



HAL
open science

La résistance du droit des sûretés au droit de la consommation

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. La résistance du droit des sûretés au droit de la consommation. L'effet perturbateur du droit de la consommation : toujours d'actualité?, Cedcace, Jan 2024, Nanterre (92), France. hal-04427454

HAL Id: hal-04427454

<https://hal.science/hal-04427454>

Submitted on 30 Jan 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

La résistance du droit des sûretés au droit de la consommation¹

Manuella Bourassin, Professeur agrégé à l'Université Paris Nanterre, Cedcace EA 3457

1. Droit de la consommation et droit des sûretés sont *prima facie* antagonistes. Schématiquement (voire caricaturalement), le droit de la consommation est protecteur d'une partie faible, le débiteur consommateur ou non professionnel, face à une partie forte, alors que le propre des sûretés est de protéger le créancier garanti, souvent un créancier professionnel et même institutionnel, assimilé à une partie forte. Le droit de la consommation régit une relation de pouvoir et entend lutter contre les déséquilibres qui s'y jouent, tandis que le droit des sûretés gouverne une absence structurelle d'équilibre, la garantie étant constituée exclusivement au profit du créancier, sans contrepartie. L'équité, pétrie de justice corrective et distributive, ainsi que de loyauté, innerve le droit de la consommation, là où l'efficacité sous-tend le droit des sûretés. Le social *vs* l'économique pourrait-on dire encore. *A priori*, les relations entre ces deux branches du droit semblent inéluctablement conflictuelles et la victoire du droit de la consommation sur le droit des sûretés semble prévisible, comme en bien d'autres domaines. Certes, on ne saurait nier les perturbations apportées par le droit de la consommation au droit des sûretés, particulièrement au droit du cautionnement, lorsque l'on constate que les principaux moyens de défense des cautions et d'inefficacité de la sûreté sont fondés, depuis la fin des années 1980, sur des règles consuméristes. Il importe cependant de mettre en exergue la résistance du droit des sûretés, et ce à l'époque même où l'hégémonie du droit de la consommation a pu sembler la plus forte, c'est-à-dire avant la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021

La résistance du droit des sûretés au droit de la consommation nous semble emprunter deux voies distinctes, mais qui convergent pour tempérer sérieusement l'effet perturbateur du droit de la consommation, tant celui-ci s'en trouve neutralisé voire lui-même déstabilisé. La première forme de résistance procède d'une étanchéité des sûretés conventionnelles, quelles qu'elles soient, au droit commun des contrats de consommation (I). La seconde se manifeste par une primauté du droit commun des sûretés, réelles ou personnelles, sur des règles spéciales du droit de la consommation (II).

I. Etanchéité des sûretés conventionnelles au droit commun des contrats de consommation

2. Le contrat de consommation se caractérise, au-delà de la diversité des prestations qui en sont issues, non seulement par la qualité des parties, c'est-à-dire un consommateur et un professionnel au sens de l'article liminaire du Code de la consommation, et également par le déséquilibre de leur relation contractuelle censé résulter de leurs facultés patrimoniales et connaissances inégales.

Les sûretés conventionnelles répondant à cette définition (doctrinale à défaut d'être légale) du contrat de consommation sont sans doute fort répandues. De fait, il est fréquent que le constituant d'un cautionnement, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque notamment soit une personne physique qui agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité

¹ Conférence donnée à l'université Paris Nanterre le 24 janvier 2024 dans le cadre du cycle d'ateliers du Cedcace « L'effet perturbateur du droit de la consommation : toujours d'actualité ? » organisé par Natacha Sauphanor-Brouillaud, laquelle a présenté l'originalité des perturbations du droit des sûretés sous l'influence du droit de la consommation. Antoine Gouëzel a quant à lui analysé la question à l'aune de la réforme des sûretés du 15 septembre 2021. V. <https://cedcace.parisnanterre.fr/publications>

professionnelle et qui s'apparente à une partie faible face à un bénéficiaire professionnel, tel un établissement bancaire ou financier, assimilé au contraire à une partie forte.

3. Il s'observe cependant une forte étanchéité des sûretés, aussi bien personnelles que réelles, aux règles communes applicables aux contrats de consommation imposées dans le titre Ier du Livre II du Code de la consommation, plus précisément aux « conditions générales » de formation ou d'exécution des contrats de consommation qui ne s'attachent pas uniquement au binôme consommateur/professionnel, mais reposent en outre, soit sur les droits et obligations des parties, pour s'assurer de leur équilibre, soit sur les prestations dues aux consommateurs par les professionnels, afin de réguler le comportement de ceux-ci.

