

Décembre 2021

## La réforme du droit du cautionnement

C'est par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 que le droit français des sûretés a été réformé. Afin de renforcer son attractivité et d'attirer des investisseurs étrangers, la réforme a souhaité simplifier et moderniser les dispositions. La réforme touche tant les sûretés personnelles que les sûretés réelles. Elle entrera en vigueur le 1er janvier 2022 et s'appliquera à toutes les sûretés consenties à partir de cette date.

Plusieurs sûretés ont fait l'objet de cette réforme, celle qui retiendra notre attention est le cautionnement. La révolution du droit du cautionnement n'avait pas lieu d'être, mais sa réorganisation était nécessaire. Ainsi plusieurs aménagements profonds ont vu le jour grâce à la réforme.

Historiquement, les dernières évolutions régissant le cautionnement ont été réalisées en dehors du Code civil avec des règles dispersées à travers des législations spéciales, ce qui en complexifiait sa compréhension et son application. La tendance a donc été de faire du Code civil le siège du régime du cautionnement.

Les aménagements apportés sur le fond seront examinés en distinguant les conditions et les effets du cautionnement.

## **I. L'impact de la réforme sur les conditions de formation du cautionnement**

### **L'affirmation du critère de commercialité**

La première innovation porte sur le critère de commercialité du cautionnement. Le cautionnement est un contrat civil par nature. Toutefois, la jurisprudence avait considéré que le cautionnement était commercial, dès lors que la caution, même non commerçante, avait un intérêt patrimonial personnel à garantir une dette commerciale (Cass. com., 7 juillet 1969, n° 68-12.804).

L'ordonnance abandonne ce critère, pour retenir que le cautionnement des dettes commerciales constituera automatiquement un acte de commerce (C. com., art. L. 110-1, 11°).

Le Gouvernement, à travers le rapport remis au Président, justifie son choix par le fait qu'un seul et même tribunal, à savoir le tribunal de commerce, pourra ainsi être saisi pour le contentieux du cautionnement, comme de celui de la dette principale, dès lors que celle-ci est commerciale. Une nouvelle possibilité est également offerte aux parties, qui est de recourir à l'arbitrage. Toutefois, lorsque le cautionnement d'une dette commerciale n'aura pas été souscrit dans le cadre de l'activité professionnelle de la caution, la clause d'arbitrage ne pourra pas être opposée à celle-ci.

Néanmoins, une critique peut-être émise. Le critère de la nature commerciale de la dette garantie paraît difficile à mettre en œuvre et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce point n'irait alors sans doute pas dans le sens d'une sécurité juridique.

### **Le formalisme du cautionnement**

Le nouvel article 2294 du Code civil prévoit que le cautionnement doit être exprès et ne peut pas être étendu au-delà des limites dans lesquelles il est contracté. En effet, à peine de nullité, l'article 2297 nouveau du Code civil prévoit qu'une caution personne physique doit apposer une mention démontrant qu'elle a conscience de la portée de son engagement. Le montant en principal et accessoires de l'engagement de la caution doit être exprimé en chiffres et en lettres, l'article prévoyant que la mention en lettres prévaut.

Le champ d'application du formalisme est étendu à tous les cautionnements consentis par une personne physique, peu important la qualité du créancier, alors qu'il ne visait initialement que les cautionnements consentis au profit des créanciers professionnels. (C. conso., anc. art. L. 331-1 et L. 343-1, abrogés). La protection de la caution devient plus forte.

Surtout, à compter du 1er janvier 2022, est abandonnée la nécessité de reprendre les termes d'une mention préédigée telle qu'elle figurait dans le Code de la consommation, l'objectif étant de réduire le contentieux soulevé par cette contrainte. On se souvient ainsi que

la Cour de cassation avait sanctionné toute erreur qui n'était pas purement matérielle (Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358 et Cass. com. 5 avr. 2011, n° 10-16.426), avant d'admettre les erreurs ou les oublis qui n'altéraient pas le sens et la portée de la mention (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 avr. 2013, n°12-18.544). Désormais, la mention apposée est librement rédigée. Le risque est toutefois qu'un nouveau contentieux apparaisse sur la clarté de cette mention, dont les juges du fond opèreront une appréciation *in concreto*.

