



**HAL**  
open science

## Le juge face au formalisme légal

Caroline Bouix

► **To cite this version:**

Caroline Bouix. Le juge face au formalisme légal : L'exemple du droit du cautionnement. Revue de droit bancaire et financier, 2013, 2, pp.33. hal-04408473

**HAL Id: hal-04408473**

**<https://hal.science/hal-04408473>**

Submitted on 26 Jan 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Le juge face au formalisme légal**  
**L'exemple du droit du cautionnement**

Caroline BOUIX

Doctorante en droit privé

**Résumé :**

**Plus de soixante ans après la publication du célèbre article de Flour aux Études Ripert, l'observation de l'attitude du juge face au formalisme imposé par le législateur en droit du cautionnement conduit à constater son ambivalence. Il peut faire preuve d'un respect rigoureux des prescriptions légales au risque d'aboutir à des solutions contestables ou se détacher de la lettre du texte pour en faire primer l'esprit, une ambiguïté à mettre en perspective avec la place plus générale du juge face aux exigences légales.**

En principe, en droit français, les contrats sont consensuels, leur validité n'est ainsi assujettie à aucune condition de forme. Ce principe a pour conséquence une liberté laissée aux parties, une certaine souplesse, une simplicité et une rapidité des transactions mais présente des inconvénients. Il risque d'emporter des engagements irréfléchis voire des consentements inexistant<sup>1</sup> et peut créer une insécurité juridique. De plus en plus<sup>2</sup>, il est donc des contrats solennels dont la validité est subordonnée à l'accomplissement de certaines formes mais les exigences « *portent davantage sur le contenu que le contenant* »<sup>3</sup>. Le législateur se contente de la rédaction d'un acte sous seing privé mais impose la rédaction d'un certain contenu. Cette limitation au principe du consensualisme se justifie par un souci de protection<sup>4</sup> des contractants et de sécurité juridique<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005, n°132, p. 144

<sup>2</sup> Selon Messieurs François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, les manifestations du formalisme sont « *exceptionnelles en droit (...) [mais] en fait, omniprésentes dans la vie contractuelle contemporaine* » (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005, n°131, p. 144). Voir également : V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, notamment n°1, p. 1

<sup>3</sup> C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°215, p. 183

<sup>4</sup> P. SIMLER, « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie. L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 », in *De code en code, Mél. Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 753 et s. ; C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°215, p. 183-184 ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 15 août 2000, n°15-16, p. 880

<sup>5</sup> V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, n°302 et s., p. 217 et s.

Un des exemples les plus illustrant en la matière est sans doute le droit du cautionnement au sein duquel le législateur a imposé un formalisme rigoureux pour la validité de certains actes<sup>6</sup>. À défaut de respect de ces formes, la sanction consiste en une nullité automatique de l'acte<sup>7</sup>, excluant toute appréciation de la part du juge<sup>8</sup>. Malgré leurs avantages, les dispositions imposant ce rigoureux formalisme peuvent alors permettre à des contractants de renier leur parole en prétextant une irrégularité purement matérielle et favoriseraient ainsi la mauvaise foi des cautions<sup>9</sup>. Malgré le positionnement du législateur peu favorable au juge, le rôle de ce dernier est donc primordial pour pallier ces inconvénients et son attitude face au formalisme déterminante.

Flour avait relevé une double dialectique<sup>10</sup>. D'une part, les formes solennelles se multiplient en même temps qu'elles se simplifient. D'autre part, le législateur et la pratique développent le formalisme qu'assouplit la jurisprudence. Le législateur, raisonnant sur la généralité des situations et cherchant à prévenir les contestations, verrait surtout les avantages du formalisme. Le juge, de son côté intervenant a posteriori pour connaître des cas particuliers, en percevrait surtout les aspects négatifs, « *soucieux de l'équité de ses jugements, il s'efforce de sanctionner les atteintes au formalisme dans la seule mesure où elles ont été l'occasion d'un réel préjudice pour celui qui s'en plaint* »<sup>11</sup>. Il y aurait ainsi un « *regain du formalisme en législation (...) [et un] déclin de celui-ci en jurisprudence* »<sup>12</sup>.