Les sûretés conventionnelles sont largement hermétiques à de telles règles, car leur objet même ne correspond pas aux droits et aux obligations en cause. Toutefois, cette étanchéité, aussi substantielle soit-elle (en ce qu'elle résulte de l'objet même des sûretés conventionnelles), n'est pas absolue.

Afin de cerner le fondement et les limites de l'étanchéité des sûretés conventionnelles au droit commun des contrats de consommation, nous nous arrêterons sur deux règles communes emblématiques du droit de la consommation, mais qui pénètrent et perturbent peu les sûretés personnelles ou réelles, à savoir la sanction des clauses abusives (A) et la prescription biennale (B).

A. La sanction des clauses abusives

4. Les modèles de contrats de sûreté, notamment de cautionnement, préédigés par les banques, les sociétés de financement ou de location, renferment à n'en pas douter diverses clauses protectrices des intérêts de ces créanciers professionnels et défavorables aux constituants, qui n'ont pas d'autres choix que d'y adhérer ou de refuser la garantie, au risque de compromettre l'octroi de crédit ou la conclusion du bail qui en dépend.

5. Pourtant, jusqu'à présent, toutes les sûretés sont restées amplement hermétiques à la lutte organisée par le Code de la consommation (art. L. 212-1, anc. art. L. 132-1) contre les « clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

Effectivement, depuis l'avènement en 1978 de la police des clauses abusives, la Cour de cassation ne s'est prononcée, à notre connaissance, que deux fois sur des clauses intéressant des sûretés, en l'occurrence une réserve de propriété² et un cautionnement³.

L'étanchéité des sûretés conventionnelles au contrôle des clauses abusives ressort en outre nettement d'une recherche sur le site de la commission des clauses abusives, qui révèle que les modèles de contrats de sûreté habituellement proposés par les professionnels (banques, sociétés de financement, bailleurs institutionnels) aux consommateurs et aux non-professionnels n'ont pas été examinés par la commission.

Les sûretés n'apparaissent qu'incidemment dans les avis, les recommandations ou les décisions relatifs aux contrats de crédit ou de bail fréquemment garantis.

Pour expliquer que les instruments de sanction des clauses abusives s'exercent si peu à l'encontre des clauses usuelles des contrats de sûreté, deux raisons se rapportant à leur objet peuvent être avancées, avant qu'une cause récente de porosité ne soit évoquée.

6. La première raison de l'étanchéité tient au caractère unilatéral des contrats de sûreté. Rappelons qu'il n'y a pas d'obligation réciproque à ce qui est dû par le constituant : dans les sûretés réelles, « l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier » (C. civ., nouv. art. 2323) ne reçoit pas de contrepartie ; dans les sûretés personnelles, le créancier garanti ne supporte pas d'obligation réciproque à l'engagement pris à son égard par le tiers garant non tenu à la dette garantie (même

² Cass., avis, 28 nov. 2016, n° 16011.

³ Com. 19 janv. 2022, n° 20-13719, inédit.

dans le cautionnement où les obligations légales et jurisprudentielles mises à la charge des créanciers conduisent à une bilatéralisation, mais ne constituent pas la contrepartie des obligations des cautions, ce que la Cour de cassation a reconnu en 2015⁴).

Sans être exclus du champ d'application des textes sur les clauses abusives, les contrats unilatéraux sont beaucoup plus imperméables que les contrats synallagmatiques aux textes luttant contre les clauses abusives, car la raison d'être de cette législation est d'éradiquer les déséquilibres juridiques qu'emportent certaines clauses et non de lutter contre le défaut structurel d'équilibre des contrats unilatéraux. Aussi, parmi les 12 types de clauses irréfragablement présumées abusives figurant dans la « liste noire » de l'article R. 212-1 du Code de la consommation, la moitié ne saurait être stipulée dans les contrats unilatéraux de sûreté, puisqu'elles intéressent les obligations d'un professionnel qui leur sont étrangères, à savoir la livraison d'un bien ou le service dû à un consommateur.

7. La seconde raison de l'étanchéité des contrats de sûreté à l'article L. 212-1 du Code de la consommation tenant à leur objet réside dans la dérogation énoncée par le troisième alinéa dudit article, selon lequel l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas, en principe, sur la définition de l'objet principal du contrat, autrement dit sur les prestations essentielles nées du contrat concerné. Or la plupart des clauses qui pourraient être litigieuses portent sur l'objet principal de la sûreté.

