



HAL
open science

Les règles substantielles en faveur des garants

Francine Macorig-Venier

► **To cite this version:**

Francine Macorig-Venier. Les règles substantielles en faveur des garants. *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2022, n°5, pp.42-46. hal-03930778

HAL Id: hal-03930778

<https://hal.science/hal-03930778>

Submitted on 9 Jan 2023

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.

Les règles substantielles en faveur des garants

Par Francine Macorig-Venier, Professeure Université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires

Si le thème qui m'a été confié est « **les règles substantielles en faveur des garants** », il s'agit plus exactement de se demander, selon l'intitulé de ce premier atelier de la matinée, si le créancier n'est pas malmené par le renforcement des droits des garants résultant des nouvelles règles issues des ordonnances du 15 septembre 2021- ayant porté réforme, pour l'une du droit des sûretés (n°1192) et, pour l'autre (n°1193), du livre VI du code de commerce. Le postulat de départ réside dans le renforcement des droits des garants. Ces garants, ce sont les tiers ayant consenti sûreté personnelle (cautionnement, garantie autonome, lettre d'intention) ou réelle (avec affectation préférentielle ou exclusive) en garantie des dettes du débiteur soumis à la procédure collective. Un jeu de vases communicants est suggéré : le renforcement de la protection ne pourrait s'effectuer qu'au détriment du bénéficiaire de la garantie, du créancier. Pourtant, s'il y a bien un souci de protection des tiers, celui d'une amélioration de l'efficacité des sûretés n'est pas moins présent. Les ordonnances reposent sur un subtil exercice d'équilibrisme. En témoignent les rapports au Président de la République : ainsi, est affirmé parmi les objectifs de la réforme des sûretés, le « renforcement de l'efficacité du droit des sûretés tout en maintenant un niveau de protection suffisant des constituants et garants » ; pour le volet relatif à l'articulation du droit des sûretés et du droit des entreprises en difficulté, s'observe une même volonté de renforcement de l'efficacité et de préservation de l'équilibre des intérêts en présence.

S'il faut s'intéresser essentiellement au dispositif issu de l'ordonnance n°1193 dès lors que doit être envisagée la situation des créanciers dans le contexte de la procédure collective du débiteur, on ne saurait méconnaître les règles résultant de la réforme des sûretés. Les règles du cautionnement ont été profondément réformées, recentrées dans le code civil et renouvelées, ce nouveau droit commun contenant même des règles d'articulation avec le droit de la défaillance économique. En revanche, aucune modification n'a été apportée aux règles du livre IV du code civil régissant les autres sûretés personnelles. Quant aux sûretés réelles pour autrui, la figure du cautionnement réel a été écartée de la manière la plus nette par¹, mais un certain nombre de règles protectrices applicables aux cautions leur a été étendu², en rupture avec des solutions jurisprudentielles³. Le droit commun a, en quelque sorte, emboîté le pas au droit des entreprises en difficulté qui avait précédemment rapproché le régime de ces sûretés de celui du cautionnement et autres sûretés personnelles.

En se replaçant sous l'angle du droit des entreprises en difficulté, la faveur des règles nouvelles pour les garants est clairement affirmée mais au profit des personnes physiques (I). Cette faveur apparaît toutefois limitée au nom de l'efficacité (II), spécialement pour la caution par le jeu de nouvelles règles adoptées dans le droit commun dont la portée est discutée, tandis que d'autres limites à la faveur légale ne font pas l'objet de contestation.

I. La faveur affirmée de nouvelles règles de fond au profit des garants personnes physiques

Bénéficiaires depuis longue date de règles favorables prévues par le livre VI du code de commerce, les garants personnes physiques voient leur protection renforcée par les réformes de septembre 2021. Une nouvelle logique de cohérence est invoquée pour justifier l'extension de la protection (A) dont les manifestations sont diverses (B).

¹ C. Civ. Art. 2325 al. 2

² Renvoi de ce même alinéa 2

³ Dans la limite du champ d'application des dispositions concernées auxquelles il est renvoyé qui pour certaines ne visent que les personnes physiques

A. Une faveur justifiée par une nouvelle logique

Dans le rapport au Président de la République, il est rappelé que l'habilitation contenue à l'article 60 14° de la loi PACTE autorise le gouvernement à adopter des mesures tendant à améliorer la cohérence des règles applicables aux garants personnes physiques dans les procédures collectives ». Une nouvelle logique de « cohérence » est avancée pour justifier la mesure essentielle adoptée par la réforme, l'extension des règles favorables aux personnes physiques dans la procédure de redressement judiciaire, où celles-ci ne jouissaient que d'une seule mesure de faveur.

