



LE CAUTIONNEMENT ET LE CODE CIVIL : EXISTE-T-IL ENCORE UN DROIT DU CAUTIONNEMENT ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 8 MARS 2004

*PAR PHILIPPE DELEBECQUE**

1. Le droit du cautionnement s'ouvre dans le Code civil sur un texte limpide, l'article 2011, qui dispose :

“celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même”.

Le droit contemporain est contenu dans le Code de la consommation, plus spécialement dans l'article L. 341-2 issu de la loi du 1^{er} août 2003. Écoutons la différence, elle n'est pas, hélas, que de syntaxe :

“toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : “en me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même”.

2. Vous l'avez compris, on ne “se rend” pas caution en 2004 comme on pouvait le faire en 1804 par une simple acceptation, on ne porte caution au bas d'une page d'écriture. On ne “se soumet” pas davantage à un créancier, car le contrat n'est plus conçu dans le seul intérêt du créancier. Quant à la question de savoir si la caution doit “satisfaire à l'obligation” si le débiteur n'y satisfait pas lui-même, sa réponse ne va toujours pas de soi.

3. Dans l'aménagement du régime du cautionnement, les rédacteurs du Code avaient fait preuve d'une grande sollicitude à l'égard de la caution censée rendre un service d'ami. De nombreuses dispositions en témoignent encore : 2012 et 2013 subordonnant l'obligation de la caution à celle du débiteur principal ; 2036 permettant à la caution d'opposer au créancier les exceptions relatives à l'obligation principale : 2020, 2021, 2037 accordant à la caution divers bénéfices pour atténuer,

* Philippe Delebecque est professeur à l'Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne). Ce texte est celui de la conférence prononcée le 8 mars 2004 au tribunal de commerce de Paris devant l'Assemblée Générale de l'Association Droit et Commerce. Le style parlé a été conservé.

voire éteindre son obligation. Certaines de ces règles contiennent l'essence même du contrat et ne sauraient, aujourd'hui comme hier, être éludée : l'engagement de la caution se décalque nécessairement sur celui du débiteur, le contrat de cautionnement étant avant tout, ne l'oublions pas, constitutif d'une sûreté personnelle. D'autres sont supplétives et, du reste, les créanciers – institutionnels – ne se sont pas privés, tout au long des siècles précédents, d'aménager à leur avantage les contrats : on connaît les renoncations aux bénéfices de division, de discussion et de subrogation. Si bien que le cautionnement pratiqué à la fin des années 1970 s'était éloigné du modèle du Code civil. D'où les tentatives récurrentes de la loi et de la jurisprudence pour rétablir l'équilibre.

4. Les interventions du législateur – non contestables dans leur principe – sont devenues si nombreuses qu'elles ont multiplié les régimes juridiques applicables et fait perdre à la matière sa cohérence et au droit sa prévisibilité. Entre 1978 (1^{ère} loi Scrivener) et 2003 (loi pour l'initiative économique) pas moins de 11 textes se sont succédés dans le désordre le plus complet (v. Les sûretés, précis Dalloz, 4^{ème} éd., n° 24-1) : lois touchant au droit civil, au droit de la consommation, au droit des procédures collectives ; lois codifiées, lois non codifiées ; lois sur le formalisme, sur l'information de la caution, sur la solvabilité de la caution, sur l'étendue des biens engagés par la caution ; lois répétitives et accumulant les dispositions les unes sur les autres, à l'exemple de cette loi du 1^{er} août 2003 revenant une énième fois sur la protection de la caution, sans penser à l'articulation avec les lois antérieures.

5. La jurisprudence, de son côté, a largement contribué à ce mouvement de densification du droit du cautionnement. Qui ne se souvient de ces arrêts interminables sur la mention manuscrite, combinant 1326 et 2015 du Code civil ? De ces décisions attendues par les spécialistes des procédures collectives sur la déclaration du créancier ? Ou encore par les spécialistes du droit des sociétés sur l'ancien article 98 de la loi de 1966 ? Ou même par les civilistes sur la portée de l'article 1415 ? Qui ne s'est pas intéressé à l'erreur de la caution, au dol du créancier ou encore du tiers ou plus récemment à la survie du cautionnement en cas de cession du contrat principal ? Qui n'a pas suivi avec la plus grande attention les jurisprudences "Macron" et "Nahoum" ? Jurisprudences prenant appui aussi bien sur la théorie générale du contrat, que sur le droit du cautionnement lui-même, que sur des textes particuliers. Et n'ayant pas manqué d'engranger les meilleures réflexions doctrinales, celle sur l'obligation de règlement et l'obligation de couverture continuant à éclairer la question toujours difficile de l'extinction des obligations de la caution.