L'ordonnance permet également de conclure l'ensemble des sûretés par voie électronique, dont le cautionnement. Dans ce cas, la caution personne physique devra toujours apposer une mention, mais de manière électronique. Aux termes du rapport remis au Président de la République, lever ce frein injustifié à l'ère du numérique est indispensable pour inciter les opérateurs économiques internationaux à utiliser le droit français. Cette modification permet de dématérialiser l'ensemble des cautionnements.

Cette mention apposée par la caution doit tout de même lui faire prendre conscience de la portée de son engagement et l'on peut craindre que, par voie électronique, elle ne remplira pas nécessairement bien cette fonction.

### **Le devoir de mise en garde**

Issu de la jurisprudence, le devoir de mise en garde a été codifié par la réforme à l'article 2299 du Code civil.

Avant la codification, ce devoir de mise en garde ne pesait que sur les établissements de crédits, avec comme seules bénéficiaires les cautions profanes. Désormais, tous les créanciers professionnels y sont tenus et la mise en garde profite aux personnes physiques. L'ordonnance remplace le terme de caution non avertie, par une notion plus objective, à savoir la caution personne physique.

Cela n'est pas sans conséquence puisque les dirigeants sociaux personnes physiques peuvent désormais bénéficier de cette protection même s'ils sont avertis, alors qu'en sont exclues les personnes morales, quand bien même seraient-elles profanes.

Concernant son objet, le devoir de mise en garde ne porte plus que sur le caractère excessif du risque encouru par le débiteur principal. La solution contraste avec la conception jurisprudentielle qui portait à la fois sur la faible capacité financière du débiteur principal, et donc sur le risque que la caution s'exécute, mais aussi sur la disproportion de l'engagement par rapport à l'étendue du patrimoine de la caution (Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-16.790). L'exclusion de la disproportion du cautionnement permet de gagner en clarté et en lisibilité.

Enfin, auparavant, en cas de non-respect de ce devoir, le créancier devait verser des dommages et intérêts venant réparer le préjudice de perte de chance de ne pas contracter de la caution. Ces dommages et intérêts se compensaient avec la dette de la caution (v. not., Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274). Désormais, l'article 2299, alinéa 2 du Code civil prévoit que le créancier perd son droit de poursuivre la caution à hauteur du préjudice subi, ce qui met fin à la compensation.

## **L'information de la caution**

Concernant les rapports entre le créancier et la caution personne physique et notamment les obligations d'information pesant sur le créancier professionnel, le régime a été unifié au sein du Code civil. De plus, ces obligations d'information ont également été étendues au sous-cautionnement.

### **1. L'information annuelle de la caution sur l'évolution de la dette de garantie**

Tout d'abord, l'article 2302 nouveau du Code civil prévoit une obligation d'information relative au montant de la dette. Le créancier professionnel doit informer, chaque année, avant le 31 mars « *toute caution personne physique du montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus, au 31 décembre de l'année précédente sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la précédente information et jusqu'à la prochaine* » (Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 4).

Le créancier professionnel est tenu, en outre, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, dans le cadre d'un cautionnement à durée indéterminée, la faculté de résiliation qu'elle peut exercer à tout moment et les conditions dans lesquelles cela peut être fait. Le Rapport au Président de la République précise ainsi que le créancier ne pourra faire peser ces frais ni sur la caution, ni sur le débiteur principal.

### **2. L'information de la caution sur les incidents de paiement du débiteur**

Concernant l'obligation d'information relative à la défaillance du débiteur, il convient de se référer au nouvel article 2303 du Code civil qui prévoit que le créancier professionnel doit informer la caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. A défaut, il s'expose au même risque de déchéance de la garantie des intérêts de sa créance. (Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 4).

