HAL
open science

Le cautionnement notarié vivifié par la réforme des sûretés

Manuella Bourassin

To cite this version:

Manuella Bourassin. Le cautionnement notarié vivifié par la réforme des sûretés. La semaine juridique. Notariale et immobilière, 2021. hal-03580327

HAL Id: hal-03580327

https://hal.science/hal-03580327v1

Submitted on 18 Feb 2022

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.

Sûretés - Le cautionnement notarié vivifié par la réforme des sûretés - Etude rédigée par : Manuella Bourassin

Document: La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 48, 3 Décembre 2021, 1336

La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 48, 3 Décembre 2021, 1336

Le cautionnement notarié vivifié par la réforme des sûretés

Etude rédigée par : Manuella Bourassin professeur agrégé à l'université Paris Nanterre, CEDCACE (EA 3497), codirectrice du master droit notarial, rapporteur de synthèse du 117e Congrès des notaires

Sûretés

Accès au sommaire

La réforme conforte l'intérêt du cautionnement notarié pour deux raisons essentielles : les incertitudes nées de la dématérialisation des sûretés sous seing privé contrastent avec la sécurité des actes authentiques électroniques ; le cautionnement notarié échappe aux contraintes résultant de la mention requise à titre de validité dans la détermination du montant et des modalités de l'engagement de la caution. En outre, l'ordonnance vivifie le cautionnement notarié en appelant des changements dans sa préparation et sa rédaction.

1. - L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021[Note 1] portant réforme du droit des sûretés sonne discrètement le réveil de la *« belle endormie »* qu'est la sûreté personnelle reçue par acte notarié[Note 2]. Cette image[Note 3] sied au cautionnement notarié dont les atouts sont vantés depuis une vingtaine d'années tant par des notaires que par des universitaires[Note 4], mais dont la pratique demeure marginale en comparaison des innombrables cautionnements sous signature privée (SSP) garantissant les prêts aux particuliers ou aux entreprises ainsi que les baux d'habitation ou commerciaux[Note 5]. Le caractère inusité du cautionnement notarié ne laisse pas de surprendre tant ses avantages sont considérables. Certains résultent des devoirs généraux incombant aux notaires : contrôles et conseils préalables à l'authentification, sanctionnés par la responsabilité notariale, couverte par une assurance professionnelle et une garantie collective. D'autres procèdent des attributs de l'acte notarié : force probante jusqu'à inscription de faux ; force exécutoire procurant une *« quasi-sûreté »*[Note 6] (même lorsque le cautionnement notarié ne fait pas l'objet d'un *instrumentum* distinct de l'acte de prêt garanti sur lequel est apposée la formule exécutoire[Note 7]). En outre, le cautionnement notarié a échappé au carcan dans lequel, à partir de la fin des années quatre-vingt, diverses lois ont enserré les cautionnements SSP quant à l'expression et à l'étendue de l'engagement de la caution[Note 8]. La conclusion d'un cautionnement par acte notarié est donc protectrice des créanciers, dont les chances de paiement sont accrues par la liberté contractuelle et la sécurité juridique qui l'entourent, et protectrice des cautions, dont le consentement est éclairé par les informations personnalisées délivrées par le notaire.

2. - Une telle conciliation des intérêts antagonistes en présence répond à l'un des objectifs de la réforme du droit du cautionnement avancés dans la loi Pacte du 22 mai 2019[Note 9], celui d'en *« améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique »*[Note 10]. Fort de cette habilitation, le Gouvernement aurait pu promouvoir expressément le cautionnement notarié dans l'ordonnance[Note 11]. La lecture des nouveaux articles 2288 à 2320 du Code civil consacrés au cautionnement[Note 12] révèle que cette voie n'a pas été empruntée, puisque la forme authentique n'y est nullement mentionnée, pas plus d'ailleurs que la forme SSP, de laquelle aurait pu être déduit, *a contrario*, un régime propre au cautionnement notarié. Ce silence ne traduit toutefois pas la vacuité de la réforme à l'égard de ce dernier, ni moins encore la négation de ses qualités. Bien au contraire, les nouvelles dispositions relatives à la forme des sûretés en général et à celle du cautionnement en particulier laissent entrevoir l'intérêt renforcé de conclure celui-ci par acte notarié plutôt que par acte SSP. Ainsi, malgré l'absence de dispositions nouvelles propres au cautionnement notarié dans le livre IV du Code civil, la réforme conforte deux de ses atouts particulièrement recherchés en matière de sûretés - la sécurité et la liberté. Si l'ordonnance vivifie le cautionnement notarié, c'est qu'elle appelle en outre des changements dans sa préparation comme dans sa rédaction.

1. La sécurité du cautionnement par acte authentique électronique *vs* les incertitudes nées de la dématérialisation du cautionnement sous signature privée

3. - Suivant la loi d'habilitation[Note 13], l'ordonnance abroge le 2° de l'article 1175 du Code civil[Note 14] interdisant l'établissement sous forme électronique des actes exigés pour la validité d'une sûreté (personnelle ou réelle, civile ou commerciale), à l'exception de ceux *« passés par une personne pour les besoins de sa profession »*(tel le dirigeant de la société cautionnée). Le cautionnement notarié n'était pas concerné par cette prohibition expressément limitée aux actes SSP. Depuis plus de 10 ans, il peut donc être valablement reçu par acte authentique électronique (AAE). Avec l'ouverture de la dématérialisation aux actes SSP constitutifs de sûretés, personnelles comme réelles, quelle qu'en soit la cause (professionnelle ou non), le cautionnement notarié perd le monopole de la forme électronique en présence d'une caution n'agissant pas pour les besoins de sa profession (principalement celles entretenant un lien familial ou affectif avec le débiteur principal)[Note 15]. Néanmoins, le cautionnement par AAE, qu'il soit consenti en présence du notaire instrumentaire ou au moyen du système de visioconférence agréé par le CSN *« garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte »*[Note 16], voit son utilité confortée si l'on compare la sécurité technologique et juridique qu'il procure aux incertitudes nées de la dématérialisation du cautionnement SSP.