6. Ces multiples interventions ont découvert un droit du cautionnement très original, n'ayant plus son siège dans le Code civil, mais dans des statuts spéciaux. Le droit du cautionnement s'est dispersé comme l'eau vive. L'ordre du Code civil a fait place à une casuistique faite de droit de la consommation, de droit des baux d'habitation, de droit des groupements ... Il faut donc distinguer pour trouver le régime applicable : cautionnement de particulier à particulier ; cautionnement d'une personne physique à l'égard d'un simple créancier ; cautionnement d'une personne physique à l'égard d'un créancier professionnel ; cautionnement d'une

personne morale ; cautionnement où le droit des procédures collectives interfère ; cautionnement de dimension internationale où se pose la question de la loi applicable ... Au total, le droit du cautionnement est devenu singulièrement complexe et ainsi très largement illisible. D'autant plus que les repères traditionnels n'existent pas ou plus. La dialectique droit commun-droit spécial ne peut être mise en œuvre, car on ne sait où se trouve le droit commun : dans le Code civil ? Dans le Code de la consommation ? De surcroît, les droits spéciaux s'entrechoquent et se superposent : on l'a dit, la loi du 1^{er} août 2003 n'abroge aucune disposition ancienne. Où est la sécurité juridique devant cette parcellisation du droit ? S'il est vrai, comme l'a indiqué la Cour de cassation, que personne n'a de "droit acquis" à une jurisprudence (ou une législation) "figée", chacun a peut-être un droit acquis à une compréhension de la règle de droit.

7. Or, dans cette avalanche de textes et de décisions, l'interprète a du mal à se situer et à dessiner des lignes directrices, d'autant que la structure même du cautionnement est ébranlée par ces évolutions incessantes. On pourra se demander si le contrat est encore conçu dans le seul intérêt du créancier ? En tout cas, le droit du cautionnement s'est émietté : son siège n'est plus dans le Code civil dont les principaux articles ont vu leur champ d'application se réduire à une véritable peau de chagrin. Pour autant, il ne faut pas désespérer. L'imagination des praticiens n'a pas de limite. Les professionnels savent puiser dans les meilleures ressources pour dépasser les obstacles. Ces meilleures ressources, ce sont celles du droit commun, celles du droit des contrats et de la responsabilité. Chassez le droit commun, il revient tôt ou tard ! Ce sont ces deux thèmes que je voudrais développer. Si l'on a chassé, en la matière, le droit commun, si le droit du cautionnement a éclaté, ce droit commun revient – ou va revenir -, non pas au galop, ni même au trot, mais peut-être plus tranquillement au pas.

I. L'éclatement du modèle du Code civil

8. On a chassé le droit commun, on a sans cesse repoussé les frontières des articles 2011 et suivants du Code civil. D'où l'extrême diversité des cautionnements. D'où, par contrecoup, une foultitude des droits affectant les caractères mêmes de l'institution. Variété des types de cautionnement et renouvellement des caractères du cautionnement contemporain, voilà deux constatations appelant quelques remarques.

A. La variété des types de cautionnement

9. La variété des cautionnements est aujourd'hui extrême. Le Code civil avait institué ou suggéré quelques binômes : cautionnement légal / cautionnement conventionnel ; cautionnement simple / cautionnement solidaire ; cautionnement civil / cautionnement commercial ; cautionnement personnel / cautionnement réel ; cautionnement sous seing privé / cautionnement authentique. Certains d'entre eux ne sont plus tout à fait d'actualité puisque la jurisprudence voit dans les garanties financières, variété de cautionnement légal, des garanties autonomes. Quant au cautionnement réel, on ne sait plus quelle est la religion de la Cour de

cassation, partagée entre une analyse en termes de sûreté personnelle ou une conception plus rigoureuse considérant ce type de garantie comme une véritable sûreté réelle.

10. Mais ce sont surtout la pratique et les textes qui ont révélé d'autres combinaisons. La pratique, favorisant le développement des contre-garanties et, dans le prolongement, des sous-cautionnements. Les textes, avec la consécration du cautionnement conclu par une personne physique et un créancier professionnel. Ce type de cautionnement est devenu le cautionnement de référence, du moins la loi du 1^{er} août 2003 l'a-t-elle conçu comme tel.