Par exemple, dans le contrat de cautionnement, certaines concernent l'obligation de couverture de la caution, c'est-à-dire délimitent l'étendue du risque garanti (comme les clauses qui prévoient le maintien du cautionnement en cas de renouvellement du contrat principal, de novation de l'obligation garantie, de disparition de la société créancière ou encore de changement de débiteur consécutif à une cession de contrat ou de dette ; la clause de résiliation à effet limité du cautionnement de compte courant, en ce qu'elle étend la couverture au-delà du double plafond retenu par la jurisprudence *Bard*⁵).

D'autres clauses du cautionnement portent sur l'obligation de règlement de la caution en cas de défaillance du débiteur principal (telles la clause qui avance l'exigibilité de cette obligation en rendant opposable à la caution la déchéance du terme de l'obligation principale et la clause précitée de résiliation à effet limité du cautionnement de compte courant, qui conduit à rendre indéterminée la durée de l'obligation de règlement).

Dans les sûretés réelles mobilières, notamment un gage de choses fongibles ou un nantissement d'instruments financiers, des clauses usuelles portent aussi sur leur objet principal, c'est-à-dire sur l'affectation de biens en garantie (par exemple, la clause dite « d'arrosage », qui impose au constituant d'affecter de nouveaux biens corporels ou incorporels en cas de diminution de la valeur de ceux initialement grevés ; la clause dite « d'accroissement », qui prévoit cette affectation supplémentaire dans l'hypothèse d'une augmentation du montant de la dette garantie).

Toutes ces clauses, aussi contraignantes soient-elles à l'encontre du constituant, fût-il un consommateur face à un professionnel, ne devraient donc pas être réputées non écrites, ni même appréciées, sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation parce qu'elles se rapportent à l'objet principal des contrats de sûreté.

8. Il importe néanmoins de tempérer cette étanchéité à l'aune de l'interprétation récemment retenue du troisième alinéa *in fine* de la disposition en cause, d'après lequel l'appréciation du caractère abusif ne porte pas sur la définition de l'objet principal du contrat « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Effectivement, dans le prolongement de l'arrêt *Kásler* et, plus encore, de l'arrêt *BNP Paribas* rendus par la CJUE en 2014 puis 2021⁶, la Cour de cassation a opéré le 20 avril 2022, dans les affaires dites *Helvet*

⁴ Com. 8 avr. 2015, n° 13-14447.

⁵ Com. 22 nov. 1972, n° 71-10745.

⁶ CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler* ; CJUE, 10 juin 2021, aff. C-C-776/19, *BNP Paribas*.

*immo*⁷, un revirement de jurisprudence en admettant que le non-respect de l'exigence de transparence à l'égard des consommateurs autorise un contrôle des clauses relatives à l'objet principal du contrat (ou à l'adéquation du prix ou de la rémunération) et permette même de les considérer *ipso facto* comme déséquilibrées.

Dans cette perspective, le risque de censure des stipulations des contrats de sûreté est indéniablement accru, tant nombre d'entre d'elles, comme la clause de résiliation à effet limité du cautionnement de compte courant ou les clauses d'arrosage ou d'accroissement dans un nantissement de compte-titres, ne permettent sans doute pas à un constituant consommateur d'évaluer les conséquences économiques potentiellement significatives qu'elles emportent. Afin de profiter de l'étanchéité substantielle des sûretés conventionnelles au dispositif consumériste de lutte contre les clauses abusives, les créanciers professionnels sont donc incités à faire montre de transparence, notamment, comme l'a suggéré la Cour de cassation dans la décision précitée de 2022, en assortissant les stipulations relatives à l'objet du contrat qui leur sont avantageuses d'exemples chiffrés, de simulations et d'explications, qui mériteraient d'être d'autant plus fournies que les notions du droit des sûretés sont souvent complexes et inintelligibles pour les profanes.

B. La prescription biennale

9. L'étanchéité des sûretés conventionnelles au régime commun des contrats de consommation, en raison de leur objet, peut être illustrée par la prescription biennale de l'article L. 218-2 du Code de la consommation. Il importe d'en rappeler les termes : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans ». Cette règle procédurale protectrice des consommateurs (par comparaison avec les délais de prescription de droit commun : cinq ans pour les actions personnelles ou mobilières - C. civ, art. 2224 – et trente ans en matière immobilière – art. 2227) ne s'applique pas à l'action en réalisation du contrat de sûreté exercée par le créancier garanti à l'encontre du constituant, même s'ils peuvent être qualifiés respectivement de professionnel et de consommateur, car le bénéficiaire de la sûreté ne fournit, ni bien, ni service au sens dudit texte.