Cela manifeste la primauté de la protection des personnes physiques sur l'objectif de sauvetage précoce des entreprises. Un vrai changement de paradigme ! Auparavant, les sûretés pour autrui avaient été instrumentalisées pour servir cet objectif. Le sort plus favorable réservé à ces tiers garants dans la procédure de sauvegarde était destiné à encourager les chefs d'entreprises ou dirigeants sociaux à se tourner vers cette procédure d'anticipation. Le renoncement à cet objectif a été regretté. La DACS confessait un certain pragmatisme, observant que le sauvetage des entreprises s'effectuait dans l'immense majorité des cas via des procédures de redressement judiciaire.

La cohérence alléguée nous paraît comprise de manière étroite. Elle ne joue que pour les procédures de sauvegarde et de redressement. Les règles de la liquidation judiciaire ne réservent aucune faveur aux personnes physiques, ce que l'on peine à comprendre si l'objectif est véritablement la protection de ces personnes. Quelle cohérence y a-t-il par ailleurs lorsque les règles en faveur des garants pour autrui de la procédure de conciliation, procédure amiable essentiellement d'anticipation, concernent tous les garants et pas seulement les personnes physiques ?

B. Les manifestations de la faveur dans les nouvelles règles de fond

L'alignement du sort des garants personnes physiques dans la procédure de redressement judiciaire sur celui qui leur est réservé dans la sauvegarde constitue la principale manifestation du renforcement de la faveur légale⁴(1). Moins visible, mais accentuant clairement le régime de faveur, la portée de l'une de ces règles étendues au redressement est renforcée(2). Enfin, une nouvelle mesure d'information à destination des personnes physiques complète le tableau de ces mesures de faveur(3).

1. L'extension des règles favorables aux garants personnes physiques dans la procédure de redressement judiciaire

Alors que les garants personnes physiques ne bénéficiaient dans la procédure de redressement judiciaire que de l'interdiction des actions en paiement à leur encontre par renvoi de l'article L. 631-14 aux dispositions de l'article L. 622-28 al. 2 du code de commerce, l'ordonnance du 15 septembre 2022 leur étend l'arrêt du cours des intérêts(al.1^{er}) ainsi que l'inopposabilité des créances non déclarées à la procédure (Art. L.622-26 al. 2)⁵. L'article L. 631-14 est modifié : est supprimé le dernier alinéa qui excluait l'application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 662-28 et celle du deuxième alinéa de l'article L. 622-26.

Les garants personnes physiques ne sont par ailleurs plus privés du bénéfice des dispositions du plan de redressement. Est supprimée de l'article L. 631-20 la règle qui prévoyait que, par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, ces personnes ne pouvaient se prévaloir des dispositions du plan.

L'extension du régime de faveur est importante compte tenu du nombre de procédures de redressement judiciaire et en raison du droit transitoire. Les nouvelles mesures s'appliquent certes aux seules procédures de redressement judiciaire ouvertes depuis le 1^{er} octobre 2021, mais à tous les garants personnes physiques, quelle que soit la date à laquelle les garanties ont été consenties, y compris si elles l'ont été avant le 1^{er} octobre. Il y a lieu de faire application de la solution retenue par la Cour de cassation pour les mesures introduites par la loi de sauvegarde, déclarées applicables aux cautionnements consentis avant l'entrée en vigueur

⁴ Ph. Simler, Réforme du cautionnement, JCP G 2021, Suppl. n° 43-44, 3, n°19

⁵ Règle dont la portée est sensiblement renforcée ainsi que nous le verrons ensuite

du texte⁶. L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021, contrairement à l'ordonnance n°2021-1192, ne prévoit pas le maintien de l'application de la loi ancienne aux contrats de cautionnement (ou autres garanties) souscrits avant son entrée en vigueur.