4. - Sans revenir sur l'ensemble des propriétés techniques des AAE et des actes notariés à distance qui assoient leur sécurité[Note 17], il importe de s'arrêter sur la signature, *« nécessaire à la perfection d'un acte juridique »*, en ce

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

qu'elle *« identifie son auteur »* et *« manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte » (C. civ., art. 1367, al. 1er)*. Le décret du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, modifié par un décret du 10 août 2005, impose, au sein des AAE, une signature électronique qualifiée[Note 18] conforme au règlement européen eIDAS[Note 19], c'est-à-dire reposant sur un certificat délivré par un prestataire de services de confiance qualifié après une vérification d'identité approfondie, en face à face ou à distance, ce qui permet au porteur dudit certificat numérique de s'identifier de manière sûre. Dotée du plus haut niveau de sécurité informatique, la signature électronique qualifiée s'assortit d'une sécurité juridique tout aussi remarquable, puisque sa fiabilité est présumée jusqu'à preuve contraire *(C. civ., art. 1367, al. 2)*[Note 20], de sorte qu'il revient au prétendu signataire de prouver ne l'avoir pas apposée[Note 21]. Le cautionnement notarié établi sous forme électronique procure nécessairement ces avantages.

5. - Rien d'aussi rassurant ne peut être relevé au sujet du cautionnement SSP, car la réforme en favorise la digitalisation sans en spécifier les modalités[Note 22], alors pourtant que les auteurs de la loi d'habilitation ont souligné la nécessité d'entourer la dématérialisation des sûretés de garde-fous[Note 23]. Ainsi, le cautionnement SSP dématérialisé peut-il être revêtu d'une signature électronique simple ou avancée, vis-à-vis desquelles les exigences du règlement eIDAS en termes d'identification du signataire sont inexistantes ou allégées par rapport à une signature qualifiée[Note 24]. Le risque d'usurpation d'identité est par là même plus élevé, tout comme celui de contestations de la sûreté SSP par la prétendue caution. Or, la présomption de fiabilité n'est accordée par l'article 1367 du Code civil et son décret d'application du 28 septembre 2017 qu'à la seule signature électronique qualifiée.

Remarque :

Par conséquent, dans le cadre d'une procédure de vérification d'écriture d'un acte SSP *(CPC, art. 287)*, comme « c'est à la partie qui entend en faire usage qu'il appartient d'en démontrer la sincérité »[Note 25], il appartiendra au créancier se prévalant d'un cautionnement assorti d'une signature électronique simple ou avancée de prouver que le garant poursuivi en est effectivement l'auteur, ce qui pourrait s'avérer ardu. Voilà certainement un nouveau sujet de contentieux et d'inefficacité du cautionnement SSP auquel le recours à un acte notarié électronique permettra d'échapper.

2. La liberté procurée par le cautionnement notarié *vs* les contraintes liées à la mention requise à titre de validité

6. - Dans le but de renforcer la sécurité juridique en matière de cautionnement[Note 26], l'ordonnance abroge les nombreux textes du Code de la consommation relatifs à la mention manuscrite *(C. consom., art. L. 314-15, L. 314-16, L. 341-51-1, L. 331-1, L. 331-2, L. 343-1 et L. 343-2)* et les remplace par le nouvel article 2297 du Code civil, qui impose toujours une mention à titre de validité lorsque la caution est une personne physique. Pour le reste, le formalisme est profondément modifié. Son champ est étendu *ratione personae*- la qualité de *« créancier*

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

professionnel » est abandonnée - et *ratione materiae*- le cautionnement d'un bail d'habitation s'y trouve soumis par renvoi de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 à l'article 2297 du Code civil. L'objet de la mention imposée à peine de nullité est restreint au montant de l'engagement de la caution, puisque l'article 2297 ne renferme aucune exigence quant à la durée du cautionnement et qu'il sanctionne l'irrégularité relative à l'éventuelle privation des bénéfices de discussion ou de division, non par la nullité, mais par le maintien de ces moyens de défense[Note 27]. La rédaction de la mention n'est plus prédéterminée par la loi mais laissée à l'imagination des parties (sous réserve de l'indication du *« montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres »*[Note 28]).

Remarque :

En conséquence de l'admission de la dématérialisation des actes de sûreté SSP, la mention n'est plus impérativement manuscrite. Il suffit que la caution personne physique l'appose « elle-même ». Cette dernière modification ne nous paraît pas remettre en cause le régime dérogatoire du cautionnement notarié quant au formalisme de validité, ni la liberté qui en résulte.

