



HAL
open science

Formalisme et dématérialisation du cautionnement

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Formalisme et dématérialisation du cautionnement. Revue de droit bancaire et financier, 2022. hal-03585780

HAL Id: hal-03585780

<https://hal.science/hal-03585780>

Submitted on 23 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.

4 Formalisme et dématérialisation du cautionnement



Manuella BOURASSIN,
professeur à l'université Paris Nanterre, CEDCACE
(EA 3457)

Cet article analyse l'évolution du contentieux relatif à la validité formelle du cautionnement qu'emporte l'ordonnance du 15 septembre 2021, ainsi que les précautions de rédaction qu'appellent désormais l'article 2297 du Code civil et la généralisation de la dématérialisation du cautionnement.

1 - Le formalisme du cautionnement fait couler beaucoup d'encre depuis une trentaine d'années.

Au premier chef, l'encre des cautions, plus précisément les cautions personnes physiques garantissant un créancier professionnel, puisque la validité de leur engagement sous signature privée fut subordonnée à l'écriture, à la main, de mentions précisant le montant, la durée et, le cas échéant, le caractère solidaire de l'obligation – mentions préédigées par le législateur dans sept articles du Code de la consommation issus de réformes partielles du cautionnement datant de 1989 et 2003 (*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 anciens)¹. Il s'agissait nécessairement de mentions manuscrites lorsque la caution s'engageait pour des raisons privées, affectives, puisque l'article 1175 du Code civil, issu de la loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, prohibait la conclusion sous forme électronique des actes de sûreté sous seing privé, requis à peine de nullité, s'ils n'étaient pas passés pour les besoins professionnels de celui qui s'engageait².

Le formalisme *ad validitatem* du cautionnement fait également couler beaucoup d'encre en jurisprudence. De fait, les contestations fondées sur l'irrégularité des mentions, tant celles prescrites au mot près par le Code de la consommation, que celle propre au cautionnement d'un bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989³, figurent au palmarès du contentieux menaçant le paiement des créanciers cautionnés⁴.

L'encre de la doctrine coule à flot non seulement pour commenter cette jurisprudence pléthorique et versatile, mais aussi pour suggérer de nouvelles règles de forme plus respectueuses de l'impératif de sécurité juridique, ainsi que de l'effica-

cité du cautionnement, dans le respect néanmoins des intérêts des cautions⁵.

2 - Le législateur a fini par entendre les demandes et propositions de réforme portées par les universitaires et les acteurs économiques. En effet, la loi Pacte a autorisé le Gouvernement à « 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 »⁶. Il ressort de l'exposé des motifs et de l'étude d'impact accompagnant cette loi d'habilitation que, pour satisfaire ces objectifs, le perfectionnement du formalisme du cautionnement a semblé primordial. En outre, la loi Pacte a autorisé le Gouvernement à généraliser la dématérialisation des sûretés⁷ « afin d'en faciliter l'utilisation », spécialement pour accroître la rapidité et la fluidité des relations entre les banques et leurs clients, donc pour favoriser l'octroi de crédit⁸, ainsi que dans le but d'« inciter les opérateurs économiques internationaux à utiliser le droit français »⁹.

3 - Sur le fondement de cette habilitation, l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés¹⁰ a

1. Issus de la loi Neiertz n° 89-1010 du 31 décembre 1989 (L. n° 89-1010, 31 déc. 1989 ; JO 2 janv. 1990, texte n° 1) et de la loi Dutreil n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 (L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003 ; JO 5 août 2003, texte n° 1).

2. Pour une critique et proposition d'abrogation de l'article 1175, 2° du Code civil, V. F. Binois, *Consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique* : PUAM, 2021, n° 428 s.

3. L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 : JO 8 juill. 1989.

4. Sur ce contentieux, V. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés* : Sirey, 2020, 7^e éd., n° 247 s.

5. Pour des propositions de réforme du formalisme du cautionnement, V. not. l'avant-projet de l'Association Capitant de 2017 : www.henricapitant.org/travaux/legislatifs-nationaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes. – Ch. Albigès, *La recodification du cautionnement*, in *La réforme du droit des sûretés*, L. Andreu et M. Mignot (dir.) : Institut universitaire Varenne, 2019, p. 73 s. – M. Bourassin, *Quelle réforme pour la formation du cautionnement ?*, in *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.) : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2019, p. 99 s.

