



HAL
open science

La caution profane

Aboudou Ouattara

► **To cite this version:**

Aboudou Ouattara. La caution profane. Droit. Université de Montpellier, 2022. Français. NNT : 2022UMOND024 . tel-04557522

HAL Id: tel-04557522

<https://theses.hal.science/tel-04557522>

Submitted on 24 Apr 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.

**THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER**

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et Science politique

Centre du Droit de l'Entreprise

LA CAUTION PROFANE

Présentée par **Aboudou OUATTARA**

Sous la direction de :

Madame Marie-Pierre DUMONT

Professeure à l'Université de Montpellier

Soutenue le 10 janvier 2022 devant le jury composé de :

Monsieur Christophe ALBIGES, Professeur des universités

Président du jury

Madame Marie-Pierre DUMONT, Professeure des universités

Directrice de Thèse

Madame Martine EXPOSITO, Maître de conférences

Rapporteure

Monsieur Olivier SALATI, Maître de conférences

Rapporteur



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

AVERTISSEMENT

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Au moment où s'achève cette aventure intellectuelle passionnante et exaltante : la thèse, je tiens à adresser ma reconnaissance et ma gratitude aux personnes ayant permis sa réalisation.

D'abord, mes premiers mots de remerciement vont à l'endroit de ma Directrice de thèse, Madame Marie-Pierre DUMONT, pour la spontanéité avec laquelle elle a accepté de diriger cette thèse. Au-delà de sa rigueur scientifique, je tiens à lui traduire toute ma reconnaissance pour sa patience tout au long de la conduite de mes travaux de recherche.

Ensuite, je tiens à dire chaleureusement merci au Professeur Lucas Bento de CARVALHO dont les conseils, l'encadrement et les encouragements m'ont accompagné tout le temps qu'a duré la rédaction de ma thèse.

Je veux également dire merci au personnel du CDE, spécialement Corinne pour sa gentillesse et sa disponibilité, de même qu'à Madame SEGUI, de l'école doctorale. Mes remerciements sont adressés également à des Professeurs du CDE (Madame LISANTI, Messieurs RAYNARD, MOUSSERON, FERRIER, GRIGNON, TEHRANI).

Merci aux amis docteurs du centre avec qui j'ai eu une proximité inoubliable (Ali, David, Jennifer, Maxime, Sarah, Victorine).

Merci aux compagnons de tous les instants, mes proches : Abdoul Karim BAKAYOKO, David Koffi KOUAKOU, Ibrahim SANOGO, Séverin Yao DJÈ, et, à tous les autres, Dada SAÏD, Mouloud IMESSAOUDENE.

Enfin, toute mon infinie gratitude va à l'endroit de mes frères et sœurs, particulièrement à mon frère aîné Amoro OUATTARA (King), pour les sacrifices consentis et son assistance permanente. J'adresse une reconnaissance spéciale à mon épouse Cintia Dominique DOUAN et à notre fils Raheem Youssef, pour avoir accepté et supporté ces années d'éloignement et de privation.

ABRÉVIATIONS

Act. jur. : Actualité jurisprudentielle

Act. Dr entreprise : Actualité droit de l'entreprise

Act. proc. coll : Actualité des procédures collectives

Act. lég. Dalloz : Actualité législative Dalloz

Adde : Ajouter

Aff. : Affaires

AJ. : Actualité juridique

AJC : Actualité juridique des contrats

Al. : Alinéa

Anc. : Ancien

ANLCI : Agence nationale de lutte contre l'illettrisme

Ann. : Annales

Ann. fac. droit : Annales faculté de droit

Archi. ph. Dr : Archive de philosophie de droit

Art. : Article

Banque et droit : Revue de banque et de droit

Bibl. droit : Bibliothèque de droit

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

BJS. : Bulletin joly sociétés

Bull. cass. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambre commerciale

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambre civile

BJS. : Bulletin joly sociétés

CA. : Cour d'appel

Cah. soc. : Les cahiers sociaux

CDE : Cahier de droit de l'entreprise

CDA : Cahier de droit des affaires

Cass. Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. req. : Cassation requête

