

## CAUTIONNEMENT

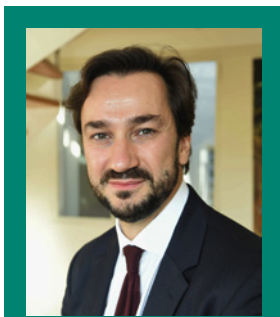
## FICHE PRATIQUE

## Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 : le cautionnement nouveau est arrivé !

GPL432g9

## L'essentiel

Attendue depuis 2006, la réforme du cautionnement mise en œuvre par l'ordonnance n° 2021-1192 est, pour l'essentiel, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022. Cette réforme rassemble le droit commun du cautionnement au sein du Code civil et abroge symétriquement les autres dispositions éparses présentes dans le Code monétaire et financier, le Code de la consommation et la loi du 11 février 1994. Sans bouleverser son régime, cette réforme simplifie les règles applicables en la matière afin de réduire le volume de ce contentieux toujours fécond.



Par

**Florent LOYSEAU DE  
GRANDMAISON**

Avocat à la cour,  
ancien secrétaire de  
la Conférence, ancien  
membre du conseil de  
l'ordre de Paris, ancien  
membre du Conseil  
national des barreaux

Le 16 septembre 2021, l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme des sûretés est parue au *Journal officiel* <sup>(1)</sup>. Cette ordonnance a été prise en application de l'article 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi *PACTE*. Elle entre en vigueur pour l'essentiel au 1<sup>er</sup> janvier 2022 (art. 37), et ne s'applique qu'aux nouveaux cautionnements conclus à cette date (art. 37, I). Les actes conclus antérieurement restent soumis à la loi et à la jurisprudence ancienne (art. 37, II). Toutefois, une exception est prévue pour les obligations

d'information (information annuelle, information sur la défaillance du débiteur principal, information de la sous-caution) qui s'appliquent, au 1<sup>er</sup> janvier 2022, aux cautionnements constitués avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance (art. 37, III). Comme toute ordonnance prise en application de l'article 38 de la Constitution, elle est sujette à une ratification par le Parlement. À cet égard, un projet de loi n° 326 vient d'être déposé en première lecture, le 5 janvier 2022, par le garde des Sceaux devant le Sénat <sup>(2)</sup>.

Cette réforme était attendue de longue date, puisqu'elle avait été exclue de la précédente réforme mise en œuvre par l'ordonnance du 23 mars 2006 <sup>(3)</sup>. Elle affiche trois objectifs clairs : accroître la sécurité juridique, améliorer l'efficacité des sûretés et promouvoir l'attractivité du droit français.

Le cautionnement est désormais inscrit sous le livre IV du Code civil consacré aux sûretés, et constitue le premier chapitre des sûretés personnelles, aux côtés des garanties autonomes et des lettres d'intention. Quatre sections lui sont dédiées, relatives aux dispositions générales, à la formation et à l'étendue du cautionnement, ainsi qu'à l'effet et l'extinction du cautionnement.

Il convient donc d'examiner la nature et la formation de l'acte de cautionnement (I), avant d'examiner son régime et ses modes d'extinction (II).

### I. LA NATURE ET LA FORMATION DE L'ACTE DE CAUTIONNEMENT

#### A. Une nature éclaircie

La nature contractuelle du cautionnement est rappelée par l'article 2288 du Code civil, celui-ci pouvant également être ordonné par la loi ou par décision de justice <sup>(4)</sup>. Le contrat de cautionnement est unilatéral <sup>(5)</sup>, ce qui exclut l'application de la règle dite du double original. En effet, il a été jugé sous l'empire de l'ancien droit, mais de façon transposable aux nouvelles dispositions, que le cautionnement est valable, quand bien même la caution détiendrait un autre exemplaire dans lequel la mention est irrégulière <sup>(6)</sup>.

Il peut porter sur des dettes existantes ou futures, à condition d'être déterminées ou déterminables <sup>(7)</sup>.