6. Loi Pacte : L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 60, relative à la croissance et la transformation des entreprises : JO 23 mai 2019, texte n° 2.

7. Généraliser, car la dématérialisation était déjà autorisée dans les conditions spécifiques prévues par l'article 1175 du Code civil, par la loi ÉLAN n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 (JO 24 nov. 2018, texte n° 1) à l'égard du 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) et par l'ordonnance n° 2020-534 du 7 mai 2020 contenant des mesures exceptionnelles et temporaires pour adapter le droit bancaire à la crise de la Covid-19 (V. RTD com. 2020, p. 431, D. Legeais).

8. Discussion parlementaire du projet de loi Pacte : AN, XV^e législature – 2^e session extraordinaire de 2017-2018, séance du vendredi 28 sept. 2018.

9. Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021, texte n° 18.

10. Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021, texte n° 19. – V. JCP E 2021, 1439, étude Ph. Dupichot ; JCP G 2021, n° spécial, Ph. Simler, Ph. Delebecque (dir.) ; RD bancaire et fin.

profondément réécrit les conditions de forme requises pour la validité du cautionnement¹¹ : depuis le 1^{er} janvier 2022¹², les nombreuses dispositions du Code de la consommation relatives aux mentions manuscrites sont abrogées et remplacées par un texte unique inscrit dans le droit commun du cautionnement, le nouvel article 2297 du Code civil, qui impose, *ad validitatem*, une mention lorsque le cautionnement ou le mandat de se porter caution¹³ est souscrit par une personne physique¹⁴ ; de plus, afin de permettre la conclusion de sûretés sous seing privé par voie électronique, y compris à distance, quelle que soit la cause de l'engagement, est abrogé le 2^o de l'article 1175 du Code civil.

4 - Maintenant que l'encre du législateur est sèche, il importe de s'interroger sur la portée qu'aura l'ordonnance. Dans cette perspective, deux effets de la réforme seront envisagés : l'évolution du contentieux relatif à la validité formelle du cautionnement ; les précautions de rédaction qu'appellent désormais l'article 2297 du Code civil et la généralisation de la dématérialisation du cautionnement.

1. Un contentieux en évolution

5 - Sous l'empire de la réforme, le contentieux portant sur la validité formelle du cautionnement n'aura plus le même objet, car l'ordonnance implique une modification des contestations relatives à la mention apposée par la caution et parce qu'elle favorise la dématérialisation du cautionnement, qui occasionnera à n'en pas douter de nouveaux litiges.

A. - Modification des contestations de la mention apposée par la caution

6 - À l'égard des cautionnements conclus depuis le 1^{er} janvier 2022, les arguments débattus au sujet de la mention apposée par la caution personne physique seront différents de ceux auxquels les anciens textes ont habitué dans la mesure où l'ordonnance neutralise diverses contestations mais en suscite d'autres.

1^o Contestations neutralisées par la réforme

7 - Des contestations se trouvent neutralisées par l'article 2297 du Code civil, en ce qu'il délaisse plusieurs exigences qui figu-

raient dans le Code de la consommation et occasionnaient d'innombrables litiges.

8 - D'abord, l'article 2297 du Code civil ne fait plus référence à la qualité de « créancier professionnel ». Cette extension du formalisme à tous les créanciers garantis par une caution personne physique évitera les contestations relatives au critère jurisprudentiel de qualification d'un créancier professionnel, à savoir le rapport direct entre la créance garantie et l'une de ses activités professionnelles, principale ou secondaire¹⁵.

