



**HAL**  
open science

## Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur. Revue des contrats, 2021. hal-03580551

**HAL Id: hal-03580551**

**<https://hal.science/hal-03580551v1>**

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.

**Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur**

Issu de Revue des contrats - n°04 - page 81

Date de parution : 08/12/2021

Id : RDC200i4

Réf : RDC déc. 2021, n° 200i4, p. 81

Auteur :

Manuella Bourassin, professeure agrégée à l'université Paris Nanterre, CEDCACE (EA 3457)

**Au regard des nouveaux textes issus de l'ordonnance du 15 septembre 2021 relatifs à la qualification du cautionnement, à son formalisme, à sa proportionnalité et à la mise en garde précontractuelle de la caution, une appréciation nuancée de la réforme s'impose. En effet, des clarifications, qui procèdent des précisions apportées aux critères de qualification du cautionnement, ainsi que de la suppression de règles de formation, légales ou prétoriennes, éminemment litigieuses, sont susceptibles de réduire les contestations du cautionnement et d'en renforcer l'efficacité. Cependant, l'ordonnance renferme aussi de nombreuses et diverses obscurités, ambiguïtés comme lacunes, qui risquent d'aviver le contentieux et de déjouer chacune des finalités de l'ordonnance.**

1. L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 réécrit en profondeur le droit du cautionnement, en particulier les règles relatives à sa qualification et à sa formation, qui suscitent depuis quelques décennies le plus grand nombre de litiges et menacent en conséquence, soit le paiement des créanciers, soit la sauvegarde des intérêts des cautions. En vue de remédier à ces facteurs de crise du cautionnement, le gouvernement a été autorisé en 2019 à réformer cette sûreté, qui ne l'a pas été en 2006<sup>1</sup> - « réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique »<sup>2</sup>. Au sujet de la qualification et de la formation du cautionnement, l'ordonnance du 15 septembre 2021 satisfait-elle ces objectifs de la loi d'habilitation, spécialement celui de sécurité juridique dont dépend en grande partie la réalisation des deux autres<sup>3</sup> ?

Avant de répondre à cette question en développant les contestations que les nouvelles dispositions ont des chances d'enrayer ou qu'elles risquent, à l'inverse, d'envenimer, il convient de préciser quels cautionnements profiteront ou pâtiront des probables évolutions du contentieux et des effets de celles-ci sur les droits des créanciers et des cautions.

2. Selon l'article 37 de l'ordonnance, la réforme entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022 et les cautionnements conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne<sup>4</sup>, « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ». Ces dernières précisions (calquées sur les règles transitoires de la réforme du droit des contrats<sup>5</sup>) lèvent le doute qui aurait pu s'instiller sur ces deux exceptions prétoriennes au principe de survie de la loi ancienne, en l'occurrence par l'éviction de ces cas d'application immédiate de la loi nouvelle aux effets à venir de contrats en cours<sup>6</sup>, ce qui préserve des hésitations, voire des contestations, qu'un silence sur ce point n'aurait pas manqué de provoquer. L'article 37 de l'ordonnance ne règle pas pour autant toutes les difficultés de droit transitoire. Ainsi, pendant fort longtemps, le contentieux portera-t-il sur les cautionnements conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2022 et sera sans doute âprement discutée à leur égard l'évolution du droit ancien sous l'influence du droit nouveau, à propos de laquelle les dispositions transitoires de la réforme sont muettes et qu'il appartiendra aux juges d'opérer ou non au cas par cas<sup>7</sup> (ce dont témoigne, depuis 2016, la jurisprudence portant sur le droit commun des contrats).

3. Envers les cautionnements conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, donc soumis à l'ordonnance, il faudra attendre plusieurs années pour mesurer, à l'aune des litiges qu'ils occasionneront, le niveau de réalisation des objectifs de sécurité juridique et de protection des intérêts respectifs des créanciers et des cautions. Dès à présent, au regard des nouveaux textes qui régissent la qualification du cautionnement, son formalisme, sa proportionnalité et la mise en garde précontractuelle de la caution, une appréciation nuancée de la réforme s'impose, tant elle renferme des clarifications (I) mais également des obscurités (II), les premières étant susceptibles de réduire les contestations du cautionnement et d'en renforcer l'efficacité, les secondes risquant, au contraire, d'aviver le contentieux et de déjouer chacune des finalités de l'ordonnance.

**I - Des clarifications**

4. En comparaison de l'ancien droit du cautionnement constitué des règles du Code civil de 1804, lacunaires par rapport à la pratique contemporaine de cette sûreté, ainsi que de textes spéciaux éparpillés et à l'origine d'une multitude de difficultés d'interprétation, et encore d'une jurisprudence pléthorique<sup>8</sup> et fluctuante, la réforme insufflé un regain de sécurité juridique. En effet, des clarifications procèdent, d'une part, des précisions que l'ordonnance apporte aux critères de qualification du cautionnement (A), et, d'autre part, de la suppression de règles de formation, légales ou prétoriennes, éminemment litigieuses (B).

**A - Précision des critères de qualification du cautionnement**

5. La qualification du cautionnement se trouve précisée dans la première section du chapitre du Code civil dédié à cette sûreté<sup>9</sup>, section dorénavant intitulée « Dispositions générales », qui contient de nouvelles définitions et classifications mettant en exergue les caractéristiques générales et distinctives du cautionnement et ses principales espèces.

6. Ainsi la réécriture de la définition du cautionnement, reprise de l'avant-projet de réforme de l'association Capitant<sup>10</sup>, souligne-t-elle davantage que la version originelle de l'article 2288 du Code civil les caractères conventionnel (« contrat »), unilatéral (« une caution s'oblige »), accessoire (en raison de l'unicité de la dette du débiteur et de la caution : « payer la dette du débiteur ») et subsidiaire (paiement<sup>11</sup> « en cas de défaillance de celui-ci ») du cautionnement<sup>12</sup>.

Le caractère conventionnel ressort aussi de la définition que le nouvel article 2289 donne du cautionnement « dit » légal ou judiciaire, puisque l'emploi de « dit » évoque « une commodité de langage et non une réalité juridique »<sup>13</sup> : même lorsqu'une loi ou une décision de justice subordonne l'exercice d'un droit ou la satisfaction d'une demande à la constitution d'un cautionnement, celle-ci nécessite toujours un contrat entre le créancier et la caution.

7. Le nouvel article 2290 distingue les cautionnements simple et solidaire<sup>14</sup>, puis les trois figures de la solidarité - « entre la caution et le débiteur principal, entre les cautions, ou entre eux tous ».

Les nouveaux articles 2291 et 2291-1 reconnaissent quant à eux deux espèces originales de cautionnement, la certification de caution (sans que cette dénomination ne soit employée<sup>15</sup>, il est rappelé qu'est ici garantie la dette de la caution envers le créancier) et le sous-cautionnement (il contre-garantit la dette du débiteur principal envers la caution de premier rang), ce qui est particulièrement opportun à l'égard de ce dernier, dont la pratique est fort répandue<sup>16</sup>.

8. Dans les nouvelles « dispositions générales » du Code civil relatives au cautionnement, la qualification de contrat civil ou commercial<sup>17</sup> n'est pas ajoutée, alors qu'elle l'était dans l'avant-projet de la Chancellerie du 18 décembre 2020<sup>18</sup>, qui retenait une qualification par voie accessoire, c'est-à-dire en fonction de la nature civile ou commerciale de la dette garantie. Cela aurait conduit à qualifier de civils des cautionnements jusqu'alors commerciaux, tels les très nombreux cautionnements bancaires de crédits immobiliers accordés à des particuliers. L'ordonnance évite cet inconvénient en ne consacrant pas de manière générale, dans le Code civil, la qualification par voie accessoire et en laissant subsister la commercialité par nature en présence d'une caution dont l'activité professionnelle a pour objet la fourniture de garanties<sup>19</sup>.