10. La première chambre civile de la Cour de cassation a clairement reconnu cette éviction du droit de la consommation dans un arrêt du 6 septembre 2017 relatif à l'action en paiement d'une banque contre une caution⁸. Cette solution est tout à fait justifiée eu égard à l'objet du cautionnement, lequel inclut la couverture du risque de non-paiement dès la conclusion de la sûreté et l'obligation de règlement de la caution en cas de défaillance du débiteur principal (C. civ., art. 2288), sans que la caution ne reçoive une contrepartie. Ainsi, le contrat de cautionnement se caractérise-t-il par des services, mais fournis par la caution et non par le créancier. Les divers devoirs que le législateur et les juges font peser depuis la fin des années 1980 sur le créancier garanti ne forment pas un service rendu à la caution.

Quant à l'intérêt personnel et patrimonial que la caution peut retirer de son engagement, il ne procède pas d'un service que lui rend le créancier, mais du crédit que ce dernier octroie au débiteur principal. Une jurisprudence constante depuis 2012 reconnaît que ce crédit est un service financier entrant dans le champ de l'article L. 218-2 du Code de la consommation⁹, mais il ne saurait être confondu avec le contrat qui le garantit, que ce soit un cautionnement, une autre sûreté personnelle ou encore une sûreté réelle constituée par un tiers.

S'agissant des sûretés réelles consenties par le débiteur de la dette garantie, la prescription biennale du droit de la consommation devrait sans doute être également évincée au profit de la prescription quinquennale ou trentenaire de droit commun, parce que le service fourni par le créancier sous la forme d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier ne l'est pas

⁷ Civ. 1^{re}, 20 avr. 2022, n° 20-16316.

⁸ Civ. 1^{re}, 6 septembre 2017, n° 16-15331.

⁹ V. not. Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, n° 11-26508.

dans le cadre du contrat de sûreté, mais celui, distinct, du contrat de base dont est issue la dette garantie.

11. Toutefois, cette étanchéité se trouve neutralisée si les conditions d'application de l'article L. 218-2 du Code de la consommation sont réunies à l'égard du crédit garanti. En effet, comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt en date du 12 mai 2021, « la prescription, qu'elle concerne l'obligation principale ou l'action en paiement emporte, par voie de conséquence, l'extinction de l'hypothèque ou du privilège ». Partant, « l'acquisition de la prescription biennale de l'action du professionnel contre le consommateur entraîne, par voie de conséquence, l'extinction de l'hypothèque qui constitue l'accessoire de la créance »¹⁰.

La prescription biennale applicable au contrat principal de consommation emporte donc l'extinction de la sûreté réelle consentie par le débiteur, alors que l'article L. 218-2 du Code de la consommation n'est pas applicable au contrat de sûreté, ce dont atteste d'ailleurs l'absence de cet article dans le visa de l'arrêt précité. Cette extinction n'est pas directement fondée sur le droit de la consommation, mais sur le caractère accessoire de la garantie. Autrement dit, l'objet du contrat de sûreté le rend étanche à la prescription biennale du droit de la consommation, mais une brèche est ouverte à l'application de règles communes aux contrats de consommation par ce caractère essentiel des mécanismes de sûreté qu'est leur accessoriété vis-à-vis de l'obligation garantie. En définitive, si effet perturbateur du droit de la consommation il y a, il est avant tout imputable au droit des sûretés lui-même, qui tisse entre chacune d'elles et l'obligation dont elles confortent l'exécution un lien d'accessoire à principal plus ou moins lâche ou renforcé, mais toujours présent. Ce lien explique la porosité des sûretés aux perturbations que subit l'obligation garantie sur le fondement du droit commun des contrats de consommation, notamment, puisqu'il n'a nullement l'apanage des troubles que le contrat de base peut subir.

12. D'autres aspects fondamentaux des sûretés et des principes qui les gouvernent expliquent la seconde forme de résistance au droit de la consommation, plus forte encore que l'étanchéité détaillée jusqu'à présent. Il s'agit de la primauté du droit commun des sûretés sur des règles consuméristes spéciales.

II. Primauté du droit commun des sûretés sur des règles spéciales du droit de la consommation

13. Cette primauté, qui édulcore davantage l'effet perturbateur du droit de la consommation, s'exprime différemment dans les deux familles de sûretés. Elle ressort, d'une part, de l'inanité des règles consuméristes spéciales à l'égard des sûretés réelles, qui s'explique logiquement à l'aune des principes qui régissent dans le Code civil toutes les sûretés réelles ou certaines d'entre elles (A) et, d'autre part, des altérations que les fonctions du cautionnement ont conduit à faire subir aux anciennes règles du Code de la consommation propres à cette sûreté personnelle (B).