Concernant le caractère civil ou commercial de l'acte, la jurisprudence antérieure dissociait la nature de l'acte et la compétence juridictionnelle.

Cette qualification est d'importance car elle permet de déterminer en première instance les juridictions compétentes, de présumer la solidarité et de faire échapper l'acte à la mention manuscrite.

La jurisprudence rappelait que l'acte de cautionnement était par nature un acte civil, accessoire de l'engagement principal, qui pouvait devenir un acte de commerce dès lors qu'était caractérisé un intérêt patrimonial à

(1) V. Y. Blandin, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 », GPL 26 oct. 2021, n° GPL428c3.

(2) <https://lext.so/gNWbvQ>.

(3) Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006.

(4) C. civ., art. 2289.

(5) Conformément à la définition donnée à l'article 1106 du Code civil.

(6) Cass. com., 2 juin 2021, n° 20-10690, FS-P.

(7) C. civ., art. 2292.

la souscription de l'acte principal de commerce<sup>(8)</sup>, ou lorsque l'acte était souscrit pour les besoins du commerce<sup>(9)</sup>. Sans devenir commerçant, le souscripteur d'un tel acte de commerce se trouvait ainsi attiré devant les juridictions consulaires en qualité de signataire d'un acte de commerce, et la solidarité de son engagement avec la dette principale était présumée, sauf clause contraire.

Désormais, le cautionnement de dettes commerciales deviendra, conformément à son caractère accessoire<sup>(10)</sup>, automatiquement commercial sans autres critères de qualification. La jurisprudence n'aura donc plus à s'intéresser à la qualification d'associé dirigeant ou non ou au besoin du commerce. Un indice n° 11 est ainsi ajouté à l'article L. 110-1 du Code de commerce qui prévoit désormais que la loi répute acte de commerce entre toutes personnes les cautionnements de dettes commerciales.

L'assiette du cautionnement porte également, outre sur le principal, sur les accessoires de la dette, à savoir les intérêts de l'obligation garantie, et s'étend également aux frais sauf clause contraire<sup>(11)</sup>. Le principe est inversé quant au droit ancien qui prévoyait que seule la stipulation de la prise en charge des frais permettait leur garantie par la caution.

### B. Des conditions de validité simplifiées

Les règles relatives à la mention manuscrite ont évolué. Les personnes morales ne sont pas concernées par ce dispositif qui ne s'applique qu'aux personnes physiques. Désormais, tous les créanciers, qu'ils soient professionnels ou non, devront faire apposer par la caution une mention selon laquelle elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres, conformément au droit commun applicable en la matière<sup>(12)</sup>.

La mention doit toujours être apposée par la caution, ceci donnant au cautionnement le caractère d'un acte solennel<sup>(13)</sup> car en son absence, il est nul. Toutefois, la mention manuscrite disparaît au profit de la mention apposée par la caution elle-même. Cela autorise désormais l'apposition de la mention obligatoire par voie électronique<sup>(14)</sup>.

Si la caution a renoncé au bénéfice de discussion ou de division<sup>(15)</sup>, dont la définition est désormais donnée à l'article 2305 du Code civil, elle renonce à se prévaloir à l'égard du créancier, qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites. À défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices.

## II. LE RÉGIME ET LES MODES D'EXTINCTION DE L'ACTE DE CAUTIONNEMENT

### A. Une exécution rationalisée

La caution peut désormais opposer toutes les exceptions, inhérentes à la dette et personnelles au débiteur<sup>(16)</sup>, contrairement à la jurisprudence antérieure qui n'autorisait la caution à invoquer que les exceptions inhérentes à la dette, et non celles personnelles au débiteur, comme la nullité relative par exemple<sup>(17)</sup>. Alors même qu'elle n'est pas cocontractante, elle peut désormais invoquer un vice du consentement du débiteur principal.

Dans le cadre des procédures collectives, les règles ont évolué.