Cette faveur doit être bien comprise. Le bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts ne concerne que les intérêts arrêtés de courir, à savoir les prêts d'un moins d'un an (ou les contrats assortis d'un paiement différé de moins d'un an). Quant au bénéfice des mesures du plan, il n'empêche pas le créancier de prendre des mesures conservatoires et, pour ce faire, d'assigner la caution en vue d'obtenir un titre exécutoire dans le délai d'un mois afin d'éviter la caducité de la mesure, peu important que la créance ne soit pas exigible⁷, l'exécution étant suspendue^{8 9} tant que le plan est respecté¹⁰. L'inopposabilité des créances non déclarées aux garants personnes physiques, jouant désormais dans la procédure de redressement judiciaire, est en revanche source d'une faveur plus franche, sa portée ayant été renforcée.

2. Renforcement de la portée de l'inopposabilité des créances non déclarées

La mesure jouait pour le débiteur « pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal avaient été respectés ». S'agissant des personnes physiques coobligées ou garants, il était précisé que les créances étaient inopposables « pendant l'exécution du plan » et non pas au-delà.

La rédaction de ce texte est modifiée pour tenir des prescriptions de la loi PACTE. Ainsi, la protection dont bénéficient les garants personnes physiques du débiteur n'est plus limitée à la durée de l'exécution du plan, l'inopposabilité de la créance non déclarée jouant désormais « dans les mêmes conditions » que pour le débiteur, c'est-à-dire au-delà de l'exécution du plan. Ainsi que cela a été observé, l'inopposabilité quasi définitive dans ce cas confine à l'extinction de la créance¹¹.

3. L'information des garants personnes physiques

L'information des garants personnes physiques dans toutes les procédures par le mandataire judiciaire¹² de la possibilité de demander le bénéfice d'une mesure de surendettement régie par le code de la consommation s'inscrit dans le dispositif de faveur qui leur est réservé. Elle suppose que le débiteur ait préalablement informé le mandataire de l'identité de ces personnes. Il n'est pas sûr que le débiteur sache ce qu'est un coobligé, une sûreté personnelle ou identifie les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Peut-être ici eût-il été utile d'énumérer les sûretés sous leur désignation plus précise susceptible d'être mieux connue du débiteur (cautionnement, hypothèque...).

Cela est d'autant plus regrettable que la pertinence de l'information a été renforcée par la loi n° 2022-1172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante permettant aux personnes non éligibles au livre VI du code de commerce de voir prises en compte leurs dettes professionnelles pour l'appréciation de leur situation de surendettement.

La faveur constatée apparaît toutefois mesurée, la recherche de l'efficacité des sûretés, conduisant à y apporter des limites dont certaines souffrent toutefois la discussion.

⁶ Cass. com., 19 mars 2021, n°19-16816, P : BJE mai 2021, n° 200a6, p. 18, Dumont

⁷ Cass. Com. 24 mai 2005, n°03-21043, P Com. 24 mai 2005, n°00-19721, P : D. 2005, 2078, Crocq. Le créancier peut agir avant l'exigibilité de la créance à l'égard des cautions : Cass. Com. 1^{er} mars 2016, n°14-20553, P ; Cass. Com. 21 oct. 2020, n°19-16185 P

⁸ La solution est la même pendant la période d'observation

⁹ Sur la suspension de l'exécution du titre : Cass. Com. 27 mai 2014, n°13-18018, P : APC 2014, n°188, Cagnoli ; BJE 2014, 284, Reille ; Gaz. Pal. 5-7 oct. 2014, p.42, Le Corre-Broly.RPC 2015, n°107, Macorig-Venier

¹⁰ Cass. Com. 2 juin 2015, n°14-10.673, P : Rev. Soc. 2015, 548, Roussel Galle ; Cass. com., 8 avr. 2021, n°19-25332 : Gaz. Pal. 15 06 2021, n°422s2, p.30, Ansault

¹¹ L. Andreu, Le cautionnement et le droit des entreprises en difficulté après les ordonnances de réforme du 15 sept. 2021 ; RDBF 2022/1, Dossier 10, n°5

¹² C. Com., Art. R622-5-11 al 2

II. Les limites à la faveur manifestée au profit des garants

Des règles d'inégale importance sont susceptibles de restreindre la faveur observée. La plupart concernent le cautionnement qui connaît un important bouleversement de son régime afin d'ajouter à son efficacité¹³. L'une d'elles vise précisément à régler l'incidence sur la caution des mesures légales ou judiciaires applicables en cas de défaillance du débiteur. Selon les interprétations divergentes proposées, les limites à la faveur seront plus ou moins étendues. D'autres règles limiteront de manière certaine la faveur légale.