11. Le nouvel article L. 341-2 du Code de la consommation fait du cautionnement conclu par personne physique envers un créancier professionnel le cautionnement modèle. Seule compte la qualité de la caution : peu importe la qualité du débiteur ; peu importe la nature de l'obligation principale ; peu importe l'activité de la caution. Ce qui crée des difficultés, car la protection conférée par le nouveau texte vient se superposer à celle résultant de certaines dispositions antérieures, dont l'article 313-7 réglementant le cautionnement garantissant un crédit à la consommation.

12. Le nouveau texte est d'autant plus important qu'il vise un cautionnement particulièrement développé : le cautionnement d'une société par son dirigeant. On sait que la jurisprudence avait progressivement construit un régime relativement original de ce type de cautionnement. Voilà qu'il vole en éclats, car il n'y a aucune raison de ne pas faire bénéficier un dirigeant personne physique qui se rend caution de la protection contenue dans l'article L. 341-2. La loi ne distingue pas selon les compétences ou le degré d'implication de la caution personne physique. Le dirigeant ou l'associé majoritaire est donc concerné au premier chef par la réforme. Ce qui rend obsolète la jurisprudence antérieure et ce qui est l'occasion de relever que le cautionnement d'un dirigeant social qui est le plus souvent commercial (cf. la jurisprudence sur l'intérêt qu'a la caution dans l'engagement principal), n'est plus nécessairement solidaire (le nouvel article L. 341-5 ayant posé à cet égard de nouvelles exigences). On se demandera, en outre, si ce cautionnement commercial relève encore de la compétence du tribunal de commerce. N'y aura-t-il pas une attraction du contentieux vers le tribunal d'instance, tribunal ayant vocation à connaître du droit de la consommation ?

13. Quant au créancier professionnel, c'est désormais le personnage central du cautionnement contemporain, sans doute parce que le législateur lui prête des qualités de compétence et de connaissance mais qu'il n'a pas nécessairement dans la réalité. S'agit-il d'un prêteur habituel, comme le sous-entend le texte même de l'article L. 341-2 ? Sans doute. Mais l'expression de créancier professionnel est large et désigne tout créancier qui agit ou opère dans le cadre d'activités qui peuvent être considérées comme étrangères à sa vie personnelle ou familiale, tel un rentier ou encore un bailleur engagé dans une série de locations.

14. En tout cas, seule compte la relation personne physique-créancier professionnel, ce qui est en un sens une demie mesure. Il eût été plus simple et

plus rationnel de ne tenir compte que de la qualité de la caution, car un créancier non professionnel est tout autant en position de force à l'égard d'une caution qu'un créancier d'habitude. Au demeurant la réforme de 2003 n'a pas pour seul effet de créer de nouveaux clivages dans le droit du cautionnement. Sa portée est très forte, puisqu'elle affecte les caractères mêmes du cautionnement, du moins tels que le Code civil les avait envisagés.

B. Le renouvellement des caractères du cautionnement

15. Les textes du Code civil ont donné au cautionnement ses caractères. Ce contrat constitutif d'une sûreté personnelle est ainsi consensuel, unilatéral et accessoire. Est-ce encore exact ? On peut en douter, le cautionnement des années 2000 n'a plus le même visage que celui de 1804.

16. Ainsi n'est-il plus possible de dire que le cautionnement est un contrat consensuel. La jurisprudence avait déjà ébranlé ce caractère lorsque, dans les années 1990, elle était allée jusqu'à ériger la formalité de l'article 1326 du Code civil en une véritable règle de forme. Aujourd'hui c'est le législateur qui fait du cautionnement un contrat solennel. Les articles 313-7 et 8 du Code de la consommation imposent le respect de formules types pour assurer la validité du cautionnement garantissant un crédit à la consommation. De même en est-il de la loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat qui s'est efforcée de réglementer les cautionnements donnés en garantie des loyers dus par un locataire engagé dans un bail d'habitation. La loi du 1^{er} août 2003, enfin, déclare sans aucune nuance que le contrat par lequel une personne physique se porte caution envers un créancier professionnel doit reproduire une formule manuscrite type – et pas une autre - “à peine de nullité” de l'engagement.