A. Inanité des règles consuméristes spéciales par les principes gouvernant les sûretés réelles

14. L'inanité évoque à la fois ce qui est vide, sans réalité, et ce qui est inutile. Dans ces deux significations, le substantif inanité sied aux règles spéciales du droit de la consommation propres aux sûretés réelles.

En effet, ces règles sont quasi-inexistantes : on ne peut guère citer aujourd'hui que la prohibition du pacte commissoire dans un gage garantissant un crédit à la consommation (C. consom., art. L. 312-38, al. 3). En revanche, les 23 articles du Code de la consommation consacrés au prêt

¹⁰ Civ. 3^e, 12 mai 2021, n° 19-16514.

viager hypothécaire (art. L. 315-1 à L. 315-23) ne peuvent être considérés comme des règles consuméristes spéciales à l'égard de l'hypothèque, car dans cet ensemble contractuel indivisible, le prêt présente des originalités et fait l'objet d'une réglementation particulière, et non pas l'hypothèque.

15. Au demeurant, des règles consuméristes spéciales paraissent superflues au sujet des sûretés réelles. Cela s'explique certainement par leur nature même et une dangerosité moindre par rapport à celle des sûretés personnelles. Il est vrai que, contrairement à ces dernières, les sûretés réelles ne sont pas une source d'endettement pour le débiteur constituant, dont la dette garantie engage d'ores et déjà son entier patrimoine en vertu du droit de gage général des articles 2284 et 2285 du Code civil, droit que les sûretés réelles renforcent au profit du créancier, sans aggraver la situation patrimoniale du débiteur.

16. De surcroît, des règles consuméristes particulières sont rendues inutiles par les dispositions du Code civil qui régissent, soit toutes les sûretés réelles, soit certaines d'entre elles, et qui remplissent déjà les deux fonctions majeures du droit de la consommation, que sont la protection de la partie réputée faible, en l'occurrence le constituant, et la régulation des comportements de la partie présumée forte, ici le bénéficiaire de la sûreté réelle. Plusieurs illustrations peuvent être fournies de règles du droit commun des sûretés réelles qui rendraient superfétatoires des règles consuméristes particulières, et légitimement par là même tant l'inanité de celles-ci que la primauté de celui-là.

17. Au rang des principes applicables à toutes les sûretés réelles, peut être citée l'exigence *ad validitatem* et/ou *ad opposabilitatem* de spécialité à la fois quant à la dette garantie et quant au(x) bien(s) affecté(s) en garantie. Une telle spécification *ab initio* empêche que la sûreté ne soit mise en œuvre pour garantir autre chose et/ou avec un autre bien que ce qui a été initialement convenu, en conséquence notamment d'une faute voire d'une fraude du bénéficiaire, et au détriment du débiteur et de ses autres créanciers.

Par ailleurs, toutes les sûretés réelles sont soumises à des règles qui traduisent un principe de non-enrichissement du créancier par la réalisation de la sûreté, ce qui évite corrélativement l'appauvrissement injustifié du constituant (par exemple, si la réalisation conduit le créancier à obtenir la propriété du bien affecté - sur le fondement d'une attribution judiciaire ou d'un pacte comissoire dans les sûretés préférentielles - ou à la conserver - dans les sûretés-propriété -, il doit restituer au débiteur la valeur excédant le montant de la créance impayée).

Ces principes, qui se déclinent dans une vingtaine d'articles du Code civil (certains datant du code napoléonien, d'autres des réformes de 2006 ou 2021), rendent superflue l'adoption de règles spéciales dans le Code de la consommation qui développeraient les explications apportées au consommateur sur l'objet des sûretés réelles lors de leur formation, ainsi que des sanctions contre les créanciers professionnels se livrant à des pratiques déloyales au stade de leur réalisation.

18. L'inanité du droit de la consommation est plus marquée encore lorsque le Code civil entoure certaines sûretés réelles de protections renforcées au bénéfice du constituant. Tel est le cas de la fiducie-sûreté, dont le régime de droit commun très protecteur du constituant personne physique (C. civ., art. 408-1, 468, 509, 5^o, 1424, 2012, 2372-5 et 2488-5) explique sans doute que des protections supplémentaires n'aient pas été inscrites dans le Code de la consommation, alors même que le transfert de propriété qui s'opère dès la conclusion fait de la fiducie l'une des plus redoutables sûretés pour le constituant.

19. L'hypothèque conventionnelle fournit une autre illustration remarquable de l'inanité des règles consuméristes spéciales, et ce à plusieurs égards.