9. La réforme circonscrit en outre cette qualification dans l'article L. 110-1, 11°, du Code de commerce, en réputant commerciaux, « entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales »<sup>20</sup>. Ce nouveau cas de commercialité par nature est justifié par l'« objectif de bonne administration de la justice »<sup>21</sup>, en l'occurrence par unification du contentieux, dans la mesure où un même tribunal de commerce connaîtra des litiges portant sur la dette principale et sur le cautionnement qui la garantit.

10. Ces précisions devraient conduire les juges à délaisser le critère de l'intérêt personnel et patrimonial de la caution dans l'opération garantie, critère prétorien de commercialité<sup>22</sup> qui, depuis les années 1970, donne lieu à des solutions variables, surtout vis-à-vis des cautions vivant en couple avec le dirigeant de la société débitrice ou ayant la qualité d'actionnaire ou d'associé au sein de celle-ci<sup>23</sup>. Avec l'abandon de ce critère jurisprudentiel incertain et la création d'un nouveau cas légal de commercialité par nature, clair et facile à mettre en œuvre, la qualification de cautionnement commercial est rendue prévisible dans les circonstances précitées et se trouve conforté le caractère commercial des cautionnements fournis par les dirigeants, non-commerçants, de SA ou SARL débitrices principales. Le contentieux (fréquemment dilatoire) portant sur la qualification du cautionnement commercial devrait donc se réduire<sup>24</sup>.

Il est probable qu'une évolution semblable, conforme à l'impératif de sécurité juridique, résultera de la suppression de nombreuses règles de formation du cautionnement, qui ont suscité jusqu'à présent un abondant contentieux.

## **B – Suppression de règles de formation litigieuses**

11. Dans la section 2 du Code civil rebaptisée « De la formation et de l'étendue du cautionnement », sont rapatriées des conditions de formation jusqu'alors énoncées, soit par des textes spéciaux<sup>25</sup> (formalisme : C. civ., art. 2297 nouv. ; proportionnalité : C. civ., art. 2300 nouv.), soit uniquement par la jurisprudence (mise en garde : C. civ., art. 2299 nouv.). Cette (re)codification, qui permet au Code civil de redevenir le siège du droit commun du cautionnement et d'en faciliter l'accessibilité matérielle, n'est pas réalisée à droit constant, puisque l'ordonnance supprime diverses règles litigieuses, et fait donc œuvre de clarification, principalement au sujet du formalisme à titre de validité (1) et du devoir précontractuel de mise en garde (2)<sup>26</sup>.

### **1 – Au sujet du formalisme à titre de validité**

12. L'ordonnance unifie le formalisme *ad validitatem* en remplaçant sept articles du Code de la consommation relatifs aux mentions manuscrites<sup>27</sup> par l'article 2297 du Code civil, applicable aux personnes physiques qui se portent caution (y compris en garantie de dettes nées d'un bail d'habitation<sup>28</sup>) ou donnent mandat à cette fin<sup>29</sup>. Dans le nouvel article 2297, l'ordonnance clarifie la validité formelle du cautionnement en écartant plusieurs exigences sources d'innombrables contestations depuis une trentaine d'années<sup>30</sup>.

13. D'abord, est abandonné le binôme habituel du Code de la consommation « caution personne physique »/« créancier professionnel » par la suppression de toute référence à la qualité du créancier. Cette extension du formalisme concrétise l'objectif de protection des cautions personnes physiques ainsi que celui de sécurité juridique, car elle évitera des discussions sur le critère jurisprudentiel de qualification du créancier professionnel lié à l'existence ou non d'un rapport direct entre la créance garantie et l'une des activités professionnelles du créancier, principale ou secondaire<sup>31</sup>.

14. Ensuite, la rédaction de la mention afférente à l'objet et aux modalités de l'obligation de la caution n'est plus prédéterminée par la loi, comme l'était celle du Code de la consommation<sup>32</sup>, mais laissée à l'imagination des parties, sous réserve de quelques éléments prescrits par l'article 2297<sup>33</sup> : la mention devra préciser la qualité de caution de celui qui l'appose<sup>34</sup>, la ou les dette(s) garantie(s), le montant de l'engagement en chiffres et en lettres<sup>35</sup>, la subsidiarité du paiement de la caution par rapport à la défaillance du débiteur principal et, si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division par une clause expresse ou en conséquence du caractère solidaire de son obligation<sup>36</sup>, la reconnaissance qu'elle ne pourra « exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions »<sup>37</sup>. Si le contenu de la mention que la caution devra apposer elle-même est donc circonscrit par l'article 2297, sa formulation relève désormais de la liberté contractuelle.

15. L'abandon des mentions légales sacramentelles évitera les arguties tirées de différences souvent minimes avec les mots, la ponctuation, la présentation des mentions rédigées par la caution.

*Exit* notamment les contestations relatives à la durée du cautionnement, à propos de laquelle des arrêts de la Cour de cassation en 2017 ont soulevé des difficultés d'interprétation<sup>38</sup>, puisque l'article 2297 ne fait plus référence à cette durée, qui pourra donc être déterminée ou indéterminée<sup>39</sup>.

*Exit* aussi le risque de réduction de l'assiette de la garantie si la caution ne précise pas s'engager sur ses biens et ses revenus<sup>40</sup>, l'article 2297 ne reprenant pas cette précision rendue inutile par la nature personnelle de l'obligation de la caution.

*Exit* encore le contentieux portant sur la place respective des mentions et de la signature, voire du paraphe de la caution<sup>41</sup>, grâce au silence gardé par le nouveau texte sur ces éléments d'identification.

16. Enfin, la réforme clarifie la sanction de l'irrégularité de la mention affectant le seul caractère solidaire du cautionnement, c'est-à-dire si la mention ne précise pas les effets de la privation des bénéfices de discussion ou de division : l'article 2297 écarte la nullité du cautionnement au profit du maintien de ces moyens de défense. Autrement dit, une telle irrégularité conduit à requalifier un cautionnement solidaire en cautionnement simple. Alors que la Cour de cassation privilégie cette conversion par réduction depuis 2011, contre la lettre même des textes du Code de la consommation, les litiges sur cette question demeurent nombreux<sup>42</sup>. Ils prendront sûrement fin sous l'empire du nouvel article 2297.

D'autres contestations se trouvent neutralisées par l'ordonnance au sujet du devoir précontractuel de mise en garde.

### **2 – Au sujet du devoir précontractuel de mise en garde**

17. Le nouvel article 2299 du Code civil donne une assise légale au devoir de mise en garde de la caution créé en 2007 par la Cour de cassation<sup>43</sup> et lui apporte plusieurs modifications qui devraient permettre de limiter considérablement le contentieux pléthorique qu'il génère depuis une quinzaine d'années<sup>44</sup>.