CCC : Revue de contrats, concurrence et de consommation

C. civ. : Code civil

C. cons. : Code de la consommation

C. com. : Code de commerce

Cons. const. : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'État

Ch. : Chambre

Chap. : Chapitre

Chron. : Chronique

CMF : Code monétaire et financier

Coll. : Collection

Comm. : Commentaire

Comp. : Comparer

Cf. : Confer

Contra. : Contraire

Concl. : Conclusion

D. : Recueil Dalloz

D. actu : Dalloz actualité

D. aff. : Recueil Dalloz affaires

Dec. : Décret

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

Dir. : Direction

DH : Revue Dalloz hebdomadaire

Doss. : Dossier

Dr. et proc. : Droit et procédure

DP : Recueil périodique Dalloz

Dr : Droit

Dr. et patr. : Revue de droit et patrimoine

Dr. Prat. Com. Inter : Droit et pratique du commerce international

Dr. soc. : Droit des sociétés

Doctr. : Doctrine

Ed. : Édition

Exple. : Exemple

EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

Fasc. : Fascicule

GP : Gazette du palais

In : Dans

IR : Information rapide

IUV : Institut Universitaire Varenne

J.-Cl. civ. : Juris-classeur civil

J.-Cl. com. : Juris-classeur commercial

JCP E : Juris-classeur périodique, édition Entreprise

JCP G : Juris-classeur, édition Générale

JCP N : Juris-classeur périodique, édition Notariale

JDS : Journal des sociétés

JORF : Journal officiel de la République française

Jur. : Jurisprudence

L. : Loi

LEDB : L'essentiel droit bancaire

LEDC : L'essentiel droit des contrats

LEDEN : L'essentiel droit des entreprises en difficultés

LEDIU : L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme

LPA. : Les Petites Affiches

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

N° : Numéro

Nouv. Bibl. Thèses : Nouvelle Bibliothèque de Thèses

Obs. : Observations

Ord. : Ordonnance

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

P. : page

PACTE : Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises

Pan. : Panorama

Penant : Revue penant

Préc. : Précité

Préf. : Préface

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

Rapp. : Rapport

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RDBB. : Revue de droit bancaire et bourse

RDBF. : Revue droit bancaire et financier

RDC : Revue des contrats

REDC : Revue européenne de droit de la consommation

Rep. civ. dalloz : Répertoire civil dalloz

Rev. huiss. : Revue des huissiers

Rev. soc. : Revue des sociétés

RG. : Répertoire Général

RID : Revue ivoirienne de droit

RJ. com. : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RLDA : Revue Lamy droit des affaires

RLDS : Revue Lamy droit des sociétés

RLDC : Revue Lamy droit civil

RPC : Revue des procédures collectives

RSJP/C : Revue de sciences juridiques et politiques du Cames

RTD. civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD. com. : Revue trimestrielle de droit commercial et économique

S. : Suivant

SARL : Société à responsabilité limitée

Sect. : Section

Sirey : Recueil Sirey

SNC : Société en nom collectif

Somm. : Sommaire

Spéc. : Spécial

Ss. : Sous

Suppl. : Supplément

T. : Tome

Trad. : Traduction

TGI : Tribunal de grande instance

V. : Voir

V° : *Verbo* (mot)

Vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	9
PREMIÈRE PARTIE : LA QUALITÉ DE CAUTION PROFANE.....	30
TITRE 1 : LA NÉCESSAIRE IDENTIFICATION DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE.....	33
Chapitre 1 : Les modes d'identification de la catégorie de caution profane.....	38
Chapitre 2 : Les limites de l'identification de la caution profane.....	85
TITRE 2 : LA FONCTION ATTACHÉE À LA CATÉGORIE DE LA CAUTION PROFANE	122
Chapitre 1: La recherche d'un équilibre contractuel	123
Chapitre 2 : Les implications du rééquilibrage sur le droit du cautionnement.....	166
DEUXIÈME PARTIE : LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE.....	211
TITRE 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE AU MOMENT DE LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT.....	214
Chapitre 1 : La protection de la caution profane assurée par les règles de fond	217
Chapitre 2 : La protection de la caution profane par le formalisme	294
TITRE 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE	348
Chapitre 1 : La protection de la caution profane en dehors de toute procédure d'insolvabilité	349
Chapitre 2: La protection de la caution profane dans les procédures de surendettement des particuliers et d'insolvabilité	372
CONCLUSION GÉNÉRALE	426

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Selon un auteur, « *il est sans doute peu de termes dans le domaine juridique qui, autant que le cautionnement justifie leur étymologie et la crainte, venue du fond des âges, qu'il inspire* »¹. L'étymologie du mot cautionnement vient de l'expression latine *cautio* (prendre une précaution) et du verbe *cavere* (être sur ses gardes)². Les dispensateurs de crédit, qui souhaitent se prémunir contre un éventuel impayé de leurs futurs débiteurs, prennent une précaution en exigeant très souvent le cautionnement d'un tiers. Ainsi, le cautionnement est-il l'une des sûretés les plus usitées, tant dans les rapports entre particuliers, que dans les rapports entre professionnels³. En effet, le cautionnement est l'une des plus anciennes garanties ayant « *traversé les siècles et les frontières* »⁴, dont l'essor a engendré un contentieux abondant qui « *témoigne tant de sa vitalité que des difficultés de son exécution* »⁵, mais également de sa pérennité⁶.

2. Avant son appréhension par le droit moderne, le cautionnement était présent dans la pratique des sociétés primitives⁷. L'excellence de l'amitié entre Damon et Pythias⁸ dans la Grèce antique nous fournit un exemple très éloquent de cet engagement personnel. En effet, à la suite de sa condamnation pour tentative d'assassinat de Denys le jeune, tyran de Syracuse, Pythias (disciple de Pythagore) avait sollicité un sursis de quelques jours pour régler certaines de ses affaires. Sursis qu'il obtint sous la condition du cautionnement de son ami Damon, lequel s'engagea à subir le même sort si le condamné ne se présentait pas le jour de la sentence. Le condamné se présenta alors même que son ami était sur le point d'être exécuté. Sensible à son attitude, le tyran de Syracuse lui accorda la grâce.