7. - Rappelons à ce propos que l'acte authentique reçu par un notaire *« est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi » (C. civ., art. 1369)*, ce qui soustrait le cautionnement notarié au contentieux pléthorique que les exigences de forme du cautionnement suscitent depuis une quarantaine d'années. Cette dispense a été reconnue par la Cour de cassation à l'égard de la mention probatoire de l'ancien article 1326 (devenu 1376) du Code civil[Note 29], ainsi que des mentions imposées à peine de nullité par le Code de la consommation[Note 30] ou la loi du 6 juillet 1989 relative au bail d'habitation[Note 31], avant d'être généralisée par la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques du 28 mars 2011[Note 32] au sein de l'article 1369 du Code civil. D'après cet article, l'allégement formel dont bénéficie l'acte notarié concerne *« toute mention...exigée par la loi »*, sous-entendu *ad probationem* ou *ad validitatem*, à condition qu'elle soit *« manuscrite »*. Bien qu'il s'agisse d'un texte d'exception, son interprétation stricte[Note 33] semble parable. Trois arguments peuvent être avancés afin de dispenser l'acte notarié des mentions que la loi prescrit à une partie d'apposer « elle-même ».

8. - Cette interprétation est d'abord accréditée par les travaux préparatoires de la loi de 2011 à l'origine de l'article 1369 du Code civil, à l'occasion desquels fut donnée en exemple de dispense la mention du *« bon pour »* de l'ancien article 1326 du Code civil[Note 34], qui n'est plus manuscrite mais *« écrite par [celui qui s'engage] lui-même »* depuis la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies.

9. - Ensuite, le cautionnement notarié échappe à l'exigence de mention manuscrite, parce que le formalisme probatoire est superfétatoire relativement à l'acte authentique, qui fait pleine foi jusqu'à inscription de faux en raison

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

des contrôles réalisés par l'officier public. Le formalisme informatif à titre de validité est tout aussi superflu dès lors que le notaire est tenu de délivrer des conseils personnalisés et de s'assurer de la compréhension de la nature et de la portée des actes par ses clients, dont le consentement est ainsi mieux protégé que par la rédaction de mentions imposées *in abstracto* par la loi[Note 35]. Cette *ratio legis* demeure pertinente lorsque le législateur décide de remplacer l'exigence de mention écrite de la main d'une partie par une mention apposée par celle-ci *« elle-même »*, à l'instar de la réforme du droit des sûretés.

10. - Enfin, le maintien de la dispense de mention dans le cadre d'un acte notarié est nécessaire pour permettre la conclusion en toute sécurité d'un cautionnement chaque fois que la rédaction d'une mention est insusceptible d'éveiller la conscience de la caution sur les dangers de son engagement. Tel est le cas en présence d'une caution illettrée. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé en 2015 que *« la personne physique qui ne se trouve pas en mesure de faire précéder sa signature des mentions manuscrites [...] destinées à assurer sa protection et son consentement éclairé, ne peut valablement s'engager que par acte authentique en qualité de caution envers un créancier professionnel »*[Note 36]. Maintenant que la mention est susceptible d'être apposée électroniquement et que l'illettrisme peut être accompagné ou remplacé par l'illectronisme[Note 37], le recours au cautionnement notarié dispensé de mention apposée par la caution elle-même semble encore plus utile, si ce n'est indispensable.

Remarque :

De fait, le consentement de la caution vulnérable est assurément mieux protégé par l'intervention d'un notaire que par le simple « copier-coller » d'une mention prérédigée par le créancier ! La même observation vaut à l'égard des cautions étrangères qui ne maîtriseraient pas pleinement la langue française.

Pour toutes ces raisons, essentiellement protectrices des intérêts des cautions, la réforme devrait donc laisser perdurer le régime dérogatoire du cautionnement notarié quant au formalisme de validité.

11. - L'éviction de l'article 2297 du Code civil serait également propice à l'efficacité de la sûreté pour le créancier, car serait accrue la liberté dans la détermination du montant et des modalités de l'engagement de la caution. En effet, dès lors que le cautionnement notarié n'a pas à contenir *« la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires » (C. civ., art. 2297 nouveau)*, l'engagement de la caution peut tout aussi bien être défini, c'est-à-dire *« contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses » (C. civ., art. 2296, al. 2 nouveau, reprenant littéralement l'ancien article 2290)*, qu'indéfini, *i.e.* emprunter les contours de la dette principale, ou encore illimité. Cette liberté contractuelle, dont peuvent notamment profiter les banques pour faire souscrire à un dirigeant un engagement couvrant toutes les dettes d'une société à leur égard (cautionnement

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

omnibus), représente un avantage majeur du cautionnement notarié par rapport à ceux constitués SSP, dont l'étendue est bridée par la mention *ad validitatem* du montant de l'obligation de règlement de la caution personne physique.

12. - Avant la réforme, la liberté relative au *quantum* du cautionnement notarié était cependant restreinte par plusieurs textes réputant non écrite la clause de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion stipulée au sein d'un cautionnement illimité en montant[Note 38]. Autrement dit, un choix devait être opéré entre ces deux caractéristiques, alors que leur cumul est naturellement recherché par les créanciers.L'ordonnance abroge les dispositions en question et étend ce faisant la liberté contractuelle en matière de cautionnement notarié, qui peut désormais être à la fois illimité et solidaire. La Direction des affaires civiles et du sceau a expliqué cette évolution en observant que, *« si l'acte est notarié, le cautionnement n'est pas nécessairement plafonné mais le devoir de conseil du professionnel du droit assure la protection de la caution »*[Note 39]. Ce commentaire accrédite le maintien du régime dérogatoire du cautionnement notarié défendu plus haut et en rappelle la principale justification afférente au devoir de conseil du notaire. C'est dire si les principaux avantages du cautionnement notarié, que l'ordonnance confirme ou même conforte, sont dans l'étroite dépendance des diligences attendues de l'officier public lors de la préparation et de la rédaction du contrat de sûreté.À ces deux stades, la réforme appelle deschangements dans la pratique du cautionnement notarié,qu'elle vivifie pour cette autre raison également.