9 - Ensuite, la rédaction des mentions relatives à l'objet et aux modalités de l'obligation de la caution n'est plus prédéterminée par la loi, mais laissée à l'imagination des parties, sous réserve de quelques indications fournies par l'article 2297 du Code civil qui seront détaillées plus loin¹⁶. L'abandon des mentions légales sacramentelles évitera les arguties tirées de différences souvent minimes avec les mots, la ponctuation, l'ordre 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 suscité des difficultés d'interprétation¹⁷, puisque l'article 2297 ne fait plus référence à cette durée, qui pourra donc être déterminée, soit dans la mention soit dans le reste de l'acte, soit demeurer indéterminée (ce qui permettra à la caution de résilier son engagement à tout moment, sous réserve de respecter un délai de préavis convenu ou raisonnable [C. civ., art. 1211 et 2315]).

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 revenus¹⁸, car l'article 2297 ne reprend pas cette précision que la nature personnelle de l'obligation de la caution rend en tout état de cause inutile.

Exit encore le contentieux portant sur la place respective des mentions apposées par la caution et de sa signature ou de son paraphe¹⁹, grâce au silence gardé par le nouveau texte sur ces éléments d'identification.

10 - Enfin, la réforme clarifie la sanction de l'irrégularité de la mention affectant le seul caractère solidaire du cautionnement, dans l'hypothèse où la mention ne préciserait pas les effets de la privation des bénéfices de discussion ou de division :

2021, alerte 22, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2021, entretien 1, regards croisés D. Legeais et R. Dammann.

11. Les règles relatives aux mentions devant figurer dans l'acte de cautionnement sont réécrites intégralement. En revanche, demeurent inchangées les exigences particulières de remise de documents lorsque le cautionnement couvre un crédit à la consommation ou immobilier ou encore un bail d'habitation (C. consom., art. L. 312-18 et L. 313-24. – L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1).

12. Date d'entrée en vigueur de la réforme, qui ne s'applique pas aux cautionnements conclus antérieurement, sauf en ce qui concerne les obligations d'information en cours d'exécution (Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 37).

13. Conformément au principe du parallélisme des formes, l'article 2297 du Code civil soumet le mandat consenti par une personne physique aux mêmes exigences formelles que le cautionnement lui-même.

14. Cette notion, reprise des anciens textes du Code de la consommation, n'appelle pas de distinction entre les cautions averties ou non averties (V. not. Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630 : JurisData n° 2012-000176 ; Bull. civ. IV, n° 2 ; RD bancaire et fin. 2012, comm. 48, obs. A. Cerles) et doit donc s'appliquer aux dirigeants ou associés de la société débitrice (V. not. Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2012, n° 09-12.246 : JurisData n° 2012-003583 ; Bull. civ. I, n° 53 ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 158, obs. G. Raymond). 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, ce qui est le cas du formalisme informatif, ainsi que du devoir de mise en garde et des obligations d'information en cours d'exécution (V. M. Bourassin, La sécurité juridique dans la réforme du droit du cautionnement, in Mél. B. Teysssié : LexisNexis, 2019, p. 939 ; La rationalisation du droit du cautionnement : RD bancaire et fin. 2016, dossier 3).

15. Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 : JurisData n° 2009-049063 ; Bull. civ. I, n° 173 ; JCP E 2009, 1840, obs. D. Legeais ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 255, obs. G. Raymond. – Et Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630 : JurisData n° 2012-000176 ; Bull. civ. IV, n° 2.

16. V. n° 23 à 29.

17. Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-10.504, PB : JurisData n° 2017-022802 ; JCP G 2018, 13, obs. Ph. Simler ; JCP E 2018, 1010, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2018, comm. 3, obs. D. Legeais. – Et Cass. com., 13 déc. 2017, n° 15-24.294, PB : JurisData n° 2017-025670. – V. M. Bourassin, Mention manuscrite de la durée du cautionnement : vade-mecum : Gaz. Pal. 27 févr. 2018, n° 8, p. 49 ; JCP G 2018, 77, obs. J.-D. Pellier ; RD bancaire et fin. 2018, comm. 4, obs. D. Legeais.

18. Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278 : JurisData n° 2013-021291 ; Bull. civ. IV, n° 143 ; JCP G 2014, 207, obs. J.-D. Pellier ; JCP E 2013, 1624, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2013, comm. 190, obs. A. Cerles. – Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-16.989, inédit : JurisData n° 2014-011518 ; RD bancaire et fin. 2014, comm. 131, obs. D. Legeais ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 231, obs. G. Raymond.

19. Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-24.698, D : JurisData n° 2012-005702 ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 159, obs. G. Raymond. – Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-25.887, D : JurisData n° 2012-032169 ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. 89, obs. G. Raymond. – Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-13.577 : JurisData n° 2013-019876 ; Bull. civ. I, n° 132 ; JCP E 2013, 1573, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2013, comm. 194, obs. A. Cerles. – Cass. com., 28 juin 2016, n° 13-27.245, D. – Cass. 1^{re} civ., 22 sept. 2016, n° 15-19.543, PB : JurisData n° 2016-018933 ; JCP E 2016, 1569, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2016, comm. 244, obs. A. Cerles. – Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-24.637, D : JurisData n° 2018-003391. – Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-11.825, D. – Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2020, n° 18-14.860 D : JurisData n° 2020-000884.

l'article 2297 du Code civil 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, *contra legem*, cette conversion par réduction depuis 2011, les litiges sur cette question demeurent nombreux²⁰. Ils prendront sûrement fin sous l'empire du nouvel article 2297.

11 - Un regain de sécurité juridique et d'efficacité du cautionnement est à attendre de la neutralisation par l'ordonnance de ces différentes sources de litiges. Ce *satisfecit* doit cependant être relativisé compte tenu des contestations que laisse craindre par ailleurs la réforme au sujet de la mention apposée par la caution.

2° Contestations suscitées par la réforme

12 - Les premières contestations fondées sur le nouvel article 2297 du Code civil pourraient procéder de l'extension du formalisme en direction des créanciers non professionnels, telles les personnes accordant un crédit dans un cadre familial ou amical ou les bailleurs particuliers (l'ordonnance soumet le bail d'habitation au formalisme de droit commun) ou encore des SCI familiales. Il est probable que ce formalisme ne sera ni connu ni respecté par ces créanciers n'agissant pas dans le cadre de l'une de leurs activités professionnelles. Des litiges pourraient donc trouver un nouveau domaine d'application en leur présence.

13 - D'autres contestations pourraient naître de l'ambiguïté de l'ordonnance quant à la couverture des accessoires de la dette principale. En effet, une présomption simple de couverture ressort du nouvel article 2295 du Code civil selon lequel, « *sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie* », tandis que l'article 2297 du Code civil exige que la caution personne physique appose 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 exclusive de leur couverture s'ils ne figurent pas dans ladite mention²¹. Le hiatus entre les deux nouveaux textes continuera d'alimenter ce type de contentieux.

14 - Enfin, si l'article 2297 du Code civil est source de contestations, c'est qu'il laisse désormais la place à l'imagination des parties dans la rédaction de la mention et à l'appréciation judiciaire de la suffisance de cette mention pour asseoir la connaissance par la caution de la nature et de la portée de son engagement. Certes, l'article 2297 du Code civil, pris à la lettre, n'impose pas que la mention exprime « *de façon explicite et non équivoque* » cette connaissance (formulation de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 avant sa réécriture par l'ordonnance). Cependant l'esprit de l'article 2297 du Code civil invite à apprécier la compréhension de la caution à l'aune de la mention apposée, puisque ce formalisme est de type informatif. Par conséquent, comme l'a relevé le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance, « *en cas de contestation, il appartient 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, risquent donc de se

développer au sujet de l'interprétation de la mention apposée par la caution²².

15 - Le contentieux relatif à cette mention sera donc renouvelé dans ses fondements et peut-être également dans son intensité. Par ailleurs, de nouvelles contestations porteront certainement sur les cautionnements conclus par voie électronique, particulièrement ceux souscrits en ligne.