Plus de soixante ans après la publication de l'article de Flour, la question se pose de savoir si l'observation du droit positif permet d'aboutir aux mêmes conclusions. Les auteurs constatent

---

<sup>6</sup> « *Depuis plusieurs années, le formalisme se développe dans le droit du cautionnement, car le législateur pense que le recours à certaines règles de forme permettra de mieux protéger la caution* » (S. PIEDELIÈVRE, « Le non-respect des prescriptions de la mention manuscrite sanctionné par la nullité du contrat », *JCP G.* 2009. 14) ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 15 août 2000, n°15-16, p. 880 ; L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, I. FADLALLAH (dir.), Litec, 1982, p. 63 et s.

<sup>7</sup> C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°217 et s., p. 185 et s. sur la remise en cause de cette sanction voir également : B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois* 1998. 497

<sup>8</sup> P. CROCQ, « Mention manuscrite et conclusion du cautionnement donné au profit d'un preneur à bail : rigueur ou rigorisme ? (Civ. 3<sup>e</sup>, 8 mars 2006, n° 05-11.042, Bull. civ. III, n° 59) », *RTDciv.* 2006. 797. Dans le même sens : G. LARDEUX, « Formalisme légal contre pouvoir judiciaire d'appréciation », *RDC* 2006. 749 et É. BAZIN, « Sanction du formalisme informatif : nullité du cautionnement », *JCP G.* 2006. II. 10131

<sup>9</sup> C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°222, p. 188 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois* 1998. 497

<sup>10</sup> J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études Ripert*, LGDJ, 1955, p. 93 et s.

<sup>11</sup> X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G.* 1999. I. 170

<sup>12</sup> X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G.* 1999. I. 170

toujours l'accroissement du formalisme légal<sup>13</sup> mais le positionnement du juge semble avoir évolué. Il arrive en effet que le juge suive la démarche formaliste du législateur et peut même « *la forcer ou (...) la précéder* »<sup>14</sup>. Rappelons que la première Chambre civile de la Cour de cassation, en 1987<sup>15</sup>, avait transformé l'exigence probatoire de l'article 1326 du Code civil en une condition de validité du cautionnement et ainsi accru l'exigence légale ; une solution très vite abandonnée par la Cour de cassation<sup>16</sup> puis « *ressuscitée* »<sup>17</sup> en matière de droit de la consommation par la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>18</sup>. Monsieur Xavier Lagarde, en 1999, remarquait « *l'imperméabilité de la jurisprudence au discours libéral et son adhésion presque totale à la doctrine formaliste du législateur* », un « *renversement de tendance* »<sup>19</sup>. Loin d'assouplir le formalisme, le juge concourrait à son développement et à sa rigueur. Aujourd'hui, la situation paraît plus complexe. En effet, le juge semble osciller entre rigueur (I) et souplesse dans l'application du formalisme légal (II) révélant plus largement l'ambiguïté de son positionnement face au législateur.

## I. Le juge et l'application rigoureuse du formalisme légal

Une des attitudes du juge face au formalisme légal, que n'a pas prévue Flour, est une rigueur importante dans son application et un respect sans faille des exigences textuelles<sup>20</sup> ; ce qui a pu faire dire à Monsieur Gérard Couturier que « *sur les finalités et les sanctions du formalisme, juge et législateur avaient naguère des regards croisés ; à présent ces regards sont orientés dans la même direction* »<sup>21</sup>. Fidèle à une conception traditionnelle<sup>22</sup> de ses

---

<sup>13</sup> Également : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 4<sup>ème</sup> éd. présentée par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, Francis Lefebvre, 2010, n°22, p. 23 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G.* 1999. I. 170 ; B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois* 1998. 497

<sup>14</sup> J.-L. AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Deffrénois*, 15 août 2000, n°15-16. 931

<sup>15</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n°210, p. 155, *Grands arrêts*, n°276 ; V. également 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 163, P. SARGOS, « L'opération « Glasnost » de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *Gaz. Pal.* 1988, 1, Doctr. p. 209, n° 1

<sup>16</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 novembre 1989, *D.* 1990, Jur. 177, note C. MOULY, *Somm.* p. 381, obs. L. AYNÈS ; *JCP* 1990, II, n° 21422, note LEGEAIS ; *Deffrénois* 1990. 441, obs. AYNÈS et 741, obs. AUBERT.