A. Des limites à la faveur discutées pour les cautions

L'alinéa 2 du nouvel article 2298 du code civil suscite la discussion. Le souci de clarification exprimé par le rapport au président de la république est trahi par une rédaction malencontreuse des dispositions légales. Les interprétations divergent et leur incidence sur l'application de certaines règles du livre VI diffèrent.

1. Interprétations divergentes de l'article 2298 al. 2 du code civil

L'alinéa 2 de l'article 2298 doit être situé par rapport à l'alinéa premier de cette disposition, considérée comme « la disposition la plus fondamentale de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 »¹⁴. Selon l'alinéa 1^{er}, « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293 ». La règle, brisant la distinction critiquée et devenue poreuse des exceptions inhérentes à la dette et personnelles au débiteur, tend au net renforcement du caractère accessoire du cautionnement¹⁵. L'alinéa 2 dispose « *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* ». Il constitue l'expression d'une volonté d'affirmation de la finalité du cautionnement qui est de permettre les poursuites à l'encontre de la caution en cas de défaillance du débiteur, sauf disposition expresse¹⁶. La solution est, selon le rapport au président « globalement conforme au droit positif, tout en ayant l'intérêt de poser un principe clair qui fait aujourd'hui défaut en cas de silence des textes spéciaux. Le droit des procédures collectives ou le droit du surendettement peuvent en effet prévoir des solutions différentes en fonction des objectifs qui sont les leurs ».

L'articulation de ces 2 alinéas est en premier lieu discutée. Pour certains, l'adverbe « toutefois » annonce une exception au principe d'opposabilité des exceptions et donc une limitation au caractère accessoire qu'il conviendrait d'interpréter restrictivement. Pour d'autres¹⁷, « il ne s'agit nullement d'une dérogation (...) le caractère accessoire est hors-jeu dès lors que la défaillance est avérée »¹⁸. L'alinéa 2 pourrait être vu comme l'expression du principe d'absence d'influence de la procédure collective préalablement mis en évidence par P. Crocq affirmant que « le caractère accessoire (doit) s'apprécier sans prise en compte des événements procédant de la défaillance du débiteur principal »¹⁹.

La discussion concerne ensuite **la teneur de l'alinéa 2**. La formulation « mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance » prête le

¹³ Rapport Prés. Rép.

¹⁴ Ph. Simler, préc., n17

¹⁵ Cette disposition « restitue (...) pleinement au cautionnement son caractère accessoire, mis à mal par la jurisprudence pendant deux décennies »

¹⁶ Cf. Rapp. Prés. Rép.

¹⁷ Ph. Simler, n°18

¹⁸ P. Dupichot, La réforme du cautionnement, entre rénovation et réanimation, D 2022, 231, n° 12 ; Y. Picod, Propos conclusifs, RDBF 2022/1, Dossier 11, n°26

¹⁹ P. Crocq, Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement, Mélanges Malaurie, 171, « La détermination du régime juridique applicable au cautionnement en application de la règle *accessorium sequitur principale* doit naturellement se faire par référence au régime juridique applicable à l'engagement du débiteur principal. Mais (...)cette référence ne peut se faire que par rapport à cet engagement tel qu'il avait été initialement défini par les parties et non tel qu'il est devenu en raison de la modification résultant de la défaillance du débiteur principal »