B. - Création d'un contentieux sur la dématérialisation du cautionnement

16 - La faculté de dématérialiser la constitution des sûretés (quelle qu'en soit la nature, personnelle ou réelle, civile ou commerciale), à des fins non professionnelles, résulte de l'abrogation par l'ordonnance du 2° de l'article 1175 du Code civil. En matière de cautionnement, la digitalisation est de plus permise par la suppression du caractère manuscrit de la mention requise *ad validitatem*. Effectivement, l'article 2297 du Code civil se contente d'une mention apposée par la caution personne physique « *elle-même* ». Dorénavant, cette mention peut donc être manuscrite tout autant que tapée sur un clavier d'ordinateur ou écrite à la main sur une tablette électronique. Le cautionnement peut aussi être conclu à distance, *via* des plateformes qui ne manqueront pas de se développer.

17 - Lors de la discussion du projet de loi Pacte, les parlementaires ont souligné la nécessité d'entourer cette dématérialisation de garde-fous spécifiques. Pourtant, l'ordonnance ne renferme aucune modalité particulière²³. Seules sont applicables, comme le relève le rapport au président de la République, les conditions générales de validité des actes passés par voie électronique prévues par l'article 1174 du Code civil. Ce texte renvoie à l'article 1366 du Code civil qui, d'une part, exige le recours à un processus garantissant que l'apposition de la mention est bien le fait de l'auteur de l'acte électronique lui-même (exigence d'identification) et, d'autre part, impose que toute modification de cet acte soit décelable (condition d'intégrité). L'article 1174 du Code civil renvoie également à l'article 1367 du Code civil qui définit la signature électronique – « *un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* » – et en précise la force probante. Il y a fort à parier que la mise en œuvre de chacune de ces exigences soulèvera des contestations.

18 - Par exemple, le consentement de la caution pourrait être discuté si elle se contente, soit de cocher une case d'approbation à côté d'une mention préédigée dans l'acte électronique (dans ce cas de figure, l'apposition même de la mention par la caution paraît contestable), soit d'utiliser la fonction « *copier-coller* » pour apposer cette mention (serait alors appréciée la suffisance de cette manipulation sommaire pour faire prendre conscience à la caution de la nature et de la portée de son engagement).

19 - Des litiges porteront aussi sans doute sur l'identification de l'auteur de la mention électronique et la correspondance avec la personne qui appose la signature électronique. Après que la

20. Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699 : *JurisData* n° 2011-003162 ; *Bull. civ. IV*, n° 31 ; *JCP E* 2011, 1270, obs. D. Legeais ; *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 95, obs. A. Cerles. – Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2013, n° 12-17.858, D. – Cass. com., 20 juin 2018, n° 16-15.190, D : *JurisData* n° 2018-010956. – Cass. com., 14 nov. 2019, n° 18-15.468, D : *JurisData* n° 2019-020931.

21. Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24.706 : *JurisData* n° 2014-026459 ; *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *JCP E* 2014, 1645, obs. D. Legeais ; *RD bancaire et fin.* 2015, comm. 43, obs. G. Raymond. – Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-26.397, D : *JurisData* n° 2017-009417 ; *RD bancaire et fin.* 2017, comm. 160, obs. D. Legeais. – Cass. com., 14 mars 2018, n° 14-17.931, D.

22. En ce sens également, V. L. Bougerol, *Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 2) : formation et étendue du cautionnement* : *Dalloz actualité*, 19 sept. 2021. – S. Cabrillac, et C. Guilloteau, *Le cautionnement : quel nouveau droit commun au stade de sa conclusion ?* : *Defrénois* 2021, n° 48, p. 28.

23. *Auraient pu servir d'inspiration les protections des emprunteurs consommateurs contre l'illectronisme prévues par Ord. n° 2017-1433, 4 oct. 2017, relative à la dématérialisation des relations contractuelles dans le secteur financier* (JO 5 oct. 2017, texte n° 21) : V. C. consom., art. L. 314-27 s. *Aurait également pu être imposé un délai légal de réflexion ou de rétractation.*

loi du 13 mars 2000²⁴ a modifié l'ancien article 1326 (devenu 1376) du Code civil relatif à la preuve des actes et contrats unilatéraux sous signature privée, en remplaçant la mention manuscrite du montant en chiffres et en lettres de l'engagement par une mention écrite par le débiteur lui-même, un contentieux a porté sur l'identité du signataire et du scripteur de ladite mention²⁵. De telles contestations ne manqueront pas d'être soulevées en application du nouvel article 2297 du Code civil.