3. Les changements dans la pratique notariale du cautionnement

13. - S'agissant des contrôles préalables à la réception du cautionnement, une attention particulière devra être portée au mandat SSP de se porter caution, à la régularité duquel le notaire doit veiller[Note 40], et dont l'inefficacité probatoire ou la nullité rejaillit sur le cautionnement notarié subséquent, bien qu'il soit lui-même parfait[Note 41]. Le notaire doit ainsi *« vérifier la sincérité au moins apparente de la signature figurant sur la procuration sous seing privé »*[Note 42], ce que la dématérialisation autorisée par la réforme des sûretés risque de compliquer, puisqu'il est particulièrement difficile de connaître le type, simple ou avancé, de signature électronique utilisée et d'en apprécier la validité[Note 43]. De surcroît, le notaire doit vérifier que le mandat comporte la mention prescrite à peine de nullité par le nouvel article 2297 du Code civil au sujet du montant de l'engagement de la caution et, le cas échéant, de son caractère solidaire, puisque ce texte précise, conformément au principe du parallélisme des formes, que *« la personne physique qui donne mandat à autrui de se porter caution doit respecter les dispositions du présent article »*. Or, comme ladite mention n'est plus prédéterminée par la loi, le notaire doit en apprécier la formulation pour prendre la mesure du consentement du mandant caution personne physique[Note 44].

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

14. - Les contrôles préalables portent en outre sur l'efficacité de l'acte, d'un point de vue économique. En matière de cautionnement, celle-ci dépend étroitement de la capacité patrimoniale de la caution à honorer son engagement. Toutefois, il n'appartient pas au notaire de mettre en garde la caution sur les risques financiers de l'opération en cause, ce devoir pesant sur le seul créancier professionnel dans les conditions désormais fixées par l'article 2299 du Code civil[Note 45]. Jusqu'à présent, la Cour de cassation a aussi écarté la responsabilité du notaire pour défaut de vérification de la solvabilité de la caution, tout en précisant néanmoins que s'il dispose d'éléments révélant une insuffisance des garanties prévues par l'acte qu'il reçoit, il doit en informer les parties[Note 46]. Dans le nouveau régime de la proportionnalité du cautionnement au patrimoine de la caution personne physique *(C. civ., art. 2300*[Note 47]*)*, deux innovations intéressant la sanction de cette exigence pourraient faire évoluer la responsabilité notariale. D'une part, l'abandon de la déchéance totale du droit du créancier de se prévaloir du cautionnement disproportionné au profit de la réduction du cautionnement au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager : en conséquence de cet allégement, les créanciers sanctionnés subiront un préjudice moins lourd et pourraient dès lors être moins enclins à rechercher la responsabilité du notaire instrumentaire pour défaut d'information sur la disproportion *ab initio* du cautionnement. D'autre part et en sens inverse, la suppression de l'exception de retour à meilleure fortune, qui permettra de sanctionner la disproportion initiale du cautionnement, même si la caution est à même d'y faire face lorsqu'elle est appelée en paiement : ce durcissement de la sanction pourrait conduire les juges à retenir plus facilement la responsabilité des notaires qui n'auraient pas informé le créancier de l'insuffisance de la garantie au moment de sa conclusion.

Attention :

La réforme appelle donc des diligences supplémentaires au stade de la préparation du cautionnement notarié. Par ailleurs, elle impose ou suggère des changements d'ordre rédactionnel.

15. - Certaines clauses doivent être abandonnées en ce qu'elles contredisent des règles impératives reprises ou consacrées par l'ordonnance. Trois exemples peuvent en être donnés.D'abord, le nouvel article 2294 du Code civil maintient l'exigence *« essentielle à la protection des cautions »*[Note 48] tenant au caractère *« exprès »* de leur engagement[Note 49]. Il devrait conduire à bannir de la pratique notariale la référence, au sein d'un prêt authentique[Note 50], à la conclusion d'un cautionnement sans que le notaire ne recueille expressément le consentement du garant concerné, tel le dirigeant de la société débitrice, dont la signature en fin d'acte ne peut alors valoir qu'en sa qualité de représentant légal de la société et non de caution[Note 51].Ensuite, l'ordonnance unifie et précise dans les nouveaux articles 2302 et 2303 du Code civil les obligations d'information pesant sur les créanciers professionnels au cours de la vie du cautionnement conclu avec une personne physique - information annuelle relative à l'encours de la dette principale et à la durée du cautionnement, information portant sur la défaillance du débiteur garanti. Le caractère d'ordre public de ces obligations est reconnu de longue date par la Cour de cassation[Note 52]. En

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

conséquence, la clause précisant que la caution dispense le créancier de la tenir informée du non-paiement des sommes dues par le débiteur principal est illicite. Présente dans certaines trames proposées par les logiciels de rédaction d'actes, cette stipulation ne devrait donc pas être conservée.Il en va de même, enfin, de la clause aux termes de laquelle la caution déclare vouloir, en cas de décès de sa part avant l'extinction de son obligation, étendre celle-ci à ses héritiers afin qu'ils assument solidairement en ses lieu et place la totalité des engagements souscrits. Le nouvel article 2317 du Code civil en confirme l'illicéité. Effectivement, il consacre la solution de l'arrêt Ernault de 1982[Note 53] en prévoyant que *« les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès »* et il s'inscrit dans la continuité d'un arrêt de 1987 ayant qualifié la clause contraire de pacte sur succession future[Note 54] en précisant que *« toute clause contraire est réputée non écrite »*.