18. D'abord, l'article 2299 modifie le champ d'application *ratione personae* du devoir de mise en garde en abandonnant la distinction prétorienne entre

les cautions averties ou non averties, distinction fort subjective et casuistique, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, sans que les cautions dirigeantes ne soient présumées averties<sup>45</sup>, ni les cautions entretenant un lien affectif avec le débiteur principal présumées non averties<sup>46</sup>. La réforme retient un critère objectif d'application de la mise en garde, celui de la personnalité physique de la caution<sup>47</sup>. Les contours en sont bien connus, puisque la qualité de « caution personne physique » figure dans plusieurs dispositions phares du Code de la consommation issues de la loi *Dutreil* de 2003<sup>48</sup> et que la Cour de cassation juge avec constance depuis le début des années 2010 que cette notion n'appelle pas de distinction entre les cautions averties ou non averties<sup>49</sup> et doit donc s'appliquer aux dirigeants ou associés de la société débitrice<sup>50</sup>. Il est permis de regretter que la réforme n'ait pas davantage tenu compte du cadre professionnel ou privé de l'engagement de la caution lorsqu'il s'agit d'appliquer des règles mettant en cause ses connaissances sur ledit engagement ou sur la situation du débiteur<sup>51</sup> (ce qui est le cas du devoir de mise en garde, mais aussi du formalisme informatif et des obligations d'information en cours d'exécution). Il est vrai cependant que la généralité et l'objectivité du critère de la personnalité physique ont « le mérite de tarir le contentieux relatif au caractère averti ou non de la caution »<sup>52</sup> et que les cautions dirigeantes profiteront rarement de la nouvelle protection légale, car il leur sera difficile d'établir un préjudice consécutif au défaut de mise en garde.

19. Ensuite, l'article 2299 modifie l'objet du devoir de mise en garde en le restreignant à l'inadaptation des capacités financières du débiteur principal à son engagement<sup>53</sup>, inadaptation qui accroît le risque de défaillance du débiteur et, par là même, celui d'appel en paiement de la caution. Ainsi l'ordonnance délaisse-t-elle la mise en garde tant sur l'absence de viabilité du projet financé par le crédit garanti<sup>54</sup> que sur la disproportion de l'engagement de la caution à ses facultés patrimoniales<sup>55</sup>. Cette dernière éviction empêchera de contester la disproportion du cautionnement sur le double fondement du devoir de mise en garde et de l'exigence de proportionnalité, deux moyens de défense qui se chevauchaient malencontreusement jusqu'alors<sup>56</sup>. La réforme les dissocie, ce qui simplifiera et clarifiera la défense des cautions, sans réduire leur protection<sup>57</sup>.

20. Enfin, l'article 2299 modifie la sanction du défaut de mise en garde : la responsabilité du créancier est écartée au profit d'une déchéance de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci. Cette déchéance libèrera la caution, sans l'intermédiation d'une compensation entre sa dette et celle de dommages et intérêts du créancier, qui suscite de longue date de sérieuses critiques<sup>58</sup>. Au demeurant, sur le plan procédural, l'abandon de la responsabilité civile est particulièrement simplificateur, car il évitera les variations sur la qualification de la prétention et les conséquences importantes en résultant en termes de prescription. Effectivement, depuis 2014, la Cour de cassation opère une distinction : si l'invocation du défaut de mise en garde tend seulement au rejet de la demande en paiement, il s'agit d'un moyen de défense au fond, sur lequel la prescription est sans incidence<sup>59</sup> ; si la responsabilité du créancier est invoquée aux fins d'allocation d'une indemnité au profit de la caution non mise en garde, il s'agit d'une demande reconventionnelle, dont la prescription court à compter du dommage ou de la date à laquelle il s'est révélé à la victime<sup>60</sup>. Avec la réforme, la qualification procédurale de l'invocation du défaut de mise en garde ne devrait plus être ainsi distinguée et discutée : la déchéance prévue par le nouvel article 2299 constitue un moyen de défense au fond imprescriptible<sup>61</sup>.

21. Un regain de sécurité juridique et de protection des parties au contrat de cautionnement est donc à attendre de la suppression par l'ordonnance de nombreuses règles de formation litigieuses. Ce satisfecit doit être relativisé compte tenu des obscurités qui fragilisent par ailleurs la réforme.

## II – Des obscurités

22. Les cautionnements conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022 seront certainement contestés sur le fondement des dispositions ambiguës de la réforme (A) et plus encore à cause des lacunes qu'elle occasionnera chez les parties et dont elle est elle-même marquée (B) – autant d'imperfections qui risquent de miner la sécurité juridique, l'efficacité du cautionnement et/ou la protection des cautions.

### A – Ambiguïtés

23. Plusieurs dispositions de l'ordonnance intéressant la formation du cautionnement sont susceptibles de recevoir plusieurs interprétations et d'entraîner, par conséquent, de nouveaux contentieux.

Tel est le cas de l'article 2299 du Code civil, qui comporte une ambiguïté quant à la déchéance du cautionnement en cas de défaut de mise en garde, plus précisément quant à la nature du « préjudice subi par la caution » qui en constitue l'étalon. S'agit-il d'une perte de chance (de ne pas contracter<sup>62</sup> ou d'éviter le risque qui s'est réalisé<sup>63</sup>, comme l'a retenu jusqu'ici la Cour de cassation) ou ce préjudice peut-il résider dans l'engagement même de la caution ? L'enjeu est de taille, puisque l'étendue de la sanction en dépend, en l'occurrence une déchéance partielle ou totale. Plusieurs arguments militent en faveur d'une sanction limitée à la perte de chance éprouvée par la caution : l'incertitude entourant la force de persuasion d'une mise en garde ; la préservation d'une partie de l'efficacité du cautionnement ; la continuité par rapport au droit (jurisprudentiel) antérieur, soulignée dans le rapport au président de la République. Le doute demeure toutefois, car la perte de chance de ne pas contracter figurait dans l'avant-projet de la Chancellerie de 2020 mais elle a finalement été écartée par les auteurs de l'ordonnance. L'étendue de la déchéance du cautionnement pour défaut de mise en garde sera donc probablement discutée dans les années à venir<sup>64</sup>.

24. À propos du formalisme *ad validitatem* du cautionnement, la réforme est également équivoque. Il existe une ambiguïté relativement à la couverture des accessoires de la dette principale. Le nouvel article 2295 du Code civil prévoit que, « sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie » ; il s'en déduit que la couverture des accessoires est présumée (principe justifié par l'accessorité du cautionnement). Cependant, selon le nouvel article 2297, la caution personne physique doit apposer une mention indiquant qu'elle s'engage « dans la limite d'un montant en principal et accessoires ». Or la référence aux accessoires dans les textes du Code de la consommation relatifs à la mention manuscrite est interprétée par la Cour de cassation comme excluant leur couverture s'ils ne figurent pas dans ladite mention<sup>65</sup>. Le hiatus entre les deux nouveaux textes continuera d'alimenter ce type de contentieux.

25. De plus, l'article 2297 est source de contestations en ce qu'il laisse désormais la place à l'imagination des parties dans la rédaction de la mention. S'il est vrai que l'abandon de la mention prédéterminée par la loi neutralise des chicanes<sup>66</sup>, l'absence de mention légale sacramentelle risque de faire naître un nouveau contentieux sur la suffisance ou non de la mention apposée par la caution pour qu'elle ait connaissance de la nature et de la portée de son engagement. Certes, l'article 2297, pris à la lettre, n'impose pas que la mention exprime « de façon explicite et non équivoque »<sup>67</sup> cette connaissance, mais son esprit y invite, puisque le formalisme dont il s'agit est de type informatif. Dès lors, comme l'a relevé le rapport au président de la République, « en cas de contestation, il appartiendra au juge d'apprécier le caractère suffisant de la mention ». De nouvelles jurisprudences, peut-être plus imprévisibles que celles que l'on a connues jusqu'à présent, pourraient se développer sur cet aspect nodal de la formation du cautionnement.

Des craintes similaires naissent des différentes lacunes que l'on peut reprocher à l'ordonnance.