D'abord, la forme notariée, que le Code civil impose depuis 1804 à peine de nullité, rend certainement inutiles les protections particulières du consentement que le droit de la consommation pourrait prescrire.

Ensuite, les dangers en termes d'incitation à l'endettement, voire au surendettement, qu'une hypothèque stipulée rechargeable peut engendrer ont certes été pourchassés pendant quelques années (de 2006 à 2014) dans le Code de la consommation, par des dispositions propres aux hypothèques rechargeables couvrant un crédit à la consommation ou immobilier (notamment, à l'offre préalable de crédit devait être annexé un document spécifique, intitulé « situation hypothécaire », qui devait comporter diverses mentions informatives obligatoires, sous peine d'une déchéance du droit aux intérêts et de sanctions pénales : C. consom., anc. art. L. 314-14-1 ; un crédit renouvelable ne pouvait être garanti par une hypothèque rechargeable : C. consom., anc. art. L. 313-14, al. 2). Toutefois, ces règles spéciales ont été abrogées, car l'hypothèque rechargeable a été entièrement interdite par la loi *Hamon* n° 2014-344 du 17 mars 2014, puis restaurée par la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, mais uniquement si elle garantit des créances professionnelles et si elle est constituée à des fins professionnelles. En imposant un tel champ d'application restreint à la vie des affaires, le Code civil (art. 2416, anc. art. 2422) a rendu inutile l'encadrement spécifique de l'hypothèque rechargeable garantissant des crédits soumis au droit de la consommation.

Enfin, et dans la même logique, mais cette fois au stade de la réalisation de l'hypothèque, c'est parce que le droit commun de l'hypothèque interdit l'attribution en propriété (tant sur le fondement d'un pacte comissoire que d'une décision judiciaire) si l'immeuble grevé est la résidence principale du constituant (C. civ., art. 2451 et 2453, anc. art. 2458, 2459 et 2460), qu'il n'y a pas dans le Code de la consommation une disposition analogue à celle précitée relative au gage qui prohibe le pacte comissoire stipulé dans une hypothèque garantissant un crédit soumis au Livre III dudit code.

20. Il s'évince de tous ces exemples une inanité du droit de la consommation à l'égard des sûretés réelles, dont le régime général dans le Code civil rend donc quasi-inexistantes et, du reste, inutiles des règles consuméristes spéciales. Il en ressort corrélativement une certaine primauté du droit commun des sûretés, que conforte par ailleurs l'étude des règles du Code de la consommation consacrées au cautionnement.

B. Altérations des règles consuméristes spéciales par les fonctions du cautionnement

21. Les dispositions propres au formalisme du cautionnement, à sa proportionnalité et aux informations dues aux cautions en cours d'exécution, que renfermait le titre III du Livre III du Code de la consommation jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2022, de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, et qui continuent de s'appliquer aux innombrables contrats de cautionnement conclus antérieurement, perturbent incontestablement cette sûreté. Cependant, des nuances ont été apportées par Natacha Sauphanor-Brouillaud, qui a relativisé l'inspiration consumériste des techniques en cause et pointé certaines perturbations du droit de la consommation lui-même. Sous l'angle de la résistance du droit des sûretés au droit de la consommation, il importe de revenir sur la modification du champ d'application habituel du Code de la consommation et d'ajouter l'affaiblissement de son effet protecteur de la partie réputée faible, parce que ces deux types d'altération des règles consuméristes peuvent être expliquées par une primauté du droit des sûretés, plus précisément par les fonctions primordiales du cautionnement, que sont le soutien de la croissance économique et la protection du créancier garanti.

22. S'agissant du champ d'application des règles consuméristes propres au cautionnement, celui retenu par loi *Neiertz* de 1989 était classique, puisqu'était visé le cautionnement donné par une caution personne physique en garantie d'un crédit octroyé par un prêteur professionnel à un consommateur. En revanche, les dispositions issues de la loi *Dutreil* du 1^{er} août 2003 (C. consom., anc. art. L. 331-1 à L. 331-3 et L. 343-1 à L. 343-3 sur le formalisme ; anc. art. L. 332-1 et L. 343-4 sur la proportionnalité ; anc. art. L. 333-1, L. 333-2, L. 343-5 et L. 343-6 sur

les informations en cours d'exécution) expriment une altération du champ habituel du droit de la consommation. En effet, le contrat principal n'est plus nécessairement un crédit soumis au Code de la consommation ; il peut s'agir de n'importe quel contrat d'affaires à terme (prêt, autorisation de découvert en compte courant, fourniture de biens ou de services assortie d'un délai de paiement, bail commercial...). De plus, la distance prise avec le champ d'application ordinaire du droit de la consommation procède de la référence à « toute personne physique » se portant caution envers un « créancier professionnel ». Se trouvent ainsi couvertes les cautions qui agissent à des fins entrant dans le cadre de leur activité professionnelle, essentiellement les dirigeants ou associés de la société débitrice principale, comme l'admet avec constance la Cour de cassation depuis 2012. A l'évidence, un tel décloisonnement des relations *B to C* et *B to B* contredit le champ d'application habituel du droit de la consommation.