16. - En revanche, d'autres clauses méritent être développées au sein des cautionnements notariés, non seulement parce que les notaires doivent rédiger des actes sur-mesure et non se contenter des modèles fournis par leurs progiciels ou par les créanciers institutionnels[Note 55], mais aussi en raison des espaces de liberté maintenus voire étendus par la réforme. Ainsi, la liberté contractuelle quant à l'étendue de l'engagement de la caution, que l'ordonnance accroît s'il est reçu par acte notarié[Note 56], devrait-elle s'exprimer dans des clauses détaillant aussi bien les obligations du débiteur principal (en capital, intérêts et autres accessoires), que l'obligation de couverture de la caution quant à son montant (limité ou illimité) et à sa durée (déterminée ou indéterminée), ainsi que l'objet et les effets de la solidarité[Note 57] *(C. civ., art. 2290, 2297, 2305 et 2306)*. Le risque que la responsabilité du notaire ne soit engagée pour défaut de conseil de la caution sur la portée de son engagement[Note 58] s'en trouverait d'ailleurs diminué. La liberté contractuelle devrait également s'épanouir chaque fois que les nouveaux textes invitent explicitement à l'exercer, comme au sujet du sort du cautionnement en cas de transmission universelle du patrimoine de la personne morale créancière ou débitrice *(C. civ., art. 2318)* ou pour préciser ce à quoi la caution reste tenue lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin *(C. civ., art. 2316)*.Si de tels changements s'opéraient dans la pratique du cautionnement notarié, dont l'intérêt est renforcé par l'ordonnance, nul doute que la réforme marquerait le réveil de cette sûreté.

Pour aller plus loin :

• La conclusion d'un cautionnement par acte notarié est protectrice des créanciers, dont les chances de paiement sont accrues par la liberté contractuelle et la sécurité juridique qui l'entourent.

• La conclusion d'un cautionnement par acte notarié est également protectrice des cautions, dont le consentement est éclairé par les informations personnalisées délivrées par le notaire.

• La réforme conforte ces atouts et invite à des changements dans la pratique notariale du cautionnement - nouvelles vérifications et stipulations.

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

Note 1 *Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021, texte n° 19 ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 885, obs. Cl. Séjean-Chazal ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 887 ; JCP N 2021, n° 46, 1322-1327 ; JCP N 2021, n° 47, 1328-1334 ; JCP N 2021, n° 48, 1335-1341, présent dossier.*

Note 2 Le cautionnement personnel sera seul étudié ici, à l'exclusion de la constitution d'une hypothèque par un tiers à la dette garantie, que la pratique dénomme encore fréquemment, mais improprement, « *cautionnement hypothécaire* ». Sur le nouvel article 2325 du Code civil, qui réaffirme la nature de sûreté réelle d'une telle affectation, mais innove en la soumettant à certaines règles protectrices des cautions personnelles, V. *JCP N 2021, n° 48, 1339.*

Note 3 Déjà employée pour qualifier une autre sûreté, la fiducie immobilière (*V. A. Aynès, Fiducie immobilière : belle endormie : JCP N 2016, n° 12, 1106, p. 37*).

Note 4 *V. spéc. 100e Congrès des notaires, Code civil, les défis d'un nouveau siècle, 2004. - C. Beddeleem, Le cautionnement en la forme authentique : Administrer janv. 2009, p. 5. - S. Cabrillac, Le cautionnement notarié : Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 56. - F. Guerchoun, Faut-il privilégier le cautionnement authentique ? : RLDC 2009, n° 59, p. 31.*

Note 5 En l'absence (regrettable) de fichier des cautionnements, des statistiques ne sauraient être fournies.

Note 6 *J.-P. Sénéchal, L'acte notarié : une quasi-sûreté : Defrénois 1993, p. 1313*. L'acte notarié revêtu de la formule exécutoire constitue un titre exécutoire (CPCE, art. L. 111-3) autorisant le créancier à faire pratiquer des mesures conservatoires ou des saisies sur le patrimoine de son débiteur, sans avoir à obtenir un jugement à son encontre, ce qui permet de gagner du temps et de limiter les risques d'insolvabilité et de contestations - évincement du contentieux « *inestimable quand on connaît l'entrain procédurier des cautions personnes physiques appelées à honorer leurs engagements » (S. Cabrillac, Le cautionnement notarié : Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 56)*.