### B – Lacunes

26. Deux types de lacunes caractérisent le nouveau droit du cautionnement : des lacunes par manque de connaissance de la réforme chez les créanciers désormais visés (1) et des lacunes procédant des silences qu'elle garde sur des qualifications ou des conditions de formation du cautionnement (2). À n'en pas douter, les unes et les autres se traduiront par des contestations qui pourraient compromettre l'efficacité de la réforme et de la sûreté.

## 1 – Ignorance de la réforme

27. Pour renforcer la protection des cautions personnes physiques, l'ordonnance élargit le domaine d'application de deux règles de formation en y soumettant davantage de créanciers<sup>68</sup>, au risque que certains ignorent cette évolution et qu'en découlent des manquements susceptibles de compromettre partiellement voire totalement leur paiement.

28. Il en va ainsi au sujet du devoir de mise en garde, que le nouvel [article 2299 du Code civil](#) fait peser sur tous les créanciers professionnels, alors que la jurisprudence l'imposait aux seuls établissements bancaires et assimilés. Cette extension, qui jouera notamment dans le cadre des crédits inter-entreprises, risque d'être méconnue des créanciers agissant dans un cadre professionnel, mais dont l'activité n'est pas principalement tournée vers l'octroi de crédits et la prise de garanties, comme un fournisseur ou un distributeur. De surcroît, de tels créanciers ont une connaissance moins précise des capacités financières du débiteur que les établissements auprès desquels sont ouverts les comptes de celui-ci. Ils auront dès lors plus de difficultés à apprécier une éventuelle inadaptation entre l'engagement du débiteur et ses capacités financières, partant à mettre en garde la caution personne physique, qui ne se privera certainement pas d'invoquer un manquement et la déchéance subséquente.

29. Le risque d'inefficacité du cautionnement par ignorance de la réforme est plus important encore au sujet du formalisme à titre de validité, puisque le nouvel [article 2297](#) y soumet tout cautionnement souscrit par une personne physique, quelle que soit la qualité du créancier. Il est à craindre que les exigences relatives à la mention que doit apposer la caution<sup>69</sup> ne soient ni connues ni respectées en présence de créanciers n'agissant pas dans le cadre de l'une de leurs activités professionnelles, tels les bailleurs non institutionnels (rappelons que l'ordonnance soumet le bail d'habitation au formalisme de droit commun). Les litiges sur la validité formelle du cautionnement pourraient trouver là un nouveau terrain d'élection.

D'autres contentieux, tout aussi nuisibles à la sécurité juridique et économique qui devrait entourer le cautionnement, naîtront à coup sûr d'un second type de lacunes, à savoir les silences de la réforme sur plusieurs difficultés pratiques majeures.

## 2 – Silences de la réforme

30. Les précisions apportées par l'ordonnance aux critères de qualification du cautionnement sont bienvenues<sup>70</sup> mais insuffisantes. D'abord, il est regrettable que la distinction du cautionnement simple ou solidaire ne s'accompagne d'aucune indication sur la source de ces modalités : le nouvel [article 2290](#) ne rappelle pas qu'une stipulation expresse est nécessaire si le cautionnement est civil<sup>71</sup> ; l'ordonnance n'évoque pas davantage la présomption simple de solidarité en matière commerciale, ni pour la consacrer, ni pour la tempérer<sup>72</sup>. Ensuite, les nouveaux textes ne mettent pas en lumière la spécificité de la solidarité dans les rapports entre la caution et le débiteur principal : ici, la solidarité n'explique pas l'obligation à la totalité de la dette de chacun d'eux<sup>73</sup>, car cette obligation résulte de l'adjonction de la dette de la caution, simple comme solidaire, à celle du débiteur principal ; la solidarité entre la caution et le débiteur n'a pas non plus pour effet de libérer ce dernier lorsque la caution l'est elle-même, puisqu'en matière de cautionnement la solidarité joue à sens unique. Enfin, la réforme ne tranche pas la question de l'application ou non des effets secondaires de la solidarité (l'effet collectif, notamment, d'une mise en demeure ou de l'autorité de la chose jugée), alors que l'avant-projet de la Chancellerie de décembre 2020 avait envisagé de les évincer en prévoyant que « la solidarité entre la caution et le débiteur a pour seul effet de priver la première du bénéfice de discussion ». En dehors de la privation des bénéfices de discussion et de division ([C. civ., art. 2305](#) nouv. et [C. civ., art. 2306](#) nouv.), le silence finalement gardé par la réforme sur la nature et le régime du cautionnement solidaire continuera d'alimenter des interrogations et sans doute également des contestations.

31. Des lacunes sont par ailleurs à déplorer au sujet de la qualification de cautionnement civil ou commercial<sup>74</sup>. Effectivement, l'ordonnance ne précise pas la nature du cautionnement garantissant une dette civile. Sans doute sera-t-il qualifié de civil sur le fondement d'une interprétation *a contrario* du nouvel [article L. 110-1, 11°](#), du Code de commerce<sup>75</sup>, sauf à ce que soient remplies les conditions d'une commercialité par nature ou par la forme, mais ces solutions, seulement implicites, seront vraisemblablement discutées, surtout si elles devaient conduire à une dualité de compétence juridictionnelle (par exemple, si un cautionnement conclu entre deux commerçants garantit une dette civile<sup>76</sup>). Est également laissée dans l'ombre la qualification du cautionnement souscrit en couverture d'un acte mixte. Dès lors que le nouveau cas de commercialité par nature de l'[article L. 110-1, 11°](#), du Code de commerce repose sur la nature de la dette principale, il serait cohérent que la qualification de l'acte mixte vis-à-vis du débiteur garanti préside à la qualification du cautionnement. Toutefois, on sait à quel point la logique ne suffit pas à dissuader les cautions d'élever des contestations leur permettant, *a minima*, de retarder leur paiement.

32. Un nouveau contentieux relatif à la qualification du cautionnement est d'autant plus envisageable que la réforme étend la commercialité en direction des cautions personnes physiques non averties garantissant, dans un cadre non professionnel, une dette commerciale<sup>77</sup> et les soumet conséquemment à des règles moins protectrices. Certes, en présence de telles cautions, la réforme entrave la clause compromissoire ([C. com., art. L. 721-3](#) nouv., dernier al.<sup>78</sup>). En revanche, elle n'empêche nullement le jeu de la présomption de solidarité, que la coutume attache aux actes de commerce quelle que soit la qualité des parties. Il est vrai que cette présomption se trouvera paralysée si la caution personne physique n'appose pas une mention qui en détaille les effets relativement à la privation des bénéfices de discussion et de division ([C. civ., art. 2297](#) nouv.<sup>79</sup>). Il importe cependant de relever qu'une telle mention n'a pas à figurer dans un cautionnement établi par acte notarié<sup>80</sup> ou par acte sous signature privée contresigné par avocat ([C. civ., art. 1369](#) et [C. civ., art. 1374](#)) ; ces professionnels devront donc veiller à informer les cautions garantissant des dettes commerciales des caractères commercial et solidaire de leur engagement afin de combler les silences de la réforme sur ces qualifications.

33. D'autres lacunes concernent des règles de formation du cautionnement. Il en va ainsi de l'[article 2300 du Code civil](#) relatif à la disproportion manifeste du cautionnement conclu entre un créancier professionnel et une caution personne physique par rapport aux revenus et au patrimoine de celle-ci, lors de la souscription de son engagement. Ce texte ne précise pas s'il appartient au créancier professionnel de procéder lui-même à des investigations sur la solvabilité de la caution ou s'il peut se contenter des déclarations qu'elle lui fournit. Cette seconde interprétation devrait être privilégiée, non seulement parce qu'elle s'inscrit dans le prolongement du droit positif<sup>81</sup>, mais aussi afin de dissuader les cautions de faire preuve de déloyauté au moment de remplir les fiches de renseignements patrimoniaux. Nul doute néanmoins que, dans le silence de la loi, la détermination des éléments d'appréciation de la disproportion continuera d'occasionner de nombreux litiges.

