vise, ensuite, à insérer dans le code monétaire et financier une disposition permettant aux établissements de crédit de s'informer de la situation d'endettement personnel des emprunteurs, en créant un répertoire des crédits aux particuliers pour des besoins non professionnels, géré par la Banque de France.

L'Assemblée nationale a rejeté le 12 décembre dernier, en 1^{ère} lecture, ces dispositions, qui visaient à renforcer l'obligation de diligence mise à la charge des établissements de crédit en matière de crédit aux particuliers. Néanmoins, au regard de l'évolution récente de la jurisprudence en matière de surendettement, qui tend à faire supporter aux établissements de crédit une part de responsabilité de plus en plus conséquente⁶, il est probable que de telles dispositions finiront par être votées un jour ou l'autre. Elles s'inscrivent en effet dans la démarche globale de protection des consommateurs, qui devrait aboutir prochainement à l'introduction en droit français d'une version allégée de la *class action* américaine.

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris

www.pdgb.com

G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX

A. BEM - B. JARDEL - P. JULIEN

A. COLNEL - L.GIMENO

¹ Cass.com., 11/06/2003.

² « *le jour où le juge statue* » doit s'entendre du juge commissaire en 1^{ère} instance et du juge d'appel au jour où ils statuent sur l'admission de la créance.

³ Cass. 3^e civ., 27/09/2006

⁴ Cass.com., 25/04/2001.

⁵ Cass.1^{ère} civ., 30/03/1994.

⁶ Cass. 1^{ère} civ. 26/09/2006 ; où la Cour suprême évoque le « devoir de mise en garde du professionnel de crédit à l'égard du profane, mais va au-delà en imposant un devoir de refuser de surendetter le consommateur au-delà du raisonnable.