17. L'exigence relève de la forme du cautionnement, ce qui devrait avoir des incidences en droit international privé précisément pour adopter la catégorie appropriée (Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 9). On ajoutera que ce qui vaut pour la convention de cautionnement elle-même devrait valoir pour la procuration ou le mandat de se porter caution : parallélisme des formes oblige ! Il reste que le formalisme requis ne concerne que les actes sous seing privé (cf. art. L. 341-2), les actes authentiques devant y échapper (v. déjà, Cass. 1^{ère} civ. 24 févr. 2004, s'agissant des art. 313-7 et 313-8 C. cons.). Le régime de la nullité est certainement plus simple à déterminer que le champ d'application de ces nouvelles prescriptions : nullité relative, enfermée dans une prescription quinquennale et susceptible d'être invoquée par voie d'action ou encore d'exception.

18. Le caractère unilatéral du cautionnement a été pareillement mis à mal par les réformes contemporaines. Bien entendu, rien ne s'oppose à ce que le créancier accepte de prendre certains engagements : réduction du montant de la dette ou du taux d'intérêt ; report d'échéance ; mainlevée de telle autre sûreté ; engagement de veiller à la affectation des fonds ... Rien n'interdit non plus au législateur d'imposer au créancier certaines obligations. Le Code civil lui-même n'oblige-t-

il pas tout contractant à se comporter loyalement et de bonne foi (art. 1134, al. 3) ? Mais ceci relève davantage du comportement attendu du créancier que du contenu même du contrat. Les exigences sont renforcées lorsqu'il est demandé au créancier d'informer la caution de l'étendue de ses obligations. Le législateur martèle ce thème : article L. 313-22 du Code monétaire et financier ; article 2016 du Code civil ; et aujourd'hui article L. 341-6 du Code de la consommation qui n'est pas le simple décalque du premier texte. Progressivement symétriques à celles de la caution, ces obligations d'information pesant sur le créancier font douter du caractère unilatéral du contrat.

19. Le troisième caractère du cautionnement, le caractère accessoire, est au contraire préservé, voire valorisé. En effet, en application des textes contemporains, l'engagement de la caution est doublement limité. Dans son montant d'abord. L'article L. 341-2 exige que la caution s'engage dans une certaine "limite" couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard. L'obligation de la caution est ainsi cantonnée, forfaitisée en un sens, et couvrant uniquement certains accessoires (à l'exclusion des primes d'assurance et des indemnités de résiliation).

20. En outre, si l'on continuera encore à distinguer le cautionnement omnibus couvrant toutes les dettes de tel débiteur (à l'exemple du cautionnement garantissant le solde débiteur d'un compte courant), le cautionnement indéfini d'une dette déterminée (à l'exemple du cautionnement garantissant tous les loyers d'un crédit-bail) et le cautionnement d'un montant limité (cautionnement à hauteur de X. euros), ce dernier contrat devient aujourd'hui le principe, quelles que soient par ailleurs les composantes de la dette ou la nature de celle-ci. Inutile de dire que les problèmes d'interprétation vont se multiplier en cas de cautionnements successifs : faudra-t-il additionner ces engagements ? Faudra-t-il considérer que le dernier se substitue au précédent ?

21. Limitation dans le montant, limitation dans la durée également. L'article L. 341-2 le postule : "... pour la durée de ...". Il serait excessif d'exiger systématiquement des chiffres. Un terme certain ou même incertain (durée d'un mandat d'administrateur, par exemple) devrait suffire. Il est sans doute plus important encore de tenir compte de la durée de l'engagement principal et de distinguer ne serait-ce que deux hypothèses.

22. Si le cautionnement couvre une dette principale définie d'une durée déterminée, telle une dette de loyers dans un bail à durée déterminée, les choses sont relativement simples, car l'engagement de la caution peut, à la rigueur, épouser celle du débiteur, tout en pouvant être, naturellement, d'une durée inférieure. Le terme du cautionnement peut être ajusté sur celui du contrat principal. Il peut être aussi plus rapproché. La caution n'aura rien à payer si, avant la survenance du terme, aucune échéance ne reste impayée. Dans le cas contraire, elle devra s'exécuter. Ajoutons qu'il sera toujours possible de stipuler un délai pour poursuivre la caution : un délai contractuel d'action est parfaitement envisageable.