34. Un nouveau contentieux portera aussi sans aucun doute sur la sanction de la disproportion. À ce sujet, le nouvel [article 2300](#) apporte deux modifications au droit antérieur<sup>82</sup>. D'une part, il évince la décharge totale de la caution et l'effet d'aubaine qu'elle lui procure, au profit d'une sanction moins radicale et excessive : la réduction du cautionnement au « montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager » *ab initio*. D'autre part, l'objectif d'équilibre entre l'efficacité du cautionnement et la protection de la caution personne physique, inscrit dans la loi d'habilitation, a conduit le gouvernement à supprimer l'exception de retour à meilleure fortune lors de l'appel en paiement. Selon le rapport au président de la République, ces modifications permettent de « maintenir le caractère dissuasif » de l'exigence de proportionnalité. Il est permis d'en douter tant « les créanciers n'auront plus grand intérêt à prendre le soin d'adapter l'engagement de la caution à sa situation financière. Les cautionnements disproportionnés risquent donc de se multiplier »<sup>83</sup> et d'entraîner un accroissement du contentieux<sup>84</sup>. Immanquablement, des débats seront alors engagés sur l'étendue de la réduction (ce qu'évitait la sanction par une déchéance totale), c'est-à-dire sur le montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager lors de la conclusion du contrat. En l'absence de *ratio* légal d'endettement ou de seuil légal de disproportion<sup>85</sup>, l'appréciation souveraine de l'étendue de la sanction par les juges du fond rend tout à fait imprévisible l'(in)efficacité de la contestation du cautionnement sur le fondement d'une disproportion. Il est certain en revanche que ce moyen de défense, dont l'appréciation n'est pas précisée par le nouvel [article 2300 du Code civil](#), ne connaîtra pas une décréue une fois celui-ci en vigueur<sup>86</sup>.

35. À toutes les sources de contestations maintenues voire accrues par la réforme, s'ajoutera certainement un contentieux inédit relatif à la dématérialisation du cautionnement<sup>87</sup>. À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, les cautionnements sous seing privé pourront être conclus par voie électronique, y compris en dehors de tout cadre professionnel, et ce en conséquence de l'abrogation du 2<sup>e</sup> de l'article 1175 du Code civil<sup>88</sup>, ainsi que de la suppression du caractère manuscrit de la mention requise *ad validitatem* – le nouvel article 2297 du Code civil se contente d'une mention apposée par la caution personne physique « elle-même »<sup>89</sup>. L'ordonnance n'entoure d'aucun garde-fou spécifique cette dématérialisation<sup>90</sup>, ni quant à l'identification de l'auteur de la mention électronique et sa correspondance avec la personne qui appose la signature électronique, ni quant au niveau de sécurité de celle-ci<sup>91</sup>, et pas davantage relativement à la compréhension des outils numériques<sup>92</sup>. À défaut d'un cadre légal spécialement contraignant, il y a fort à parier que le cautionnement en ligne se répandra rapidement, en même temps que des pratiques discutables (comme le recours à la fonction « copier-coller » pour apposer la mention du nouvel article 2297 ou l'usage de signatures électroniques simples ou avancées<sup>93</sup>), qui pourraient alimenter de nouveaux litiges (que ce soit sur la compréhension de l'engagement souscrit ou l'identité de la prétendue caution) et compromettre chacune des finalités de la réforme du cautionnement.

36. Reste dès lors à espérer qu'avant le développement de contentieux qui menaceront la sécurité juridique, l'efficacité du cautionnement et la sauvegarde des intérêts des cautions, les diverses ambiguïtés et lacunes de l'ordonnance feront l'objet de modifications interprétatives ou substantielles dans une prochaine loi de ratification.

## NOTES DE BAS DE PAGE



<sup>1</sup> – P. Simler, « Une occasion manquée pour le cautionnement », JCP N 2016, n° 12, 1109.

<sup>2</sup> – L. n° 2019-486, 22 mai 2019, dite loi *PACTE*, art. 60.

<sup>3</sup> – Sur les qualités formelles du droit des garanties personnelles nécessaires pour améliorer la rationalité des choix des créanciers et conforter la réalisation de la finalité de la sûreté, v. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, 2006, LGDJ, n°s 177 et s. ; M. Bourassin, « La sécurité juridique dans la réforme du droit du cautionnement », in *Mélanges réalisés en l'honneur de Bernard Teyssié* 2019, LexisNexis, p. 939.

<sup>4</sup> – Cependant, sont déclarés immédiatement applicables aux cautionnements (ainsi qu'aux sûretés réelles pour autrui) conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2022 les nouveaux articles 2302 à 2304 du Code civil relatifs à l'information des garants en cours d'exécution.

<sup>5</sup> – Article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, complété par l'article 16 de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018.

<sup>6</sup> – Ne seront donc pas applicables aux cautionnements conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2022 les nouvelles règles formant le statut légal du cautionnement (par exemple, l'article 2305-1 du Code civil, qui assouplit les conditions d'exercice du bénéfice de discussion). Quant aux nouveaux articles d'ordre public relatifs à la formation du contrat de sûreté (comme les articles 2297 et 2300 du Code civil gouvernant le formalisme et la proportionnalité du cautionnement), leur application aux cautionnements conclus avant leur entrée en vigueur se heurte au principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle (C. civ., art. 2), auquel les juges ne sauraient déroger.

<sup>7</sup> – Voici quelques exemples d'évolutions de l'interprétation du droit ancien, voire de revirements, qui pourraient être plaidés au sujet de cautionnements conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, en s'inspirant de celle-ci : qualification fondée sur le caractère accessoire du cautionnement et non plus sur l'intérêt patrimonial que la caution retire de l'opération garantie (v. *infra* n°s 8 à 10) ; validité du cautionnement en dépit de l'absence d'indication de sa durée dans la mention manuscrite (v. *infra* n° 15) ; application du devoir de mise en garde à toutes les cautions personnes physiques, même averties, mais rejet en cas de silence gardé par le créancier sur la disproportion du cautionnement (v. *infra* n°s 18 et 19) ; opposabilité par la caution de toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur, qu'elles soient personnelles ou inhérentes à la dette (à l'instar du nouvel article 2298 du Code civil) ; application aux sûretés réelles pour autrui de certaines protections accordées aux cautions (telles celles listées par le nouvel article 2325 du Code civil).

<sup>8</sup> – Étude d'impact accompagnant le projet de loi *PACTE*, p. 217 : « La recherche par NAC (base du ministère de la Justice) fait ressortir entre 4 500 et 4 800 demandes par an en première instance, uniquement TGI et TI, relatives à un cautionnement entre 2013 et 2016. Ce contentieux donnerait lieu à environ 6 000 décisions par an en première instance entre 2013 et 2016 si on inclut TI, TGI et tribunaux de commerce (6 314 décisions en 2016) ».