Les garants peuvent désormais se prévaloir des délais de grâce profitant au débiteur et ordonnés par le président pendant l'exécution de l'accord de conciliation<sup>(18)</sup>. Auparavant, ce bénéfice n'existait que pour les délais accordés pendant la procédure de conciliation et non en exécution de l'accord.

Dès lors, les mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur profitent également à la caution personne physique en plan de sauvegarde<sup>(19)</sup>. La caution personne morale n'est pas visée par ces mesures. Cela concerne d'abord la suspension des poursuites qui continue de bénéficier à la caution<sup>(20)</sup> personne physique uniquement. En effet, le texte et la jurisprudence antérieure sont reconduits, selon lesquels la caution peut toujours être assignée, mais la procédure est alors suspendue dans l'attente du jugement arrêtant le plan<sup>(21)</sup>. Ensuite, la réforme ne modifie pas la jurisprudence antérieure par laquelle la déclaration faite à la procédure collective initiale n'oblige pas à redéclarer la même créance en cas de liquidation<sup>(22)</sup>. La caution bénéficiaire, de la même façon, de l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels. Enfin, les créances non déclarées ou celles jugées irrecevables<sup>(23)</sup> sont, pendant l'exécution du plan, et ensuite lorsque les obligations du plan ont été exécutées, inopposables à la caution<sup>(24)</sup>.

En redressement, l'article L. 631-14 du Code de commerce opère un renvoi à l'article L. 622-26 du Code de commerce. Toutefois, celui-ci est modifié, et le dernier alinéa de l'article L. 631-14 ancien est supprimé. Celui-ci prévoyait expressément que les coobligés de toute nature, personne physique ou personne morale, ne pouvaient se prévaloir en redressement judiciaire des inopposabilités

(8) Cass. com., 7 avr. 2004, n° 02-12954.

(9) En application de l'ancien article.

(10) Dédit de l'article 2293 du Code civil.

(11) C. civ., art. 2295.

(12) C. civ., art. 1369.

(13) C. civ., art. 1109, al. 2.

(14) C. civ., art. 1174.

(15) CPC, art. 108.

(16) C. civ., art. 2298.

(17) Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15602, P : BICC 667, 15 sept. 2007, rapp. M. Pinot, avis R. de Gouttes ; D. 2007, p. 2201, note D. Hourcade ; D. 2007, AJ, p. 1782, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2008, p. 514, note L. Andreu.

(18) C. com., art. L. 611-10-2.

(19) C. com., art. L. 622-26.

(20) C. com., art. L. 622-28.

(21) Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-10673, FS-PB ; Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2016, n° 14-20553, F-PB ; Cass. com., 8 sept. 2021, n° 19-25686, F-D

(22) Cass. 1<sup>er</sup> civ., 10 mars 2004, n° 01-13508.

(23) Notamment la suite d'un défaut de pouvoir, la déclaration de créance étant considérée comme une action en justice et la justification du mandat permettant de déclarer la créance pouvant intervenir jusqu'au jour où le juge statue : Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-22073 ; Cass. com., 14 mars 2000, n° 96-20223.

(24) C. com., art. L. 622-26.

prévues à l'article L. 622-26, ni des dispositions du plan de redressement. Désormais, en redressement, les cautions de toutes natures pourront se prévaloir des dispositions du plan et de l'inopposabilité des créances non déclarées ou irrecevables.

Dans le cadre de l'ouverture d'une liquidation judiciaire, la fonction de sûreté de la caution en cas de défaillance du débiteur principal retrouve sa fonction. Les créanciers retrouvent ainsi leur droit d'action individuel à l'encontre de la caution.

L'obligation de mise en garde est repensée<sup>(25)</sup>. Elle s'adresse désormais à l'ensemble des créanciers professionnels alors qu'auparavant, elle ne concernait que les établissements de crédit<sup>(26)</sup> et assimilés. Elle continue de bénéficier aux seules personnes physiques et non aux personnes morales.