Note 7 *Cass. 2e civ., 13 oct. 2016, n° 15-25.049, inédit : JurisData n° 2016-021573.*

Note 8 Sur les mentions ad validitatem propres au cautionnement SSP et les limites à la liberté contractuelle qui en résultent, V. *M. Bourassin et V. Brémond, Droit des sûretés : Sirey, 7e éd., 2020, n° 201 s. et 247 s. et infra, n° 8 s.*

Note 9 *L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 60, 12°, relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « Loi Pacte » : JO 23 mai 2019, texte n° 2 ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 885, obs. Cl. Séjean-Chazal ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 887 ; JCP N 2019, n° 22-23, 1208.*

Note 10 *L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 60, relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « Loi Pacte » : JO 23 mai 2019, texte n° 2*.

Note 11 En s'inspirant par exemple du Code des obligations suisse (art. 493), qui requiert la forme authentique, à titre de validité, lorsque la caution est une personne physique.

Note 12 Dans les dispositions transitoires de l'ordonnance, il est précisé que les cautionnements conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, le 1er janvier 2022, « *demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* », sous réserve de l'application immédiate des articles 2302 à 2304 régissant les obligations d'information de certaines cautions.

Note 13 L'article 60, I, 13° de la loi Pacte a autorisé le Gouvernement à « *moderniser les règles du Code civil relatives à la conclusion par voie électronique des actes sous signature privée relatifs à des sûretés réelles ou personnelles afin d'en faciliter l'utilisation* », spécialement pour

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

accroître la rapidité et la fluidité des relations entre les banques et leurs clients, donc pour favoriser l'octroi de crédit (discussion du projet de loi Pacte devant l'Assemblée nationale, séance du 28 sept. 2018).

Note 14 Issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Note 15 Monopole déjà écorné par la loi Élan n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 ayant supprimé la mention manuscrite dans le cautionnement d'un bail d'habitation. V. *A. Gouëzel, Mention manuscrite et cautionnement d'un bail d'habitation : entre étonnement et interrogations : D. 2018, p. 2380. - Ch. Juillet, La fin de la mention manuscrite ad validitatem dans le cautionnement des dettes locatives (observations sur l'article 134 de la loi Élan) : RLDC 2019, n° 166.*

Note 16 *D. n° 71-941, 26 nov. 1971, mod. D. n° 2005-973 du 10 août 2005, art. 16 ; art. 20 relatif aux AAE à distance (l'une des parties est présente devant le notaire instrumentaire, l'autre se trouve aux côtés d'un notaire en participation, et les échanges s'opèrent via un système de visioconférence sécurisé) ; art. 20-1 relatif à la procuration notariée à distance, qui dispense de toute présence physique lors de sa réception (V. M. Bourassin, La consécration opportune et légitime de l'acte authentique avec comparution à distance : JCP N 2020, n° 51, 1257 ; La consécration de l'acte authentique avec comparution à distance limitée à la procuration notariée : JCP N 2021, n° 1, 1000).*

Note 17 *Sur la sécurité de l'AAE, V. 113e Congrès des notaires, Familles, solidarités, numériques. Le notaire au cœur des mutations de la société, 2017, p. 895 s. - Sur les atouts des différents actes authentiques à distance, V. 117e Congrès des notaires, Le numérique, l'Homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale, 2021 : https://rapport-congresdesnotaires.fr/2021-rapport-du-117e-congres/, n° 3-600 s.*

Note 18 *D. n° 71-941, 26 nov. 1971, mod. D. n° 2005-973 du 10 août 2005, art. 17 et 20 relatifs à la signature du notaire et 20-1 exigeant une signature électronique qualifiée de la part de l'auteur d'une procuration notariée à distance.*

Note 19 *PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 910/2014, 23 juill. 2014, art. 3.12 et 26 s., sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur : JOUE n° L 257, 28 août 2014, p. 73.*

Note 20 Article 1367, alinéa 2, du Code civil complété par le décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique.

Note 21 Sur la portée probatoire des différentes signatures électroniques, V. *117e Congrès des notaires, Le numérique, l'Homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale, 2021 : https://rapport-congresdesnotaires.fr/2021-rapport-du-117e-congres/, n° 3-200.*

Note 22 Est seule applicable l'exigence générale inscrite dans l'article 1367, alinéa 2, du Code civil, selon lequel « *lorsqu'elle est électronique, elle [la signature] consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ».

Note 23 *Commission parlementaire spéciale chargée d'examiner le projet de loi Pacte, séance du 7 septembre 2018.*

Note 24 Pour des propositions de sécurisation du recours aux signatures électroniques simples ou avancées, V. *3e comm. du 117e Congrès des notaires, Le numérique, l'Homme et le droit : JCP N 2021, suppl. au n° 42-43, p. 32-38.*

Note 25 *Cass. 1re civ., 17 mai 1972, n° 71-11.211 : Bull. civ. I, n° 132.*

Note 26 *Sur cet objectif, V. M. Bourassin, La sécurité juridique dans la réforme du droit du cautionnement, in Mél. B. Teyssié : LexisNexis, 2019, p. 939.*

Note 27 Conversion du cautionnement solidaire en cautionnement simple que la jurisprudence (depuis *Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699 : JurisData n° 2011-003162 ; Bull. civ. IV, n° 31 ; RD bancaire et fin. 2011, comm. 95, note A. Cerles ; JCP E 2011, 1270, note D. Legeais*) retenait jusqu'ici *contra legem.*

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

Note 28 À l'instar des articles 1376 du Code civil (preuve des actes et contrats unilatéraux sous signature privée) et L. 131-10 du Code monétaire et financier (montant du chèque), le nouvel article 2297 du Code civil précise qu'« en cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

Note 29 Cass. com., 20 mars 1990, n° 88-14.913 : JurisData n° 1990-700627 ; Bull. civ. IV, n° 83. - Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-12.446 : JurisData n° 1991-000216 ; Bull. civ. IV, n° 41. - Cass. 1re civ., 12 juill. 2007, n° 06-17.070, inédit : JurisData n° 2007-040162 ; RD bancaire et fin. 2007, comm. 182, note D. Legeais.