<sup>9</sup> – Dans les sections suivantes, d'autres qualifications se font jour. Celle relative à la couverture de dettes présentes ou futures (art. 2292 et 2316 à 2318) et celle reposant sur la durée déterminée ou indéterminée de l'obligation de la caution (art. 2315) sont consacrées par la réforme sans que des définitions n'en soient fournies, certainement parce que ces distinctions procèdent du droit commun des contrats (art. 1163 et 1211). L'ordonnance maintient par ailleurs la distinction tenant à l'objet de l'obligation de la caution – propre à celle-ci ou emprunté à l'obligation principale (art. 2296, al. 2) – sans que le cautionnement ne soit alors qualifié de « défini » ou « indéfini » (anc. art. 2293). L'abandon de cette terminologie est bienvenu car l'adjectif « indéfini » est confondu, souvent à tort, avec « illimité ».

<sup>10</sup> – <https://lext.so/qHAVbn>.

<sup>11</sup> – Au sens général d'« exécution volontaire de la prestation due » (C. civ., art. 1342), puisque l'obligation de la caution n'est pas nécessairement monétaire bien qu'elle le soit le plus souvent.

<sup>12</sup> – En revanche, contrairement à ce qu'affirme le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance (JO, 16 sept. 2021), le caractère bipartite du cautionnement ne ressort pas clairement du nouvel article 2288, alinéa 2, selon lequel le cautionnement « peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu ». En effet, cette disposition ne souligne pas suffisamment la qualité de tiers du débiteur principal dans l'hypothèse la plus fréquente, celle dans laquelle il est à l'origine de la demande de cautionnement.

<sup>13</sup> – J.-D. Pellier, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 1) : le cautionnement (dispositions générales) », Dalloz actualité, 20 sept. 2021.

<sup>14</sup> – Sur l'insuffisance de cette distinction, v. *infra* n° 30.

<sup>15</sup> – Ce qui est fâcheux, puisque « rien n'est en effet plus utile que la possibilité d'identifier une situation juridique par une dénomination, spécialement lorsqu'un risque de confusion existe » (P. Simler, « Réforme du cautionnement », JCP C 2021, 3 ; adde G. Piette, « Le cautionnement personnel », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, 2019, Institut universitaire Varenne, p. 55).

<sup>16</sup> – Compte tenu de l'importance pratique du sous-cautionnement, son régime aurait mérité d'être détaillé au-delà du seul octroi à la sous-caution du bénéfice de l'information annuelle et de l'information sur la défaillance du débiteur principal (nouvel article 2304), en particulier quant aux exceptions opposables à la caution de premier rang et aux recours de la sous-caution.

<sup>17</sup> – Sur les critères et les enjeux de cette qualification, v. not. D. Legeais, « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, 2008, Economica, p. 237 ; M.-P. Dumont, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 72.

<sup>18</sup> – <https://lext.so/2o1BbC>.

<sup>19</sup> – Opération de banque visée par l'article L. 110-1, 7°, du Code de commerce, qui liste les actes de commerce par nature.

À l contraire, l'avant-projet de réforme de l'association Capitant susmentionné proposait de faire reposer la qualification sur la qualité de la caution : « Le cautionnement par un non-commerçant d'une dette commerciale est civil ».

21 – Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés : JO, 16 sept. 2021.

22 – Cass. com., 7 juill. 1969 : Bull. civ. IV, n° 262 : « Si le cautionnement est par sa nature un contrat civil, il devient un contrat commercial lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle il est intervenu ».

23 – Sur ce contentieux, v. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, Sirey, n° 114.

24 – Pour ces raisons, la réforme est saluée par la doctrine (v. not. A. Aynès, « Réforme du droit du cautionnement : constance et simplification », SNH 11 oct. 2021, n° 32, p. 2 ; B. Dondero, « L'impact de la réforme du droit des sûretés sur les sociétés », JCP E 2021, 1459 ; P. Simler, « Réforme du cautionnement », JCP G 2021, 3 ; J.-D. Pellier, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 1) : le cautionnement (dispositions générales) », Dalloz actualité, 20 sept. 2021). Cependant, à d'autres égards, la qualification de cautionnement civil ou commercial se trouve obscurcie par l'ordonnance : v. *infra* n°s 31 et 32.

25 – Des réformes partielles du droit du cautionnement en ont déplacé le centre de gravité vers le Code de la consommation (après les lois *Neiertz* n° 89-1010 du 31 décembre 1989 et *Dutreil* n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003) et des lois non codifiées relatives notamment à l'entreprise individuelle (loi n° 94-126 du 11 février 1994 ou loi *Madelin*) ou au bail d'habitation (loi n° 89-462 du 6 juillet 1989). Sur ce mouvement, v. M. Bourassin, « La spécialisation du droit des sûretés personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs », RIDC 2-2014, p. 433 ; P. Delebecque, « Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement ? », RJ com. 2004, p. 226 ; D. Houtcieff, « Le droit des sûretés hors le Code civil », LPA 22 juin 2005, p. 7 ; D. Legeais, « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », JCP E 2003, 1433.

26 – S'agissant de la règle de proportionnalité, le nouvel article 2300 du Code civil supprime l'exception de retour à meilleure fortune, qui suscite quelques difficultés d'interprétation (sur lesquelles, v. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, Sirey, n°s 274 et 275). Cependant, il risque surtout de causer de nouveaux litiges par le silence gardé sur les éléments d'appréciation d'une disproportion manifeste : v. *infra* n°s 33 et 34.

27 – Sont abrogés, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, les articles L. 314-15, L. 314-16, L. 341-51-1, L. 331-1, L. 331-2, L. 343-1 et L. 343-2 du Code de la consommation.

28 – À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 ne renfermera plus un formalisme spécifique, mais renverra à l'article 2297 du Code civil.

29 – Conformément au principe du parallélisme des formes, l'article 2297, alinéa 3, soumet le mandat consenti par une personne physique aux mêmes conditions de forme que le cautionnement lui-même.

30 – Sur ce contentieux, v. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, Sirey, n°s 247 et s.

31 – Sur ce critère de qualification du « créancier professionnel », v. not. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2009, n° 08-15910 : Bull. civ. I, n° 173 – Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26630 : Bull. civ. IV, n° 2 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 sept. 2014, n° 13-19426, D ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 oct. 2014, n° 13-20919, D ; Cass. com., 27 sept. 2017, n° 15-24895, PB ; Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-13532, D.

32 – Selon le rapport au président de la République, « la reprise de la mention qui figure aujourd'hui dans le Code de la consommation serait indiscutablement de nature à satisfaire » le formalisme du nouvel article 2297 du Code civil. Cette affirmation peine à convaincre tant les termes employés dans le Code de la consommation sont ambigus et litigieux et tant la réforme s'en éloigne, à juste titre.

33 – Le contenu légal en cause limite le risque qu'une mention prédéterminée par le créancier ne contribue à qualifier le cautionnement de contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du Code civil. Quand bien même cette qualification serait retenue, la mention apposée par la caution ne devrait pas tomber sous le coup des articles L. 212-1 du Code de la consommation ou 1171 du Code civil relatifs aux clauses abusives car, d'après ces textes, l'appréciation du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ne peut porter sur « l'objet principal du contrat ». Or tel est justement le contenu de la mention imposée par le nouvel article 2297 du Code civil.

34 – Cette précision est particulièrement utile dans l'hypothèse, fréquente en pratique, où le crédit accordé à une société et son cautionnement sont établis sur un même *instrumentum* et où la caution dirigeante signe une seule fois cet acte. En effet, à défaut de mention de la qualité de caution, la signature reflète alors uniquement la qualité de représentant légal de la société débitrice et le cautionnement se trouve privé de toute efficacité (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 2020, n° 19-15743, D).