flanc à l'interprétation : le vocabulaire employé est approximatif, imprécis, voire ambigu et source de contentieux^{20 21}. A part peut-être les termes mesures légales ou judiciaires²², tout est matière à interrogation. Ainsi en est-il du sens des termes ou expression « défaillance », « conséquences de la défaillance », « mesure ». La *défaillance* s'entend-elle du non-paiement, de l'état de cessation des paiements, ou plus largement de toute situation rendant le débiteur éligible aux procédures du livre VI du code de commerce ou du livre VII du code de la consommation ? Selon L Andreu²³, l'application du texte pourrait être limitée aux mesures s'appliquant en aval de l'état de cessation des paiements et exclurait la procédure de conciliation, ce qui n'est pas totalement exact, cette procédure n'étant pas exclusive de l'état de cessation des paiements. Assurément, à notre sens, les rédacteurs de l'ordonnance ont songé aux procédures du livre VI du code de commerce et du livre VII du code de la consommation, ainsi qu'aux délais de grâce du code civil²⁴. C'est ce qui résulte clairement du rapport au président de la république. Il eût mieux valu cependant que cela soit précisé, en reprenant l'article 2287 du code civil, inchangé par la réforme, et en l'élargissant aux délais de grâce. La défaillance visée peut être avérée ou seulement prévisible enfin. Ainsi les mesures concernées sont celles qui s'appliquent dans le contexte de la défaillance avérée ou prévisible du débiteur ayant donné lieu à l'ouverture d'une procédure du livre VI du code commerce ou du livre VII du code de la consommation, voire à l'application de délais de grâce du droit commun.

Quant aux mesures dont bénéficie le débiteur « *en conséquence* » de sa défaillance, à notre sens, il s'agit de toutes les règles spéciales édictées dans le cadre de ces procédures, dès lors qu'elles produisent un effet favorable au débiteur, peu important qu'il ne s'agisse pas là de l'objet principalement recherché. Certains, partisans d'une approche plus restrictive estiment qu'il ne s'agirait que des mesures résultant directement de la défaillance du débiteur et non des règles sanctionnant la défaillance du créancier, si bien qu'il conviendrait alors de revenir à l'alinéa 1^{er} et au principe d'opposabilité des exceptions²⁵.

2. Incidence sur diverses règles

S'agissant des conséquences pour la caution de l'**inopposabilité de la créance à la procédure de liquidation judiciaire** en raison du défaut de déclaration, dans son dernier état la jurisprudence avait estimé qu'il s'agissait d'une exception personnelle au débiteur dont la caution ne pouvait se prévaloir. Si l'on estime que l'inopposabilité peut être comprise dans les mesures en faveur du débiteur en conséquence de sa défaillance (ce qui est ma position), en l'absence de disposition légale en faisant profiter la caution, celle-ci ne peut davantage que par le passé l'invoquer. Si l'on adopte au contraire un approche plus stricte, en considérant que l'inopposabilité est la conséquence de la défaillance du créancier et non du débiteur, il n'est pas possible d'appliquer l'alinéa 2 et il convient de revenir à l'alinéa 1^{er} de l'article 2298, si bien que la caution peut désormais opposer au créancier le défaut de déclaration²⁶ ! Cette règle ne pourrait toutefois s'appliquer qu'aux cautionnements consentis depuis le 1^{er} janvier 2022 selon les règles de droit transitoire de l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021. Toutes les cautions seraient concernées, y compris les personnes morales, ce qui constituerait un changement considérable. A l'évidence, il n'a pas été souhaité par le législateur.

²⁰ F Reille, L'impact de la réforme du cautionnement sur le droit des entreprises en difficulté, RPC 2022/1, Dossier 8, p. 47, n°11 à 13

²¹ Pourraient s'y ajouter des discussions à propos de la référence à l'absence de dispositions légales contraires. Selon L Andreu, précit. n° 11, le silence de la loi est sujet à discussion

²² L Andreu souligne la difficulté à distinguer le conventionnel et le judiciaire, n°15.

²³ L Andreu, y voit la difficulté la plus épineuse et souligne que la formule « détonne de la proposition de l'avant-projet d'ordonnance qui visait « les délais et remises, légaux ou judiciaires, accordés au débiteur ». Le changement de rédaction s'explique peut-être par le caractère trop restrictif du terme de remise.

²⁴ Rédaction de la disposition contenue dans l'avant-projet était bien préférable car étaient plus précisément visés « les délais et remises, légaux ou judiciaires, accordés au débiteur »

²⁵ K Lafaurie, RPC, à paraître

²⁶ K Lafaurie, précit.

En ce qui concerne la mesure d'effacement des dettes consécutive à la clôture de la procédure de rétablissement professionnel, des discussions existaient sur la qualification de la mesure : exception inhérente à la dette profitant à la caution pour les uns (car l'effacement était analysé en une cause d'extinction de la dette), exception personnelle au débiteur insusceptible d'être invoquée par la caution pour les autres. La jurisprudence n'avait pas à ce jour eu l'occasion de se prononcer. Pour les cautionnements consentis depuis le 1^{er} janvier dernier, ce débat ne devrait plus avoir lieu d'être. La mesure d'effacement est prise en conséquence de la défaillance du débiteur. Faute de disposition légale en faveur des cautions, celles-ci ne devraient pouvoir s'en prévaloir. Mais d'aucuns invoqueront peut-être le caractère accessoire du cautionnement et son extinction par voie accessoire.