Note 30 Cass. 1re civ., 24 févr. 2004, n° 01-13.930 : JurisData n° 2004-022564 ; Bull. civ. I, n° 60 ; Contrats, conc. consom. 2004, comm. 100, note G. Raymond ; RD bancaire et fin. 2004, comm. 112, note D. Legeais.

Note 31 Cass. 3e civ., 9 juill. 2008, n° 07-10.926 : JurisData n° 2008-044784 ; Bull. civ. III, n° 124 ; JCP N 2008, n° 39, 1293, obs. Fr. Hébert ; JCP N 2008, n° 30-35, act. 579 ; Loyers et copr. 2008, comm. 181, note B. Vial-Pedroletti.

Note 32 Cette loi *(L. n° 2011-331, 28 mars 2011, de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées : JO 29 mars 2011, texte n° 1 ; JCP E 2011, act. 180)* a pareillement dispensé les actes sous signature privée contresignés par avocat de toute mention manuscrite exigée par la loi (*C. civ., art. 1374*).

Note 33 *Exceptio est strictissimae interpretationis.*

Note 34 *Rapp. n° 131, 2010-2011, sur le projet de loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques.*

Note 35 En ce sens, V. not. 94e Congrès des notaires : Le contrat, 1998, n° 2145 et s. - X. Meyer, La mention manuscrite et l'acte notarié : silence et certitude, Liber amicorum G. Daublon : Defrénois, 2001, p. 201. - S. Raby, La mention manuscrite et le cautionnement notarié : JCP N 2004, n° 52, 1608. - G. Rouzet, La mention manuscrite : une monstruosité juridique : Dr. & patr. 1995, n° 29, p. 46.

Note 36 *Cass. 1re civ., 9 juill. 2015, n° 14-21.763 : JurisData n° 2015-016740 ; Bull. civ. I, n° 834 (en l'espèce, le cautionnement SSP a été annulé, car la caution illettrée n'était pas le scripteur des mentions manuscrites portées sur l'acte, la banque en ayant demandé la rédaction à un tiers) ; JCP N 2015, n° 42-43, 1187, note J.-D. Pellier ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 240, note G. Raymond. - V. cependant, Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-15.617, inédit (en l'espèce, la caution « pratiquement analphabète » a été jugée en mesure de faire précéder sa signature de la mention manuscrite exigée par la loi, sans avoir à recourir à un acte authentique).*

Note 37 *Sur les contours de la vulnérabilité numérique et de l'illectronisme, V. 117e Congrès des notaires, Le numérique, l'Homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale, 2021 : https://rapport-congresdesnotaires.fr/2021-rapport-du-117e-congres/, n° 1-286 s.*

Note 38 *L. n° 94-126, 11 févr. 1994, art. 47, II, al. 1er, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle : JO 13 févr. 1994. - C. consom., art. L. 331-3 et L. 343-3 (ancien art. L. 341-5. - Pour une application de ce texte à un cautionnement recueilli par acte authentique, V. Cass. com., 6 juill. 2010, n° 08-21.760 : JurisData n° 2010-011188 ; Bull. civ. IV, n° 118 ; Rev. proc. coll. 2011, comm. 12, note N. Patureau et C. Perot-Reboul ; JCP N 2010, n° 41, 1322, note D. Legeais).*

Note 39 Commentaire accompagnant, dans l'avant-projet d'ordonnance publié sur le site du ministère de la Justice le 18 décembre 2020, la proposition d'abrogation de l'article 47, II, alinéa 1er, de la loi du 11 février 1994, qualifié d'« *inutile* » si le cautionnement est notarié ou contresigné par avocat *(www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-suretes-avant-projet-dordonnance-33667.html).*

Note 40 *Cass. 1re civ., 28 sept. 2004, n° 01-00.341, inédit.*

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

Note 41 *Cass. 1re civ., 7 nov. 2000, n° 98-13.432 : JurisData n° 2000-006734 ; Bull. civ. I, n° 277. - Cass. 1re civ., 6 mars 2001, n° 98-15.920 : JurisData n° 2001-008565 ; Bull. civ. I, n° 57 ; Loyers et copr. 2001, comm. 282, note B. Vial-Pedroletti ; RD bancaire et fin. 2001, comm. 106, note D. Legeais. - Cass. 1re civ., 8 déc. 2009, n° 08-17.531 : JurisData n° 2009-050704, inédit ; JCP N 2010, n° 10, 1119, note J.-P. Garçon ; RD bancaire et fin. 2010, comm. 55, note A. Cerles.*

Note 42 *Cass. 1re civ., 6 janv. 1994, n° 91-22.359 : JurisData n° 1994-000501 ; Bull. civ. I, n° 6. - Cass. 1re civ., 20 janv. 1998, n° 96-12.431 : JurisData n° 1998-000141 ; Bull. civ. I, n° 21. - Cass. 1re civ., 29 mai 2013, n° 12-21.781 : JurisData n° 2013-010743 ; Bull. civ. I, n° 110 ; JCP N 2014, n° 20, 1194, note Ph. Pierre ; JCP N 2013, n° 24-25, act. 670, obs. Ph. Pierre.*