35 – Ce que n'imposaient pas les dispositions du Code de la consommation (Cass. com., 18 janv. 2017, n° 14-26604, PB). L'article 2297 précise, 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), qu'« en cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

36 – C. civ., art. 2305 nouv. et C. civ., art. 2306 nouv. Sur les difficultés soulevées par la présomption de solidarité en matière commerciale, v. *infra* n° 32.

37 – Formulation de l'article 2297 dont la clarté justifie, nous semble-t-il, une reprise *expressis verbis*.

38 – Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-10504, PB et Cass. com., 13 déc. 2017, n° 15-24294, PB : v. M. Bourassin, « Mention manuscrite de la durée du cautionnement : *vade-mecum* », Gaz. Pal. 27 févr. 2018, n° 314v5, p. 49.

39 – Si le cautionnement ne stipule pas de terme extinctif, ni dans la mention apposée par la caution, ni dans le reste de l'acte, il peut être résilié par celle-ci à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable (C. civ., art. 1211 et C. civ., art. 2315).

40 – V. not. Cass. com., 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 12-20278 : Bull. civ. IV, n° 143 – Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-16989, D.

41 – V. not. Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-24698, D ; Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-25887, D ; Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-13577 : Bull. civ. I, n° 132 – Cass. com., 28 juin 2016, n° 13-27245, D ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-19543, PB ; Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-24637, D ; Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-11825, D ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janv. 2020, n° 18-14860, D.

42 – V. not. Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10699 : Bull. civ. IV, n° 31 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 oct. 2013, n° 12-17858, D ; Cass. com., 20 juin 2018, n° 16-15130, D ; Cass. com., 14 nov. 2019, n° 18-15468, D.

43 – Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19727 : Bull. civ. IV, n° 31.

44 – Sur ce contentieux, v. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, Sirey, n°s 163 et s.

45 – V. not. Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20216, PB ; Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12723, PB ; Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-18130, D.

46 – V. not. Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-25920, D ; Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-27651, D ; Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-17450, D.

Par rapport à la jurisprudence antérieure, la protection des cautions se trouve accrue, sauf à l'égard des personnes morales comme une SCI familiale, une SNC (v. not. [Cass. com., 11 avr. 2018, n° 15-27133, PB](#) ; [Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 sept. 2019, n° 18-15398, PB](#)).

48 - L. n° 2003-721, 1<sup>er</sup> août 2003, pour l'initiative économique. Cette loi a inscrit dans le Code de la consommation plusieurs règles applicables aux cautionnements conclus entre une caution personne physique et un créancier professionnel (mentions manuscrites, proportionnalité, obligations d'information en cours de vie du cautionnement).

49 - V. not. [Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-69203, D](#) et [Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-16355, D](#) (au sujet de l'exigence de proportionnalité) ; [Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26630](#) : [Bull. civ. IV, n° 2](#) (au sujet de la mention manuscrite).

50 - [Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 mars 2012, n° 09-12246](#) : [Bull. civ. I, n° 53](#) (au sujet de la mention manuscrite).

51 - Sur les propositions que nous avons développées en ce sens, v. not. M. Bourassin, « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, 2019, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 99 ; M. Bourassin, « La rationalisation du droit du cautionnement », *RD bancaire et fin.* 2016, dossier 3, p. 88 ; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, 2006, LGDJ, n<sup>os</sup> 890 et s. ; *adde* D. Houtcieff, « Le dirigeant caution personne physique, cet oublié », *RLDA 2021/175, suppl.*, p. 6, qui regrette l'indifférence de la réforme à l'égard de la caution dirigeante.

52 - A. Aynès, « Réforme du droit du cautionnement : constance et simplification », *SNH* 11 oct. 2021, n° 32, p. 2. *Contra*, en faveur du maintien de la distinction entre cautions averties et non averties, à la condition de définir les critères d'identification de ces cautions, v. M. Blondel, « La mise en garde de la caution enfin consacrée ? », *LPA 30 nov. 2021, n° 201f3*, p. 28.

53 - V. not. [Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-16790, PB](#) ; [Cass. com., 7 févr. 2018, n° 16-18701, D](#) ; [Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-16280, D](#) ; [Cass. 1<sup>er</sup> civ., 16 mai 2018, n° 17-16782, D](#) ; [Cass. com., 11 mars 2020, n° 19-11151, D](#) ; [Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2020, n<sup>os</sup> 18-24435 et 18-24436, D](#) ; [Cass. com., 21 oct. 2020, n° 18-25205, PB](#).

54 - V. not. [Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-14915, PB](#).

55 - V. not. [Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 nov. 2015, n° 14-21725](#) : [Bull. civ. I, n° 430](#).

56 - V. C. Albiges, « Brèves remarques sur le devoir de mise en garde de la caution et l'exigence de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, 2018, LGDJ, p. 1 ; F. Binois, « Pour une autre définition du devoir de mise en garde en droit des sûretés », *LPA 30 janv. 2020, n° 150k4*, p. 10 ; A. Gouëzel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678 ; F. Juredieu, « L'articulation de la proportionnalité en droit du cautionnement », *RLDC 2017/148*, p. 19 ; D. Legeais, « Proportionnalité et cautionnement ou l'histoire de deux parallèles qui se croisent », *BICC* 15 oct. 2013. *Contra* : M. Blondel, « La mise en garde de la caution enfin consacrée ? », *LPA 30 nov. 2021, n° 201f3*, p. 28, qui défend l'intérêt du devoir de mise en garde en présence d'une inadéquation du cautionnement aux facultés de paiement de la caution.

57 - Sur la confrontation du nouvel article 2299 du Code civil aux autres mécanismes de protection des cautions, v. D. Legeais, « Le devoir de mise en garde », *RD bancaire et fin.* 2022, à paraître.

58 - V. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémont, « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants ? », *RTD com.* 1999, p. 327.

59 - [Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-21036, D](#) ; [Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-21341, D](#) ; [Cass. 1<sup>er</sup> civ., 21 mars 2018, n° 16-10655, D](#) ; [Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 oct. 2018, n° 17-15601, D](#).

60 - [Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 nov. 2018, n° 17-20707, D](#) ; [Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2019, n° 17-26227, D](#) ; [Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 juin 2019, n° 18-13226, D](#) ; [Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2020, n° 18-24339, D](#) ; [Cass. com., 8 avr. 2021, n° 19-12741, D](#).

61 - En ce sens également, v. L. Bougerol, « Le devoir de mise en garde, incertitudes et perspectives », *Revue de droit d'Assas* déc. 2019, p. 130 ; L. Bougerol, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2. Épisode 2) : formation et étendue du cautionnement », *Dalloz actualité*, 19 sept. 2021.

62 - En ce sens, v. not. [Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20274](#) : [Bull. civ. IV, n° 127](#) - [Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18354](#) : [Bull. civ. IV, n° 21](#).

63 - En ce sens, v. not. [Cass. com., 13 févr. 2019, n° 17-14785, PB](#).

64 - Sur « la cristallisation prévisible du contentieux sur la perte de chance de ne pas contracter », v. M. Blondel, « La mise en garde de la caution enfin consacrée ? », *LPA 30 nov. 2021, n° 201f3*, p. 28.

65 - [Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24706, PB](#) ; [Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-26397, D](#) ; [Cass. com., 14 mars 2018, n° 14-17931, D](#).

66 - V. *supra* n° 15.

67 - Expression figurant dans le dernier alinéa de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 relatif à la mention particulière du cautionnement d'un bail d'habitation (spécificité que supprime l'article 35, VIII, de l'ordonnance).