20 - De plus, comme la réforme ne comporte aucune exigence quant au type de signature électronique à utiliser, le cautionnement dématérialisé pourra être revêtu d'une signature électronique simple ou avancée, vis-à-vis desquelles les exigences du règlement européen eIDAS de 2014 en termes d'identification du signataire sont inexistantes ou superficielles²⁶. En cas d'utilisation d'une signature électronique simple ou avancée, le risque d'usurpation d'identité est donc élevé, tout comme celui de contestations de la sûreté par la prétendue caution. Or, l'article 1367 du Code civil et son décret d'application du 28 septembre 2017 ne reconnaissent pas aux signatures électroniques simples ou avancées une présomption de fiabilité²⁷. En conséquence, dans le cadre d'une procédure de vérification d'écriture initiée par la caution poursuivie, c'est au créancier se prévalant de l'acte litigieux qu'il appartiendra d'en démontrer la sincérité²⁸. Le créancier devra alors prouver que le garant poursuivi est effectivement l'auteur d'une signature électronique simple ou avancée, ce qui pourrait s'avérer ardu et menacer l'efficacité des cautionnements dématérialisés.

21 - Si la réforme neutralise certaines contestations du formalisme du cautionnement, elle en suscite donc bien d'autres, au moins aussi préoccupantes que celles nées du droit ancien. Il convient dès lors de rechercher des solutions susceptibles de conjurer ce contentieux et de sécuriser, sur les plans juridique et économique, les cautionnements conclus à compter du 1^{er} janvier 2022.

2. Des précautions de rédaction

22 - En vue de limiter le risque de contentieux relatif aux cautionnements soumis à l'ordonnance, trois types de précautions de rédaction méritent d'être envisagés : la précision de la mention apposée par la caution, la sécurisation du cautionnement en ligne et la conclusion par acte notarié ou d'avocat.

A. - Précision de la mention apposée par la caution

23 - La précision de la mention apposée par la caution est rendue nécessaire par le nouvel article 2297 du Code civil, qui ne fournit plus de modèle impératif, mais circonscrit le contenu de la mention dont dépend, soit la validité même du cautionnement

lorsqu'est en cause la mention de l'objet de l'obligation de la caution, soit l'ordre et l'efficacité des poursuites du créancier si la discussion porte uniquement sur la mention exprimant le caractère solidaire du cautionnement. À l'égard des cautionnements conclus depuis le 1^{er} janvier 2022, ainsi que des mandats de se porter caution, l'article 2297 du Code civil impose les éléments suivants²⁹.

24 - D'abord, la qualité de caution doit figurer dans la mention. 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 efficacité³⁰.

25 - Ensuite, la mention apposée par la caution doit préciser la ou les dette(s) du débiteur que garantit la caution. S'il s'agit de dettes futures, il est opportun d'y insister afin de faciliter l'application des nouveaux articles 2315 et suivants du Code civil qui codifient des solutions relatives à l'étendue de la couverture lorsque s'éteint un tel cautionnement.

26 - En outre, la mention doit comporter le montant de l'engagement de la caution, et ce en chiffres et en lettres, ce que n'imposaient pas les dispositions du Code de la consommation³¹ remplacées par l'article 2297 du Code civil, qui précise qu'« en cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres »³². Le cas échéant, il est utile d'indiquer que le montant auquel s'engage la caution couvre le principal et les accessoires de la dette garantie (ce qui permet de lever l'ambiguïté née du rapprochement des articles 2295 et 2297 du Code civil³³ et de détailler les accessoires en question (tels les intérêts contractuels, capitalisés, légaux, moratoires, des pénalités de retard ou encore des frais au titre de l'exigibilité anticipée de la dette principale).

27 - La mention doit encore exprimer le caractère subsidiaire du paiement de la caution, en rappelant qu'il est subordonné à la défaillance du débiteur principal.