23. Si le cautionnement couvre une dette principale indéfinie d'une durée non déterminée, tel le solde provisoire d'un compte courant, la situation est un peu plus complexe, le contenu du cautionnement s'articulant sur une obligation de couverture et sur une obligation de règlement. L'obligation de couverture devra être limitée dans le temps, puisqu'il faut fixer un terme au cautionnement. Quant à l'obligation de règlement, elle n'a pas à être limitée dans le temps, car le règlement ne concerne que la mise en œuvre de la garantie et non son existence. Il sera cependant toujours possible de stipuler, comme dans l'hypothèse précédente, un délai contractuel d'action et exiger du créancier qu'il agisse, par exemple, dans les six mois de l'exigibilité de la créance.

24. Peut-on aller plus loin ? Peut-on convenir d'une clause de renouvellement tacite ? Peut-on, plus concrètement, continuer à cautionner une ouverture de crédit en compte courant ? En d'autres termes, les lois récentes ont-elles bridé la liberté contractuelle ? Toute expression de cette liberté n'est sans doute pas interdite. Le droit contemporain du cautionnement est, comme on l'a vu, très réglementé, il n'est pas pour autant hostile à tout aménagement contractuel. Si l'on a chassé le droit commun du cautionnement, ce droit revient inéluctablement, ne serait-ce que sous d'autres formes.

II. Le retour du droit civil

25. Chassez le droit commun, c'est-à-dire le droit civil, il revient tôt ou tard. Ce droit commun qui s'exprime dans le droit des contrats et dans le droit de la responsabilité a, nous allons le voir, de belles perspectives.

A. Le droit des contrats

26. La liberté contractuelle est l'un des principes fondamentaux du droit des contrats. Peut-elle s'exprimer dans le nouveau droit du cautionnement ? On pense immédiatement aux qualifications et à la question de savoir si les parties peuvent s'engager dans une garantie autonome ou un porte-fort d'exécution plutôt que dans un cautionnement. Pourquoi pas, mais, dans notre opinion, cette voie est sans issue, car la protection reconnue à la caution s'impose *a fortiori* lorsque le contrat contient des obligations encore plus strictes pour le garant personne physique.

27. Ce qui ne veut pas dire que le contrat de cautionnement lui-même ne puisse faire l'objet d'aménagements. Bien au contraire. Il est toujours possible de stipuler telle ou telle clause dans la mesure où celle-ci ne porte pas atteinte à l'essence même du contrat et ne contrevient à aucune disposition impérative. La liberté contractuelle a des limites ici comme ailleurs. Certaines clauses ont reçu il y a peu l'aval de la jurisprudence : ainsi dans un cautionnement garantissant le solde provisoire d'un compte courant, la clause limitant la dette garantie à celle existant à la date d'expiration de l'engagement ou à la clôture du compte a-t-elle été considérée comme valable (Cass. com. 10 déc. 2002, Bull. civ. IV, n° 190). De même on a pu se demander s'il était possible de faire déclarer à la caution qu'elle

ne fait pas de la situation du débiteur la condition déterminante de son engagement de manière à la priver par avance de la protection que lui accorde la théorie des vices du consentement. La réponse n'est sans doute pas négative, car si la Cour de cassation a, dans une espèce récente condamné ce type de combinaison, c'est parce qu'en l'occurrence le créancier connaissait les difficultés financières du débiteur et n'avait pas été d'une loyauté parfaite vis-à-vis de la caution (Cass. 1^{ère} civ. 13 mai 2003, D. 2004, 262). Autrement dit, la clause aurait sans doute été tenue pour efficace si le créancier avait été de bonne foi.

28. D'autres clauses mériteraient d'être éprouvées. Ainsi, lorsque le créancier change, à la suite par exemple d'une opération de fusion, la caution n'est pas tenue de toutes les dettes susceptibles de naître après l'opération, l'obligation de couverture s'étant éteinte avec le changement affectant le créancier. Mais, rien, semble-t-il, n'interdit de convenir dès l'origine du maintien de l'engagement. Cette clause n'est pas contraire à l'économie de l'opération. De même, en cas de cession du contrat principal, devrait-on admettre (à supposer que la jurisprudence actuelle se poursuive, si critiquable soit-elle) la validité de la clause maintenant l'engagement de la caution malgré la substitution de créancier (v. en ce sens, semble-t-il, Cass. com. 3 déc. 2003, D. 2004, 565). Lorsque le changement affecte le débiteur, les clauses laissant entières les obligations de la caution sont peut-être plus contestables, dès lors qu'elles remettent en cause l'*intuitu personae* du cautionnement qui est certainement l'un des éléments essentiels du contrat. Enfin, en cas de changement affectant la caution elle-même, les aménagements contractuels sont encore plus aléatoires, la Cour de cassation ayant notamment condamné les clauses imposant aux héritiers de la caution l'obligation de couverture initialement contractée (Cass. com. 13 janv. 1987, D. 1987, Somm. 453, note L. Aynès).