<sup>17</sup> D. HOUTCIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003. I. 161

<sup>18</sup> Loi n°2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003

<sup>19</sup> X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G.* 1999. I. 170

<sup>20</sup> J.-L. AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Deffrénois*, 15 août 2000, n°15-16. 931 ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 15 août 2000, n°15-16. 880 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G.* 1999. I. 170

<sup>21</sup> G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 15 août 2000, n°15-16. 880. Monsieur Laurent Aynès évoque « *un climat de protection formaliste* » (L. AYNÈS, « Le taux d'un prêt qui

rapports avec le législateur mais obéissant à une logique qui n'est pas la sienne, le juge applique mécaniquement la loi au risque d'aboutir à des solutions absurdes et/ou inefficaces. En matière de cautionnement d'un bail d'habitation, par exemple, des mentions nombreuses et détaillées sont exigées par le dernier alinéa de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 et leur respect est rigoureusement assuré par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt rendu le 27 septembre 2006, la Cour de cassation impose à la caution engagée pour une durée déterminée de reproduire fidèlement une disposition légale concernant les cautionnements à durée indéterminée au motif que le texte « *n'opère pas de distinction selon le caractère déterminé ou indéterminé de la durée du cautionnement* »<sup>23</sup>. Cette solution aboutissant à « *imposer à la caution qui ne s'est obligée que pour un temps déterminé, ce qui est fréquemment le cas, la reproduction fidèle d'une disposition légale qui ne la concerne pas défie le bon sens* »<sup>24</sup>. Cette même chambre considère également que la formule prescrite par ce texte doit être reproduite fidèlement. La sanction est, dans le cas contraire, automatique, l'engagement est annulé sans qu'il soit nécessaire pour son auteur de justifier d'un grief<sup>25</sup>. Ici c'est moins la motivation précise de la Cour de cassation qui peut être remise en cause que l'automatisme de la sanction et le refus de réintroduire un pouvoir d'appréciation de la qualité du consentement de la caution.

Dans le même esprit, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a également considéré, dans un arrêt rendu le 28 avril 2009<sup>26</sup>, qu'est nul l'acte pour lequel la caution n'a pas reproduit la formule exacte imposée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation, alors même qu'elle l'avait remplacée par une mention démontrant qu'elle avait conscience de son

---

n'est pas déterminable au moment de la signature de l'engagement de caution n'a pas à être indiqué dans la mention manuscrite », *D.* 1993. 312)

<sup>22</sup> Sur l'opposition entre les approches traditionnelle et réaliste du juge cf. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2011, n°69 et s., p. 77 et s.

<sup>23</sup> Civ., 3<sup>ème</sup>, 27 septembre 2006, n° 05-17804, *Bull. civ.* 2006 III n° 187 p. 156, *D.* 2006. IR. 2415, obs. ROUQUET ; *AJDI* 2006. 912, obs. ROUQUET ; *RTDciv.* 2006. 797, obs. CROCQ ; *JCP* 2006. II. 10197, note BAZIN, et I. 195, n° 2, obs. SIMLER et DELEBECQUE

<sup>24</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *JCP G* 2006. I. 195

<sup>25</sup> « *Qu'en statuant ainsi, alors que les formalités édictées par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989, qui, en son dernier alinéa n'opère pas de distinction selon le caractère déterminé ou indéterminé de la durée du cautionnement, sont prescrites à peine de nullité de l'acte, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que toutes les mentions manuscrites prévues par la loi figuraient dans l'acte de cautionnement de Mme A..., a violé le texte susvisé* » (Civ., 3<sup>ème</sup>, 14 septembre 2010, n°09-14001, inédit) ; Civ., 3<sup>ème</sup>, 8 mars 2006, n° 05-11042, *Bull. civ.* 2006 III n° 59 p. 49, *D.* 2006. IR. 808, obs. ROUQUET ; *AJDI* 2006. 643, obs. LAPORTE-LECONTE ; *RTDciv.* 2006. 797, obs. CROCQ ; *RDC* 2006. 749, note LARDEUX ; *JCP* 2003. I. 195, n° 3, obs. SIMLER et DELEBECQUE

<sup>26</sup> Com. 28 avril 2009, n°08-11616, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 56, *D.* 2009. AJ. 1351, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP* 15 juin 2009. 14, note S. PIEDELIÈVRE

engagement. La violation de la règle n'avait ainsi pas de conséquence sur le consentement de la victime et la sanction peut donc sembler inefficace<sup>27</sup>.