Note 43 *Pour des propositions visant à sécuriser le contrôle des signatures électroniques, V. 117e Congrès des notaires, Le numérique, l'Homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale, 2021 : https://rapport-congresdesnotaires.fr/2021-rapport-du-117e-congres/ ; JCP N 2021, suppl. au n° 42-43, p. 32-38.*

Note 44 Selon le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance, « *la reprise de la mention qui figure aujourd'hui dans le Code de la consommation serait indiscutablement de nature à satisfaire cette exigence* ». Ceci nous paraît tout à fait discutable. *V. M. Bourassin, Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur : RDC déc. 2021, à paraître.*

Note 45 Sur le devoir de mise en garde du nouvel article 2299 du Code civil, V. not. *M. Blondel, La mise en garde de la caution enfin consacrée ? : LPA 30 nov. 2021, n° 6, p. 28 ; M. Bourassin, Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur : RDC déc. 2021, à paraître ; D. Legeais, La réforme du cautionnement : JCP E 2021, 1474.*

Note 46 *Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-21.150 : JurisData n° 2007-037915 ; Bull. civ. I, n° 115 ; RD bancaire et fin. 2007, comm. 108, note D. Legeais. - V. M. Latina et J.-F. Sagaut, Responsabilité du notaire en matière de sûretés : Defrénois 2011, art. 40001.*

Note 47 Ce nouveau texte (sur lequel, V. *not. M. Bourassin, Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur : RDC déc. 2021, à paraître ; D. Legeais, La réforme du cautionnement : JCP E 2021, 1474*), comme ceux du Code de la consommation auxquels il se substitue (*art. L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4*), vise tout cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel, sans s'attacher à sa forme SSP ou authentique, ce que justifie l'impératif de lutte contre le risque de surendettement, au soubassement de l'exigence de proportionnalité.

Note 48 *Direction des affaires civiles et du sceau, commentaire précité de l'avant-projet d'ordonnance du 18 décembre 2020.*

Note 49 Sur la sanction, de nature probatoire, de cette exigence imposée par l'ancien article 2292 du Code civil, *V. Cass. 1re civ., 25 mars 2020, n° 19-15.743, inédit.*

Note 50 Le plus souvent, le cautionnement figure dans le contrat garanti, dont il constitue l'accessoire, sans faire l'objet d'un acte notarié distinct. *En ce sens, A. Maurin, rapporteur du 110e Congrès des notaires, La pratique notariale du cautionnement : Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 64.*

Note 51 Pour une sanction de cette pratique, *V. Cass. 1re civ., 25 mars 2020, n° 19-15.743, inédit.* En revanche, « *l'intervention de la même personne dans un acte notarié en une double qualité, constatée par notaire, n'impose pas la nécessité d'une double signature* » *(Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-15.773, inédit : JurisData n° 2010-016809 ; JCP N 2011, n° 3, 1006, note J.-P. Garçon ; RD bancaire et fin. 2010, comm. 212, note D. Legeais).*

Note 52 *Cass.com., 14 déc. 1993, n° 91-17.928 : JurisData n° 1993-002703 ; Bull. civ. IV, n° 467.*

Note 53 *Cass. com., 29 juin 1982, n° 80-14.160 : JurisData n° 1982-701754 ; Bull. civ. IV, n° 258.*

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.

Note 54 *Cass. com., 13 janv. 1987, n° 84-14.146 : JurisData n° 1987-000288 ; Bull. civ. IV, n° 9.*

Note 55 Au risque que les contrats-types de cautionnement, en particulier ceux préétablis par les banques, ne comportent des clauses abusives qui pourraient entraîner l'inefficacité partielle de l'acte notarié les renfermant sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation ou de l'article 1171 du Code civil. Sur les clauses abusives en matière de cautionnement, *V. M. Bourassin et V. Brémond, Droit des sûretés : Sirey, 7e éd., 2020, n° 237 s. - A. Gouëzel, Sûretés et clauses abusives : RD bancaire et fin. 2017, étude 9, p. 31*.

Note 56 *V. supra n° 11 et 12.*

Note 57 Les précisions relatives aux effets de la solidarité seront particulièrement utiles en présence d'une caution n'agissant pas dans un cadre professionnel mais garantissant une dette commerciale. Effectivement, un tel cautionnement étant qualifié d'acte de commerce par le nouvel article L. 110-1, 11°, du Code de commerce, il est présumé solidaire, et le cautionnement notarié étant dispensé de la mention du nouvel article 2297 du Code civil, une telle caution n'a pas à écrire elle-même qu'elle se trouve privée des bénéfices de discussion et de division. Sur les nouveautés relatives au cautionnement commercial et au cautionnement solidaire, V. not. L. Aynès, Le nouveau cautionnement commercial : RLDA nov. 2021, n° 175 ; M. Bourassin, Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur : RDC déc. 2021, à paraître.

Note 58 Sur ce risque lié à la dispense du *« pensum de l'apposition d'une mention par [la caution] elle-même », V. S. Cabrillac, Le cautionnement notarié : Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 56.*

© LexisNexis SA

Copyright © 2022 LexisNexis. Tous droits réservés.