29. Peut-on aujourd'hui reconnaître d'autres combinaisons non pas pour combattre les lois nouvelles, mais pour en atténuer certains effets ? Il ne serait pas absurde de demander à une caution personne physique dirigeant de société de décharger le créancier avec qui elle entretient des relations suivies de ses diverses obligations d'information.

30. Quant à la durée du cautionnement, désormais lourdement réglementée, il n'est pas inconcevable de l'aménager : les clauses de renouvellement du cautionnement n'ont rien d'illicite dans la mesure où le renouvellement est lui-même limité dans le temps. A cet égard, la jurisprudence sur le mandat de l'agent immobilier lui-même limité dans le temps pourrait servir de référence. On pourrait également songer à des clauses dites de sortie pour ne pas enfermer l'une ou l'autre des parties engagées désormais dans des contrats à durée déterminée dans des liens trop rigoureux. Un cautionnement à durée déterminée comportant une clause de résiliation unilatérale ne serait pas un "*monstre*" juridique.

En d'autres termes, toutes les ressorts de la liberté contractuelle doivent être utilisés. C'est à ce prix que le droit commun peut remettre le cautionnement sur ses rails, d'aucuns diraient le faire "*rebondir*". Le droit commun, c'est aussi le droit de la responsabilité civile.

B. Le droit de la responsabilité

31. Rappelons d'abord cette jurisprudence sur l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier selon laquelle la déchéance des intérêts, faute pour le créancier d'avoir respecté les termes de son obligation d'information à l'égard de la caution, ne peut se doubler d'une action en responsabilité que si la caution prouve non seulement son préjudice, mais encore le dol ou la faute lourde dudit créancier. La question de la transposition d'une telle solution en cas d'inobservation de l'obligation d'information prévue par l'article L. 341-6 du Code de la consommation est posée. Les textes étant identiques, en tout cas, sur le fond, on ne voit pas pourquoi les sanctions ne le seraient pas.

32. Il est sans doute plus difficile de se prononcer sur l'application du droit de la responsabilité dans la mise en œuvre de l'article L. 314-4 du Code de la consommation. On se permettra cependant de dire que cet texte a voulu à la fois généraliser le contenu de l'article L. 313-10 du même Code et canaliser la jurisprudence "*Macron*" et "*Nahoum*", en instituant ce que l'on pourrait appeler un "*bénéfice de disproportion*". Et d'ajouter que ce bénéfice ne devrait pas entraîner une décharge totale de la caution. Cette libération, dérogatoire à tous les principes, ne devrait se faire qu'à raison de l'excès. La jurisprudence est déjà en ce sens, qui raisonne en termes de préjudice et de réparation : "*le montant du préjudice de la caution ne peut être équivalent à la dette tout entière, mais seulement à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie*" (Cass. 1^{ère} civ. 9 juill. 2003, Bull. civ. I, n° 167). Si l'on veut bien considérer – *mutatis mutandis* – que la décharge de la caution sur le fondement de l'article 2037 du Code civil est également proportionnelle au préjudice subi, la clé du mécanisme de l'article 314-4 est sans doute trouvée. Elle est une fois encore dans le droit commun et, plus précisément, ici dans le droit de la responsabilité.

* * *

33. Il ne faut donc pas désespérer du droit actuel du cautionnement. Le droit commun – la théorie des obligations – peut lui redonner la respiration qu'il attend. La dialectique loi : jurisprudence / pratique est éternelle. En tout cas, dans cette époque de réforme, avant de s'engager dans de grandes envolées sur le droit européen des contrats et des garanties, peut-être faudrait-il commencer par mettre un peu d'ordre dans notre propre droit. Y a-t-il, à cet égard, quelque chose à attendre du projet de réforme des procédures collectives ? Peut-être. Mais il n'est pas interdit de penser que toute disposition venant redonner aux articles 2011 et suivants du Code civil leur fluidité initiale serait encore plus opportune.