Conformément à l'analyse de Flour, le législateur raisonne de manière abstraite et préventive. Il privilégie une logique objective et automatique assurant la certitude de la sanction. Le positionnement du juge, en respectant rigoureusement les exigences légales, a l'avantage de limiter le contentieux et, dans l'abstrait, est satisfaisant. Cependant, concrètement, il peut paraître absurde dans ses conséquences<sup>28</sup> et est d'ailleurs critiqué par la doctrine, notamment car il favoriserait la mauvaise foi de la caution<sup>29</sup>. De plus, à trop vouloir protéger la caution, c'est la sécurité de la garantie qui est altérée. Les perspectives sont confuses. La Cour de cassation, contrainte sans doute par un texte qui ne laisse aucune marge de manœuvre au juge, refuse de lui accorder un pouvoir d'appréciation et d'adaptation de la règle au cas. Elle adopte alors la même logique que le législateur tout en intervenant sur un plan différent. Ce n'est plus la partie faible qui est protégée voire le litige qui est véritablement en cause, mais l'application de la règle, son autorité, le droit lui-même. Cependant, si la lettre de la règle est respectée mais son esprit violé, n'est-ce pas pousser trop loin l'application du formalisme légal au point de le vider de son sens et finalement de lui porter atteinte ? Un formalisme appliqué sans nuance ni considération de son utilité perd sans doute de son autorité. De plus, il relève de l'office du juge d'assurer le passage du général au particulier, de la règle à l'espèce, dans le respect du droit certes, mais également de la justice, le législateur a-t-il vraiment le pouvoir de l'en priver ? Le débat est complexe et la position de la Cour de cassation n'est pas tranchée puisqu'elle adopte parfois une attitude plus souple face au formalisme légal.

## II. Le juge et l'application souple du formalisme légal

---

<sup>27</sup> C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°219, p. 186

<sup>28</sup> É. BAZIN, « Sanction du formalisme informatif : nullité du cautionnement », *JCP G* . 2006. II. 10131 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *JCP G*. 2006. I. 195

<sup>29</sup> N. DAMAS, « Bail d'habitation, janvier 2006 - décembre 2006 », *D*. 2007. 903 ; C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°222, p. 188

La seconde attitude du juge face au formalisme légal, identifiée celle-ci par Flour, est caractérisée par une souplesse dans son application, « *un recul raisonnable du formalisme* »<sup>30</sup>. Elle n'a pas été totalement remplacée au fil du temps par l'attitude rigoureuse, les deux cohabitent, sans doute pas toujours dans la plus grande cohérence.

La première Chambre civile de la Cour de cassation a par exemple admis, dans un arrêt rendu le 9 novembre 2004 à propos de l'omission de la conjonction « et » entre la mention du montant de l'engagement de la caution et celle de sa durée, qu'elle « *n'affecte ... ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite prescrite par l'article L. 313-7 du code de la consommation* »<sup>31</sup>. Pourtant la Haute juridiction, en permettant au juge de décider quelle omission est ou non de nature à affecter le sens ou la portée de la mention manuscrite, « *ouvre une porte que le législateur avait entendu fermer en exigeant de la caution la reproduction d'une formule prédéterminée et « uniquement de celle-ci »* »<sup>32</sup>. Le juge retrouve ainsi, malgré la rigueur du texte, un nécessaire pouvoir d'appréciation lui permettant d'adapter les dispositions formalistes à la situation, de vérifier que la violation de la règle a des conséquences sur le consentement de la partie protégée.