La perturbation peut certes être relativisée en relevant, comme l'a fait Natacha Sauphanor-Brouillaud, qu'au sein du Code de la consommation, le législateur a étendu d'autres règles protectrices à des professionnels, et ce pour favoriser la loyauté du marché.

23. Toutefois, à l'égard des dispositions consuméristes applicables à toutes les cautions personnes physiques, issues de la loi de 2003, une autre justification tournée vers la protection du marché nous semble prépondérante et concrétise la primauté de l'une des fonctions phares du cautionnement, à savoir le soutien de la croissance économique. De fait, nul n'ignore que le cautionnement est la rançon de la plupart des crédits, qui conditionnent eux-mêmes amplement le financement de l'activité économique, donc la croissance. Cela est vrai vis-à-vis des crédits accordés aux consommateurs et plus encore de ceux alloués aux entreprises. Cette fonction macroéconomique du cautionnement a vraisemblablement inspiré l'entorse faite au champ d'application classique du droit de la consommation. Rappelons à cet égard que la loi de 2003, qui en est à l'origine, ambitionnait de favoriser « l'initiative économique » (tel est son intitulé) par la protection des entrepreneurs, sous différentes formes. L'une d'elles a donc été l'extension aux dirigeants cautions des protections du Code de la consommation, dans l'optique de favoriser la souscription de telles garanties et, par là même, de stimuler l'octroi de crédits aux entreprises et la croissance économique qui en dépend.

24. Une autre fonction essentielle du cautionnement, à savoir le renforcement des chances de paiement du créancier garanti, a certainement dicté les atteintes portées en jurisprudence à l'effet attendu du droit de la consommation, *i.e.* la protection des parties réputées faibles.

Sans doute, le contentieux pléthorique qu'ont occasionné depuis plus de trente ans les règles consuméristes spéciales portant sur le cautionnement s'est soldé par une majorité de décisions judiciaires favorables aux cautions personnes physiques. Cependant, et à s'en tenir à la jurisprudence de la Cour de cassation, il est manifeste que la fonction du cautionnement tournée vers l'intérêt du créancier - et par contre-coup vers l'octroi de crédit, donc là encore vers le soutien de la croissance - l'a emporté sur la protection des cautions et des débiteurs principaux, même consommateurs, dans des contentieux, soit de masse, soit épisodiques mais symboliques. Des exemples de chacun méritent d'être fournis.

25. Pour illustrer le contentieux de masse qui tourne souvent à l'avantage des créanciers professionnels et concrétise ainsi la primauté de la logique du droit des sûretés sur celle du droit de la consommation, il nous semble particulièrement éclairant d'évoquer l'interprétation restrictive, voire *contra legem*, du formalisme du cautionnement imposé par le Code de la consommation à l'égard des contrats conclus avant le 1^{er} janvier 2022. En effet, à d'innombrables reprises depuis 2004, la Cour de cassation a admis des mentions manuscrites différentes de celles préédigées par le législateur, en dépit de l'adverbe « uniquement » précédant la mention sacramentelle prescrite par le Code de la consommation, et ce lorsqu'une imprécision, un ajout, une substitution, une omission ou encore une inexactitude au sein de la mention écrite par la caution n'affecte pas la compréhension de celle-ci quant à la nature et à la portée de son engagement, et qu'il est alors jugé impérieux de préserver la validité de la sûreté,

donc son efficacité au profit du créancier¹¹. Suivant la même logique respectueuse de la fonction de garantie du cautionnement, la Haute juridiction écarte depuis 2011 la nullité expressément prévue par le Code de la consommation comme sanction de l'irrégularité frappant la mention relative au caractère solidaire de l'obligation de la caution et y substitue une requalification en cautionnement simple, qui permet de condamner en paiement la caution et donc de préserver les intérêts du créancier.