Mais c'est davantage son objet qui s'est transformé. Elle porte désormais sur les capacités financières du débiteur et non sur celles de la caution. Ce devoir est imposé pour toutes les cautions et pas seulement les cautions averties<sup>(27)</sup>, mettant fin à une casuistique introuvable sur les qualités de profane ou non de la caution elle-même. Le devoir de mise en garde est désormais clairement distingué de la disproportion, il porte désormais sur la seule inadéquation de l'engagement du débiteur principal à ses capacités financières. Enfin, en cas de non-respect, le créancier encourt la déchéance de son droit à hauteur du préjudice subi par la caution à raison de l'inexécution de l'obligation. La nature procédurale de cette déchéance sera celle d'une défense au fond, abandonnant la jurisprudence antérieure qui jugeait que la prescription du devoir de mise en garde courrait à compter de la signature de l'acte<sup>(28)</sup>, qui ne lui est désormais plus applicable<sup>(29)</sup>.

La disproportion est repensée. Sous l'empire de l'ancien droit, diverses dispositions du Code de commerce prévoyaient la disproportion. Avant l'entrée en vigueur de la réforme, deux moments devaient être distingués : celui de la souscription de l'acte de cautionnement, et celui de la poursuite judiciaire de la caution. Au moment de la souscription de l'acte, la disproportion devait s'analyser compte tenu de tous les engagements précédents de la caution<sup>(30)</sup>. Cela imposait à la charge de l'établissement bancaire ou financier une obligation de connaissance complète de la situation patrimoniale de la caution. Le second temps d'analyse était celui du moment où la garantie de la caution était appelée. Alors, les engagements postérieurs à l'acte de cautionnement n'étaient pas pris en compte<sup>(31)</sup>. Les déclarations de patrimoine et d'emprunt de la caution étaient dès lors essentielles pour déterminer l'équilibre

du cautionnement consenti, la charge de la preuve de la disproportion reposant sur la caution<sup>(32)</sup>, celle-ci étant tenue par ses déclarations faites à la banque.

La disproportion<sup>(33)</sup> bénéficie désormais à toutes les cautions personnes physiques, et pas seulement celles pouvant se prévaloir du Code de la consommation en qualité de consommateur ou non professionnel, selon les distinctions posées par l'article préliminaire du Code de la consommation.

Elle porte désormais sur les revenus et patrimoine de la caution, et est uniquement évaluée à la signature de l'acte et non plus au moment où elle est appelée. La sanction n'est plus la décharge mais la réduction du cautionnement aux capacités contributives de la caution à la date de son engagement. Là encore, il semble que la jurisprudence antérieure devra être reconduite en ce qu'elle a jugé que la disproportion est un moyen de défense opposable par la caution, non soumis à la prescription<sup>(34)</sup>.

Concernant l'information annuelle, celle-ci est désormais visée à l'article 2302 du Code civil et remplace les différents dispositifs prévus au Code de la consommation, au Code monétaire et financier et dans la loi n° 94-126 du 11 février 1994. Ces dispositions s'appliquent à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, en application de l'article 37, III, de l'ordonnance. Elle concerne les cautions personnes physiques qui se sont engagées au bénéfice de créanciers professionnels. Elle est également applicable aux personnes morales qui se sont engagées envers des établissements de crédit ou des sociétés de financement. Le coût de l'information est à la charge du créancier, sans possibilité de refacturation à la caution ou au débiteur principal. Conformément à la jurisprudence antérieure, l'omission des informations prévues par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts conventionnels<sup>(35)</sup>. La déchéance se limite aux intérêts non encore payés<sup>(36)</sup>. La sanction du défaut d'information annuelle ne s'applique qu'au taux conventionnel, l'intérêt légal reste dû<sup>(37)</sup>. À nouveau, cette déchéance constitue un moyen de défense au fond et non une demande, et n'est ainsi pas soumise à la prescription<sup>(38)</sup>.