De manière plus éclatante, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 8 mars 2011<sup>33</sup>, fait une application raisonnée des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation relatifs au formalisme du cautionnement conclu entre une personne physique et un créancier professionnel<sup>34</sup>. Le premier de ces articles prévoit la mention manuscrite devant apparaître sur un contrat de cautionnement et le second celle également exigée pour un contrat de cautionnement solidaire. Il est expressément précisé dans chacun de ces textes que ces mentions sont requises à peine de nullité de l'engagement. En l'espèce, l'engagement de la caution comportait la mention prévue par l'article L.341-2 mais pas celle de l'article L.341-3. Alors que le texte prévoit alors qu'une telle situation a pour conséquence la nullité de l'engagement, la Cour d'appel de Bourges, approuvée par la Cour de cassation,

---

<sup>30</sup> L. AYNES, « Le taux d'un prêt qui n'est pas déterminable au moment de la signature de l'engagement de caution n'a pas à être indiqué dans la mention manuscrite », *D.* 1993. 312 (à propos de Civ., 1<sup>ère</sup>, 9 juin 1993, n° 91-17785)

<sup>31</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 2004, n° 02-17028, *Bull. civ.* I, n° 254 ; *JCP E* 2005, n° 5, p. 183, note D. LEGEAIS ; *JCP G* 2005. I. 135, n° 4, obs. PH. SIMLER ; D. HOUTCIEFF, « Retour sur le formalisme de certains cautionnements », *RDC* 2005. 403

<sup>32</sup> P. CROCQ, « Mention manuscrite et conclusion du cautionnement donné au profit d'un preneur à bail : rigueur ou rigorisme ? (Civ. 3<sup>e</sup>, 8 mars 2006, n° 05-11.042, *Bull. civ.* III, n° 59) », *RTDciv.* 2006. 797

<sup>33</sup> Com. 8 mars 2011, n°10-10699, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 31, *D.* 2011. 1193, obs. V. AVENA-ROBARDET, note Y. PICOD ; *RTDciv.* 2011. 375, obs. CROCQ ; *RTDcom.* 2011. 402, obs. LEGEAIS ; *RDC* 2011. 910, obs. HOUTCIEFF. Voir également : Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 2012, n° 11-12.515, *D.* 2012. Pan. 1578, obs. P. CROCQ ; *ibid.* Act. 1004, obs. V. AVENA-ROBARDET

<sup>34</sup> Sur ces dispositions : D. HOUTCIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003. I. 161

décide que la sanction n'est pas la nullité de l'engagement mais la réduction à un cautionnement simple et non plus solidaire<sup>35</sup>. Cet arrêt est novateur, « *c'est la première fois que dans l'interprétation des dispositions figurant dans le Code de la consommation, la Cour de cassation s'affranchit de la lettre d'un texte* »<sup>36</sup>. Une lecture exégétique du texte imposait la nullité totale du contrat. Cependant, cette sanction peut être considérée comme excessive et fragilisant la garantie<sup>37</sup>. Par cette décision, la Cour de cassation se positionne en faveur d'une plus grande liberté laissée au juge dans la lecture de l'article. La solution paraît raisonnable<sup>38</sup>. Le rôle de l'écrit en matière de cautionnement étant la protection de celui qui s'engage, cet objectif semble pouvoir être rempli par une telle sanction tout en assurant une certaine sécurité juridique pour le créancier. La mention relative au cautionnement simple ayant été respectée, la caution peut être considérée comme suffisamment protégée donc nul besoin est d'annuler le contrat. La solution a notamment été réitérée dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 16 octobre 2012 confirmant la position souple de cette chambre face au formalisme<sup>39</sup>.

Cette attitude tendant à tempérer par la raison le formalisme légal peut être approuvée<sup>40</sup>. « *Le formalisme n'est en effet pas une fin en soi. Serviteur de la protection du consentement des cautions, il ne doit pas être réduit à un « truc » à l'usage des plus roublardes d'entre elles. Son application en doit pas être désincarnée, mais vivifiée, au contraire, par les finalités qu'il tend à accomplir* »<sup>41</sup>. Cependant, « *c'est inévitablement au prix d'un contentieux abondant, parfois hésitant et toujours nourri de l'imprévisibilité liée au pouvoir d'appréciation laissé aux juges* »<sup>42</sup>.