26. Enfin, les exemples d'arrêts peu nombreux, mais emblématiques de la primauté de la fonction du cautionnement, protectrice du créancier, sur la finalité du droit de la consommation, protectrice des débiteurs et cautions réputés faibles, concernent l'une des règles les plus importantes du droit commun du cautionnement jusqu'à la réforme de 2021, à savoir la distinction entre l'opposabilité par la caution des exceptions « inhérentes à la dette » garantie et l'inopposabilité des exceptions « purement personnelles au débiteur » (C. civ., anc. art. 2313). Au cours des trente dernières années, une dizaine d'arrêts de la Cour de cassation ont instrumentalisé cette distinction datant du Code napoléonien, afin d'accroître la sécurité des créanciers, par une qualification téléologique du moyen de défense invoqué par la caution en exception purement personnelle au débiteur principal. La plupart de ces décisions ont été rendues au sujet de règles du Code de la consommation, dont le bénéfice a été refusé aux cautions, au motif qu'elles impliquent une qualité personnelle au débiteur, en l'occurrence celle de particulier surendetté ou celle de consommateur.

27. Ainsi, à la fin des années 1990 et au début des années 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle plusieurs fois refusé à des cautions le droit de se prévaloir des mesures octroyées au débiteur dans le cadre d'une procédure de surendettement (remises partielles de dettes, rééchelonnement des paiements, report d'échéance)¹². Cette jurisprudence, que n'ont pas remise en cause les réformes ultérieures du droit du surendettement, fait peser le poids de telles mesures inspirées par l'impératif de justice distributive, non sur les créanciers, mais sur les cautions du débiteur surendetté et même, *in fine*, sur celui-ci. Effectivement, plusieurs dispositions du Code de la consommation préservent les recours en remboursement des cautions personnes physiques *solvens* (art. L. 733-4, L. 741-2, L. 742-22) et la Cour de cassation interdit aux débiteurs surendettés de leur opposer à cette occasion les réductions dont ils ont profité¹³. Par où l'on voit que la primauté que les juges ménagent à la fonction de garantie du cautionnement, au bénéfice des créanciers, produit un effet pervers à l'encontre de celui que les règles spéciales du livre VII du Code de la consommation sont censées protéger, le débiteur surendetté.

28. Une semblable altération de la protection consumériste de la partie faible résulte d'un arrêt de la première chambre civile en date du 11 décembre 2019¹⁴, qui a qualifié la prescription biennale de l'article L. 218-2 du Code de la consommation d'« exception purement personnelle au débiteur principal, procédant de sa qualité de consommateur auquel un professionnel a fourni un service » et dénié par conséquent le droit de s'en prévaloir à la caution qui n'avait pas elle-même cette qualité, « faute pour (la banque créancière) de lui avoir fourni un service quelconque ». La sécurité recherchée par le créancier cautionné s'en trouve apertement confortée. A l'inverse, la protection organisée par le droit de la consommation est compromise, puisque la caution condamnée exercera sans nul doute un recours après paiement contre le débiteur consommateur, qui risque alors de perdre le bénéfice de la courte prescription.

Cet effet pervers est apparu à ce point malencontreux que la Cour de cassation a préféré, le 20 avril 2022, « modifier la jurisprudence et décider désormais que, si la prescription biennale de

¹¹ V. M. Bourassin, *Droit des sûretés*, Lefebvre Dalloz, coll. Sirey Université, 2024, 8^e éd., n° 258 s.

¹² Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 401 ; Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 82 ; Civ. 1^{re}, 18 janv. 2000, n° 97-20391 ; Civ. 1^{re}, 26 avril 2000, *Bull. civ. I*, n° 122.

¹³ Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, *Bull. civ. I*, n° 248 ; Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 107.

¹⁴ Civ. 1^{re}, 11 déc. 2019, n° 18-16147.

l'article L. 218-2 du code de la consommation procède de la qualité de consommateur, son acquisition affecte le droit du créancier, de sorte qu'il s'agit d'une exception inhérente à la dette dont la caution, qui y a intérêt, peut se prévaloir »¹⁵. Le revirement a été ouvertement justifié par la volonté, non seulement de ne plus sacrifier les intérêts du débiteur consommateur sur l'autel de la protection du créancier résultant de l'ancien article 2313 du Code civil, mais aussi d'éviter de « traiter plus sévèrement les cautions ayant souscrit leur engagement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 septembre 2021, laquelle permet en principe à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur » (nouvel article 2298, alinéa 1^{er}, du Code civil).

29. Est-ce à dire que la primauté du droit commun des sûretés sur des règles spéciales du droit de la consommation a fait long feu et que la résistance du droit des sûretés au droit de la consommation n'est plus d'actualité ?

Il appartient à Antoine Gouëzel de répondre désormais à cette question en analysant les relations qu'entretiennent les deux droits à l'aune de la réforme de 2021.

¹⁵ Civ. 1^{re}, 20 avril 2022, n° 20-22866.