28 - Enfin, l'article 2297 du Code civil impose à la caution d'indiquer dans la mention qu'elle ne pourra « exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions » si elle est privée des bénéfices de discussion ou de division, privation résultant essentiellement du caractère solidaire du cautionnement (*C. civ.*, art. 2305 et 2306 *nouveaux*). Dans le cadre d'un cautionnement civil, la solidarité « ne se présume pas » (*C. civ.*, art. 1310). L'article 2297 du Code civil n'impose pas qu'elle soit stipulée dans la mention apposée par la caution ; seuls ses effets quant à la privation des

24. L. n° 2000-230, 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : JO 14 mars 2000, texte n° 1.

25. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, n° 06-17.534 : *JurisData* n° 2008-043120 ; *Bull. civ. I*, n° 73 ; *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 86, obs. E. Caprioli ; *JCP E* 2008, II, 10081, obs. E. Putman ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 80, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 174, obs. L. Leveneur. – Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2015, n° 14-23.110 : *JurisData* n° 2015-023941 ; *Bull. civ. I*, n° 383 ; *JCP E* 2016, 114, obs. N. Dissaux.

26. PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 910/2014, 23 juill. 2014, art. 3.12 et 26 et 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. – Sur les différentes signatures électroniques prévues par ce règlement, V. 117^e 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/>).

27. V. C. Chauun, X. Ricard et L. Jossier, *La force probante de la signature électronique* : *Deffrénois* 2 sept. 2021, hors-série, p. 51.

28. Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1972, n° 71-11.211 : *Bull. civ. I*, n° 132.

29. Les indications légales dont il s'agit limitent le risque qu'une mention prédéterminée par le créancier ne contribue à la qualification du cautionnement en 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 précisément le contenu de la mention imposée par l'article 2297 du Code civil.

30. Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2020, n° 19-15.743, D. – Cass. com., 8 sept. 2021, n° 19-16.012, D : *JurisData* n° 2021-013842 ; *RD bancaire et fin.* 2021, comm. 153, obs. D. Legeais.

31. Cass. com., 18 janv. 2017, n° 14-26.604, PB : *JurisData* n° 2017-000504 ; *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 89, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *RD bancaire et fin.* 2017, comm. 67, obs. D. Legeais.

32. Précision concordante avec la solution retenue par les 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).

33. Sur cette ambiguïté, V. n° 13.

bénéfices de discussion et de division doivent y être explicités (la clarté de la formulation suggérée à cet égard par l'article 2297 justifie, nous semble-t-il, une reprise *expressis verbis*). Si le cautionnement est commercial par sa forme (aval), par la qualité de la caution (commerçant souscrivant l'engagement dans le cadre de son activité professionnelle) ou en application du nouvel article L. 110-1, 11° du Code de commerce (sont réputés commerciaux « *entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales* »³⁴, la présomption de solidarité propre à la matière commerciale joue, mais sera paralysée si la caution personne physique ne précise pas dans la mention les conséquences qui en résultent sur l'ordre des poursuites exercées par le créancier contre le débiteur principal, la caution et d'éventuels cofidélusseurs. Il s'agit là d'un point de vigilance de première importance, même si la validité du cautionnement n'est plus en cause³⁵.

29 - Contrairement à ce qu'affirme le rapport au président de la République, la reprise de la mention que prescrivait le Code de la consommation n'est pas « *indiscutablement de nature à satisfaire [les] exigence[s]* » de la réforme, non seulement parce que les termes du Code de la consommation étaient ambigus et litigieux, mais aussi parce que, nous l'avons vu, l'article 2297 du Code civil s'en éloigne significativement, à juste titre. Au vrai, pour respecter le nouveau formalisme *ad validitatem*, il est nécessaire de délaissier les modèles employés jusqu'ici et de repenser la rédaction de la mention attendue de la caution personne physique, en y intégrant les éléments imposés par l'article 2297.

Dans l'hypothèse, qui se répandra sans doute très vite, d'une dématérialisation de la conclusion du cautionnement, d'autres précautions doivent être prises.

B. - Sécurisation du cautionnement en ligne

30 - La sécurisation du cautionnement en ligne suppose de respecter les conditions générales de validité des actes électroniques sous signature privée énoncées par les articles 1174, 1366 et 1367 du Code civil. À cette fin, il importe de garantir l'intégrité de l'acte électronique. Cette condition peut être satisfaite en recourant à un format d'acte non modifiable, du type « PDF » ou, plus sûrement encore, à la cryptographie avec clés asymétriques.