## B. Une extinction précisée

Le cautionnement peut s'éteindre de façon principale, pour une cause qui lui est propre, ou en raison de la règle de l'accessoire, par extinction de la dette principale.

L'article 2314 du Code civil est reconduit. Il prévoit que lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. Toute clause contraire est réputée non écrite. La jurisprudence antérieure est également reconduite. La caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont

(25) C. civ., art. 2299.

(26) La jurisprudence récente a toutefois exclu les opérations d'affacturage notamment, réalisées par des établissements financiers, jugeant qu'ils offrent des avances de trésorerie sans autorisation de découvert, ne sont et ne sont ainsi pas soumises au devoir de mise en garde : Cass. com., 23 sept. 2020, n° 18-21356.

(27) Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19727, (rejet) : Bull. civ. IV, n° 31 – Cass. com., 28 nov. 2006, n° 05-13559 (cassation).

(28) Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18354 ; Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-15116.

(29) Cass. com., 6 juin 2018, n° 17-10103.

(30) Cass. com., 15 janv. 2015, n° 13-23489.

(31) Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-29030 ; Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-15038.

(32) Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-20294 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mars 2021, n° 19-21254.

(33) C. civ., art. 2300.

(34) Cass. com., 8 avr. 2021, n° 19-12741.

(35) Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-14882.

(36) Cass. com., 11 juin 1996, n° 94-15097.

(37) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 oct. 2019, n° 18-19211.

(38) Cass. com., 6 juin 2018, n° 17-10103.

elle a été privée par le fait du créancier, et la valeur de ces droits s'apprécie à la date d'exigibilité de l'obligation de la caution, c'est-à-dire à la date de la défaillance du débiteur principal, sauf si, à cette date, le créancier était empêché de mettre en œuvre la sûreté <sup>(39)</sup>. Il appartient à la caution d'indiquer quel droit précis, susceptible de permettre une subrogation, a été perdu du fait de la seule inaction du créancier <sup>(40)</sup>.

Le nouvel article 2316 du Code civil concerne le cautionnement de dettes futures.

Il précise, dans un souci de sécurité juridique, que lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire. Est ainsi légalement reconnue la distinction doctrinale entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement <sup>(41)</sup>. Selon cette distinction, dès l'instant où il existe, entre le créancier et la caution, un accord de volonté, le contrat est parfait et la caution est liée. La caution souscrit alors une obligation de couverture des dettes du débiteur principal, dettes qui peuvent ne pas être encore nées et qui sont le plus souvent futures.

Naît une obligation de règlement seulement lorsque se cristallise dans le patrimoine de la caution l'obligation de payer (lorsque la dette cautionnée est appelée par le

créancier, après avoir, par exemple, procédé à de vaines poursuites à l'encontre du débiteur principal). La jurisprudence a rappelé que les clauses de durée incluses dans les actes de cautionnement ont pour seul effet <sup>(42)</sup> « de limiter la garantie de la caution au temps convenu par les parties et non d'imposer au créancier d'engager contre elle ses poursuites dans ce même délai ».

Dès lors, l'extinction du cautionnement par l'effet de la résiliation, de la survenance du terme du contrat de cautionnement ou du décès de la caution ne met fin qu'à la seule obligation de couverture et non à l'obligation de règlement.

L'article 2319 du Code civil rappelle que la caution du solde d'un compte courant ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement.

Il convient de garder présent à l'esprit que cette ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, pour réformatrice qu'elle est, reste soumise à la ratification finale par les deux assemblées, en application de l'article 38 de la Constitution. Dès lors, des modifications substantielles peuvent encore intervenir lors des débats entre l'Assemblée nationale et le Sénat.

Décidément, le cautionnement nouveau n'a pas fini de faire parler de lui.

(39) Cass. com., 17 févr. 2009, n° 07-20458.

(40) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2002, n° 99-17245.

(41) C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, 1981, Litec, préf. M. Cabrillac.

(42) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2001, n° 98-16183.