L'ambiguïté de la position de la Cour de cassation met en lumière la difficile mise en balance des intérêts qui doit être mise en œuvre. D'un côté, un respect rigoureux du

---

<sup>35</sup> Monsieur Dimitri Houtcieff, considérant la sanction prévu par le texte comme excessive, avait précisé : « *il eût été suffisant de paralyser les effets de la solidarité, afin de ne point trop fragiliser cette garantie* » (D. HOUTCIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003. I. 161, spéc. § 10)

<sup>36</sup> D. LEGEAIS, « Le non-respect de la mention manuscrite pour que le cautionnement soit solidaire se traduit par un cautionnement simple », *JCP E*. 2011. 1270

<sup>37</sup> Par exemple : D. HOUTCIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003. I. 161, spéc. § 10

<sup>38</sup> À propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bourges : « *C'est la solution qu'impose la raison. Juger est bien difficile quand le législateur déraisonne* » (P. SIMLER et P. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *JCP G*. 2010. 708)

<sup>39</sup> Com. 16 Octobre 2012, n°11-23623, *D.* 2012. 2509, obs. V. AVENA-ROBARDET

<sup>40</sup> P. CROCQ, « La violation de l'article L. 341-3 du code de la consommation n'entraîne pas la nullité du cautionnement tout entier », *RTDciv.* 2011. 375

<sup>41</sup> D. HOUTCIEFF, « Retour sur le formalisme de certains cautionnements », *RDC* 2005. 403

<sup>42</sup> G. LARDEUX, « Formalisme légal contre pouvoir judiciaire d'appréciation », *RDC* 2006. 749

formalisme a l'avantage de la certitude de la sanction et limite le contentieux mais peut conduire à des solutions absurdes et ainsi porter atteinte à l'autorité même du système juridique. D'un autre côté, le pouvoir d'appréciation des juges permet d'adapter les règles aux cas mais emporte une certaine insécurité juridique. Le juge oscille entre un souci de bonne administration de la justice et la cohérence de l'application des règles de droit, entre l'abstrait et le concret. Cette réflexion sur l'attitude du juge face au formalisme légal est, plus largement, à mettre en perspective avec la place ambiguë du juge par rapport au législateur. Il est regrettable que ce dernier rédige des dispositions excluant de manière péremptoire le pouvoir d'appréciation des juges, obligeant ceux-ci à choisir entre un respect du texte aux résultats parfois absurdes et une prise de distance emportant un risque d'insécurité. Le juge lui-même semble éprouver des difficultés à se positionner. Parfois enfermé dans son rôle d'exécutant, il applique la loi sans appréciation et dissimule des pouvoirs pourtant admis. De plus, le juge semble alors faire siennes les préoccupations du législateur et se positionner en amont de la règle de droit et plus au stade de son application, brouillant la frontière entre deux fonctions dont la complémentarité est pourtant essentielle. Parfois conscient des prérogatives qui sont les siennes, le juge s'émancipe de la tutelle légale et applique la loi de manière souple et raisonnée, fait prévaloir la justice de la solution sur le respect des règles<sup>43</sup>. La cohabitation de ces deux attitudes emporte une certaine incohérence mais celle-ci ne prendra fin que lorsque le pouvoir des juges non pas simplement d'appliquer la loi mais également et surtout de l'adapter aux situations factuelles sera pleinement reconnu par le législateur et assumé par le juge lui-même.

---

<sup>43</sup> « *La chambre commerciale semble s'affranchir d'un texte relativement clair à notre sens, mais qui conduisait à une solution inadaptée et juridiquement inacceptable. Elle passe ainsi d'une fonction classique d'interprétation à un véritable pouvoir d'adaptation lui permettant de mettre fin à une incohérence, sans attendre une loi de simplification et de clarification ou encore l'éventuelle grande réforme législative du cautionnement qui tarde à venir depuis les pertinentes propositions de la commission Grimaldi.* » (Y. PICOD, « Le juge au secours du législateur : comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du code de la consommation », *D.* 2011. 1193)