De surcroît, doit être garantie l'identité de la caution tant lors de l'apposition de la mention qu'au moment de la signature électronique de l'acte.

31 - S'agissant de l'identification de l'auteur de la mention, elle pourrait techniquement reposer sur un code personnel à la

caution, qui lui serait délivré lors de son inscription sur la plateforme de cautionnement en ligne³⁶ et qu'elle devrait apposer après avoir tapé ou écrit la mention³⁷.

32 - Quant à la sécurité de la signature électronique, elle serait pour le mieux procurée par une signature électronique qualifiée, qui suppose qu'un prestataire de services de confiance agréé par l'ANSSI délivre à la caution un certificat de signature qualifiée après une vérification d'identité approfondie, en face à face ou à distance. Cela a évidemment un coût (de l'ordre de 70 €, qui pourraient être répercutés sur le débiteur principal), mais c'est le prix à payer pour gagner en sécurité.

Dans la même logique, il est enfin recommandé de faire appel à un rédacteur d'actes professionnel.

C. - Conclusion par acte notarié ou d'avocat

33 - La conclusion du cautionnement par acte notarié ou d'avocat est le troisième type de précaution à conseiller afin que la conclusion du cautionnement souffre le moins de contestations possible et qu'elle offre à l'inverse un maximum de liberté dans l'étendue de l'engagement de la caution. L'acte sous signature privée simple ne répond guère à ces objectifs à cause non seulement des contestations que risque d'emporter sa soumission au nouvel article 2297 du Code civil³⁸, mais aussi des contraintes dans la détermination du *quantum* de l'obligation de la caution qu'entraîne la nécessité d'indiquer dans la mention « *un montant en principal et accessoires* ».

34 - Afin d'échapper à ce carcan et d'avoir la possibilité de conclure un cautionnement illimité voire *omnibus*, ainsi que pour réduire considérablement le risque de litiges sur la conclusion du cautionnement, il est conseillé de faire contresigner le cautionnement sous seing privé par un avocat ou de le faire dresser par un notaire. En effet, depuis la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques de 2011, tant les actes notariés que les actes d'avocat sont dispensés de « *toute mention manuscrite exigée par la loi* » (C. civ., art. 1369 et 1374). Bien que l'article 2297 du Code civil ne restreigne pas le formalisme au cautionnement sous signature privée et qu'il n'exige pas une mention manuscrite, mais une mention apposée par la caution elle-même, il ne fait guère de doute qu'il n'a pas à s'appliquer au cautionnement contresigné par avocat ou reçu par un notaire³⁹. Les contestations et contraintes précitées seront ainsi déjouées.■

Mots-Clés : Réforme des sûretés - Cautionnement - Formalisme - Dématérialisation

34. Sur les difficultés soulevées par cette disposition issue de l'ordonnance, spécialement en présence d'une caution proche sur le plan affectif du débiteur principal et couvrant une dette commerciale, V. dans la présente revue l'analyse de Ch. Juillet, *Les caractères du cautionnement : RD bancaire et fin. 2022, dossier 2.* – Adde M. Bourassin, *Qualification et formation du cautionnement : une réforme en clair-obscur : RDC 2021, n° 200i4, p. 81.*

35. Sur la sanction afférente, V. n° 10.

36. Le candidat-caution devrait fournir différentes données personnelles comme un numéro de téléphone et une adresse électronique, qui seraient utilisées pour lui adresser le code, dont l'activation puis l'usage devraient être protégés par un mot de passe renseigné lors de l'inscription sur la plateforme.

37. En faveur d'une telle solution, V. F. Binois, *La dématérialisation du cautionnement par l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés : RLDI 2021, n° 184, p. 52.*

38. V. n° 12 à 14.

39. Sur les arguments en ce sens, V. M. Bourassin, *Le cautionnement notarié vivifié par la réforme des sûretés : JCP N 2021, n° 48, 1336.*