68 - Une troisième extension a en revanche été écartée par l'ordonnance, à savoir celle de la règle de proportionnalité en direction de tous les créanciers. Cette extension, que l'avant-projet de la Chancellerie de décembre 2020 avait envisagée, aurait été justifiée par la finalité de la règle en cause, qui réside dans la lutte contre le surendettement des cautions personnes physiques. Le gouvernement a sans doute écarté cet élargissement par souci d'harmonisation avec d'autres règles reposant sur le binôme caution personne physique - créancier professionnel (devoir de mise en garde précontractuel, obligations d'information en cours d'exécution) et également pour préserver l'efficacité du cautionnement.

69 - V. *supra* n° 14.

70 - V. *supra* n<sup>os</sup> 5 à 10.

71 - C. civ., art. 1390.

72 - Pour une proposition visant à limiter la présomption de solidarité aux seuls codébiteurs commerçants, v. B. Dondero, « La présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer », *D.* 2009, p. 1097.

73 - C. civ., art. 1313.

74 - Pour une critique de la réforme en raison du caractère lacunaire de cette qualification et, plus fondamentalement, de l'instrumentalisation du caractère accessoire du cautionnement sur laquelle elle repose, v. C. Juillet, « Les caractères du cautionnement », *RD bancaire et fin.* 2022, à paraître.

75 - Sont réputés commerciaux, « entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales ». V. *supra* n<sup>os</sup> 9 et 10.

76 - « Une dualité de compétence ne pourra sans doute pas toujours être évitée, d'une part, à raison de la loi applicable en présence d'éléments d'extranéité, les clauses attributives d'une telle compétence pouvant conduire à l'application au cautionnement et au contrat principal d'une loi différente et donc aussi d'un critère de la commercialité différent, d'autre part, du fait de l'existence d'actes de commerce par nature ou par leur forme, tels que les cautionnements consentis par des établissements financiers ou par les sociétés commerciales par leur forme, qui demeureront

des actes de commerce même si la dette garantie est civile. C'est alors le régime des actes mixtes qui serait applicable » (P. Simler, « Réforme du cautionnement », JCP G 2021, 3).

77 - Pour une critique de cet élargissement de la commercialité du cautionnement, y compris s'il est consenti à titre gratuit, alors que « la recherche d'un profit matériel [est la] caractéristique traditionnelle de l'acte de commerce », ce dernier devenant un « artifice technique », v. L. Aynès, « Le nouveau cautionnement commercial », RLDA 2021/175, suppl., p. 4.

78 - « Lorsque le cautionnement d'une dette commerciale n'a pas été souscrit dans le cadre de l'activité professionnelle de la caution, la clause compromissoire ne peut être opposée à celle-ci ». Cet ajout est opportun, car le second alinéa de l'article 2061 du Code civil (« lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ») aurait pu être de nouveau jugé insuffisant pour tenir en échec la compétence d'un arbitre (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2014, n° 13-11568, PB).

79 - V. *supra* nos 14 et 16.

80 - V. M. Bourassin, « Le cautionnement notarié vivifié par la réforme des sûretés », JCP N 2021, n° 48, 1336.

81 - Il a été jugé à plusieurs reprises depuis 2010 que l'appréciation de la proportionnalité porte sur les « biens et revenus déclarés par la caution » et non sur son patrimoine effectif (v. not. Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69807 : Bull. civ. IV, n° 198 - Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-21966, D ; Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-15030, D ; Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-15867, D ; Cass. com., 29 nov. 2017, n° 16-19416, D ; Cass. com., 28 mars 2018, n° 16-25651, D ; Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-14108, D ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 mars 2021, n° 19-21254, PB), sous réserve d'« anomalies apparentes » ou de la connaissance nécessaire par le créancier d'autres engagements pris à son égard par la caution (Cass. com., 8 janv. 2020, nos 18-19528 et 18-20643, D ; Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-16243, D). Au plan législatif, aucune obligation de vérification de la solvabilité des cautions ne pèse sur les créanciers. La loi *Hamon* de 2014 relative à la consommation avait prévu la création d'un registre national des crédits aux particuliers permettant d'apprécier « la solvabilité des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels qui se portent caution », mais ce fichier positif d'endettement n'a pas passé le filtre du Conseil constitutionnel (Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC).

82 - Sur lequel, v. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, Sirey, nos 268 et s.

83 - L. Bougerol, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 2) : formation et étendue du cautionnement », Dalloz actualité, 19 sept. 2021.

84 - V. cependant D. Legeais, « La réforme du cautionnement », JCP E 2021, 1474 : « Créanciers et cautions auront toute raison de penser que très souvent les juges procéderont à un partage plus ou moins égalitaire. Ils rechercheront donc l'entente plus que le contentieux. Les avocats auront tout intérêt à s'engager dans la voie de la négociation ».

85 - En faveur de tels seuils légaux, qui supprimeraient les difficultés et différences d'appréciation de la proportionnalité du cautionnement, v. A. Gouézel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », D. 2018, p. 678.

86 - Dans le même sens, v. not. C. Albiges, « La proportionnalité du cautionnement », RD bancaire et fin. 2022, à paraître.

87 - À notre connaissance, des litiges ne se sont pas développés jusqu'alors à propos des hypothèses de dématérialisation admises à titre exceptionnel par les textes suivants : C. civ., art. 1175, 2°, issu de L. n° 2004-575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique ; L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1, dans sa rédaction issue de la loi *ELAN* (L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018) ; Ord. n° 2020-534, 7 mai 2020, contenant des mesures exceptionnelles et temporaires pour adapter le droit bancaire à la crise de la Covid-19.

88 - Disposition interdisant l'établissement sous forme électronique des actes sous signature privée 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 ». L'abrogation de ce 2° de l'article 1175 du Code civil, permise par la loi d'habilitation (loi *PACTE*, art. 60, I, 13°), vise à accroître la rapidité et la fluidité des relations entre les banques et leurs clients, afin de favoriser l'octroi de crédit (discussion du projet de loi *PACTE* devant l'Assemblée nationale, séance du 28 septembre 2018), et à « inciter les opérateurs économiques internationaux à utiliser le droit français » (rapport au président de la République).

89 - Formulation reprise de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, qui a modifié pareillement la mention probatoire de l'ancien article 1326 (devenu 1376) du Code civil.

90 - Seront seulement applicables, comme le relève le rapport au président de la République, les conditions générales d'intégrité de l'acte passé par voie électronique et d'identification de son auteur imposées par les articles 1174, 1366 et 1367 du Code civil.

91 - Sur les différentes signatures électroniques prévues par le règlement européen *eIDAS* (PE et Cons. UE, règl. n° 910/2014, 23 juill. 2014, sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, art. 3.12 et 26 et s.), v. 117<sup>e</sup> Congrès des notaires, *Le numérique, l'Homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale*, 2021 ([https://lex.so/REw\\_9y](https://lex.so/REw_9y)).

92 - Auraient pu servir d'inspiration les protections des emprunteurs consommateurs contre l'illectronisme prévues par l'ordonnance n° 2017-1433 du 4 octobre 2017 relative à la dématérialisation des relations contractuelles dans le secteur financier : v. C. consom., art. L. 314-27 et s.

93 - Pour d'autres exemples et des propositions de sécurisation des cautionnements dématérialisés, v. F. Binois, « La dématérialisation du cautionnement par l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés », RLDI 2021, nos 184 et 185 ; M. Bourassin, « Formalisme et dématérialisation du cautionnement », RD bancaire et fin. 2022, à paraître ; D. Legeais, « La réforme du cautionnement », JCP E 2021, 1474.

Issu de Revue des contrats - n°04 - page 81

Date de parution : 08/12/2021

Id : RDC200i4

Réf : RDC déc. 2021, n° 200i4, p. 81

Auteur :

Manuella Bourassin, professeure agrégée à l'université Paris Nanterre, CEDCACE (EA 3457)