Toutefois, l'article 2303 du Code civil ne précise pas si les frais de cette information seront à la charge du créancier, contrairement à ce qu'indique l'article 2302 du Code civil pour l'information annuelle de la caution sur l'évolution de la dette de garantie.

### **3. L'information de la sous-caution**

L'article 2304 étend ces obligations d'information au sous-cautionnement qui est d'ailleurs désormais défini par l'article 2291-1 du Code civil. Le créancier est donc tenu, en application du nouvel article 2304 du Code civil, de fournir à la sous-caution les mêmes informations que celles dues à la caution au titre des articles 2302 et 2303 du Code civil.

Se pose toutefois la question de la preuve de la fourniture de cette information. Le débiteur de l'information ne doit pas prouver la bonne réception de l'information mais l'envoi et le contenu de l'information.

La réforme ne s'est pas arrêtée aux conditions de formation du contrat de cautionnement. Elle vient également moderniser ses effets.

## II. L'impact de la réforme sur les effets du cautionnement

### Le cautionnement manifestement disproportionné

La question de la disproportion manifeste du cautionnement était abordée dans trois textes du Code de la consommation, d'après lesquels si le cautionnement est manifestement disproportionné, le créancier ne peut plus s'en prévaloir (C. conso., art. L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4).

La disproportion manifeste du cautionnement appelle une sanction radicale pour le créancier : le cautionnement était privé de son efficacité et la caution était intégralement libérée (Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814). Or, la doctrine majoritaire considérait que cette sanction était sévère pour le créancier et favorable à la caution qui pouvait y trouver une occasion, pas toujours justifiée, de s'affranchir de son engagement.

La réforme a substitué une sanction plus souple et plus légère dans le nouvel article 2300 du Code civil qui prévoit désormais la réduction de l'engagement de la caution à hauteur de ce à quoi elle pouvait réellement s'engager au moment de la conclusion du cautionnement. Il s'agit, en quelque sorte, de reproporionner le cautionnement. Celui-ci n'est plus totalement inefficace pour le créancier, mais la caution reste protégée dans la mesure où elle ne pourra pas être poursuivie au-delà de ses capacités financières, même en cas de retour à meilleure fortune. La sévérité de l'ancienne sanction avait toutefois l'avantage de la dissuasion.

### Les exceptions purement personnelles au débiteur opposables par la caution au créancier

Le nouvel article 2298 du Code civil expose les exceptions opposables au créancier par la caution. La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions personnelles ou inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur.

Pour trancher une divergence entre la première et la troisième chambre civile de la Cour de Cassation, la chambre mixte était intervenue le 08 juin 2007 (Cass., Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602) et affirmait que la caution ne pouvait opposer les exceptions purement personnelles au débiteur. Quasi unanimement critiquée par la doctrine, cette jurisprudence

donnait lieu à un abondant contentieux, nécessaire pour tracer le champ des exceptions personnelles qui ne pouvaient être invoquées par la caution.

Désormais, en permettant à la caution d'opposer toutes les exceptions, le législateur espère mettre fin à ce désordre jurisprudentiel.

### **La disparition du recours de la caution contre le débiteur avant paiement**

La réforme supprime le recours avant paiement de la caution prévu jusqu'à présent à l'article 2309 du Code civil. Cet article permettait à la caution d'agir en réparation contre le débiteur avant même d'avoir payé le créancier. Le rapport remis au Président de la République précise que la faculté d'être indemnisée pour la caution, alors même qu'elle n'a pas encore exécuté son obligation, pouvait être critiquable.

Toutefois, cet article servait de fondement au droit reconnu à la caution, lorsque le débiteur principal se trouvait soumis à une procédure collective, de déclarer sa créance, avant paiement du créancier.

C'est pourquoi, afin de ne pas priver la caution de cette faculté, un nouveau texte est inséré à l'article L. 622-34 du Code de commerce par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021. Il précise que « *même avant paiement, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent procéder à la déclaration de leur créance pour la sauvegarde de leur recours personnel* ».