Une **nouvelle règle adoptée dans le cadre du plan de cession** suscite des interrogations : la **libération du débiteur des échéances du prêt restant dues à compter du transfert de propriété du bien grevé de la sûreté dont la charge est transférée** au cessionnaire. Jusqu'alors le débiteur n'était pas libéré. La caution ne l'était pas davantage. Qu'en est-il aujourd'hui pour celle-ci ? Peut-on considérer que la libération du débiteur est une mesure légale en sa faveur prise en conséquence de sa défaillance ? Dans une approche large sans doute et en l'absence de disposition en faveur de la caution, celle-ci resterait tenue²⁷. Faut-il estimer que cette mesure est une conséquence de la cession et non de la défaillance du débiteur, pouvant dès lors être opposée par la caution au créancier, puisque toutes exceptions peuvent lui être opposées ? La libération de la caution est la solution la plus largement défendue, même si les arguments diffèrent. Beaucoup se fondent sur le caractère accessoire du cautionnement sans passer par le détour de l'article 2298 du code civil pour affirmer la libération de la caution²⁸. D'autres encore défendent un alignement sur le régime de la cession conventionnelle de dette au nom d'une certaine cohérence²⁹.

Indiquons une mesure de nature à atténuer l'absence de libération de la caution : une information est prévue quant à possibilité demander le bénéfice d'une mesure de traitement du surendettement³⁰. Par ailleurs et surtout, il peut être ajouté que la situation de la caution est théoriquement préservée par son recours personnel. Ainsi admettre le jeu de l'article 2298 al. 2 et l'absence de libération des cautions faute de texte spécial, ne porterait pas porter atteinte au caractère accessoire du cautionnement. La nécessité de préserver les recours de la caution, considérée comme une limite incontournable à l'absence d'influence de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur principal sur la situation de la caution³¹ a été admise par la jurisprudence en droit du surendettement³².

B. Des limites incontestées à la faveur pour les garants

Est notable le **recul du bénéfice de subrogation de la caution, désormais applicables aux garants réels pour autrui**. Le bénéfice de subrogation régi par l'article 2314 du code civil tel que modifié par l'ordonnance de réforme des sûretés ne peut plus être invoqué en cas de non exercice par le créancier de sa faculté d'attribution judiciaire. Cela concerne exclusivement l'hypothèse où le débiteur a été placé en liquidation judiciaire, seule procédure dans laquelle elle peut être demandée. Cette attribution permet pourtant à son bénéficiaire d'évincer le concours avec des créanciers privilégiés préférables en rang. En application du droit antérieur la jurisprudence avait fini par admettre le contraire en permettant de sanctionner ainsi le non exercice de ce qui est en droit commun une simple faculté.

²⁷ P Pétel

²⁸N Borga et J Théron, Ord. du 15 sept. 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ?, D. 2021,1773, n°25 ; D. Legeais, La réforme du cautionnement, JCP E, 2021,1474, n°15.

²⁹ C Saint-Alary Houin RTD.Com. 2021, 942

³⁰ Art. R. 622-5-1

³¹ Crocq, précit., n°13

³² Si la caution ne pouvait invoquer en sa faveur les mesures du plan conventionnel, elle ne pouvait se voir opposer ces mesures dans l'exercice de son recours personnel : Civ1, 15 juill. 1999, Bull. Civ. I, n°187: RTD Civ.1999,877, Crocq ; JCP E 1999,1925, Legeais

Le bénéfice de subrogation, étendu au garant réel pour autrui par renvoi de l'art. 2325 al. 2, se trouve du coup immédiatement amputé d'une partie de son intérêt par le jeu de cette nouvelle règle.

On est ainsi ramené sur le terrain de l'efficacité des garanties après avoir exploré les rives de la faveur. Le terrain est néanmoins bien mouvant et l'on ne sait vers quelle rive le courant jurisprudentiel poussera...