3. L'engagement personnel à garantir une dette qui n'est pas la sienne se retrouve aussi dans un chapitre du livre des proverbes de l'Ancien Testament. À cet égard, il y

¹ P. SARGOS, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », in Rapport de la Cour de cassation 1986, La documentation française, 1987, p. 34.

² G. CORNU, Vocabulaire juridique, 11^e, coll. Quadriges, Paris, PUF, 2016, p. 155, V^o Caution.

³ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, 7^e éd. Sirey Université, 2020, n^o 81, p. 59.

⁴ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, 14^e éd. LGDJ, 2021, p. 53.

⁵ K. M. AGBENOTO, Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives, cotutelle de thèse Universités de Lomé et de Maine, 2008, n^o 1, p. 5.

⁶ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *ibid*, n^o 83, p. 60.

⁷ Y. PICOD, Droit des sûretés, 3^e éd. PUF, 2016, n^o 5, p. 6.

⁸ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, 5^e éd., Lexis-Nexis, 2015, p. 1.

avait un point d'honneur à relever les dangers du cautionnement comme suit : « *Mon fils, si tu as cautionné ton prochain, si tu t'es engagé pour un autre..., mon fils ! dégage-toi, car tu es tombé entre les mains de ton prochain. Presse-le instamment. Ne donne ni sommeil à tes yeux, ni repos à tes paupières. Dégage-toi comme la gazelle du filet, et comme l'oiseau de la main de l'oiseleur* »⁹. La situation de la caution ne semblait guère enviable à cette époque, car elle s'apparentait à celle « *d'un otage entre les mains du créancier* »¹⁰, que la bible rappelle avec sagesse.

4. Des auteurs affirment très justement que, « *l'histoire du cautionnement est cyclique, balançant entre le renforcement des obligations de la caution, qu'appelle l'efficacité, et l'allègement de ses obligations, qu'exige un souci de justice* »¹¹. La balance du droit du cautionnement oscille entre propensions à entourer l'obligation de la caution de précautions et de protections diverses, et la tendance inverse à préserver l'intérêt du créancier qui, le plus souvent, se trouve contractuellement en position dominante¹². Cette recherche continue d'un équilibre entre les droits et obligations respectives des protagonistes n'est pas propre à la période contemporaine¹³. En effet, le cautionnement en tant que sûreté personnelle n'est pas spécifique au droit français, lequel s'est inspiré fortement du droit romain¹⁴.

5. Dans la société romaine antique, le cautionnement trouve son origine dans la solidarité familiale sur laquelle repose l'organisation sociale et se réalise par le biais d'un double contrat verbal, la « *sponsio* » (au bénéfice des citoyens romains) et la « *fidepromissio* » (bénéficiant aux *prérégrins*)¹⁵. Primitivement, la caution s'engageait pour rendre service à un proche, à une personne à laquelle il avait confiance¹⁶. Elle faisait preuve de solidarité et de générosité en raison des liens intimes qu'elle entretenait avec cette personne et donc, n'attendait rien en contrepartie de son engagement. Elle répondait

⁹ Livre des proverbes, chap. 6, 1-5.

¹⁰ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* 2012, p. 36.

¹¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS par L. AYNÈS, P. CROCO, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 14^e éd. LGDJ, 2020, n° 27, p. 41.

¹² Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc. n° 4, p. 5.

¹³ R. VIDAL, *Cautionnement et responsabilité*, Thèse Université de Montpellier, 2015, n° 2, p. 4.

¹⁴ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 5, p. 6, « Le cautionnement se développe dans la Rome archaïque grâce à la facilité avec laquelle il est possible de trouver des cautions ».

¹⁵ J. MACQUERON, « Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron », *Ann. fac. droit d'Aix-en-Provence*, 1958 T. 1, n° 50, p. 101 et s.

¹⁶ C. JALLAMION et C. LISANTI, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaine », in *Le cautionnement – Regards croisés Université-Notariat*, *Dr et patr.* 2008, n° 172, p. 47.

de l'exécution de l'obligation d'abord sur sa personne¹⁷, ensuite sur ses biens¹⁸. Mais, « *au fur et à mesure que les liens familiaux se distendent, la pression sociale et la morale ne suffisent plus et il devient nécessaire de mieux protéger les cautions par la loi* »¹⁹. C'est ainsi que furent adoptées différentes lois pour adoucir le sort de la caution²⁰.

6. Une loi dite *publia* décida que la caution *solvens* pouvait se saisir de la personne de son débiteur en cas de non-remboursement dans un délai de six mois²¹. Une autre loi, *furia*, prévoyait d'une part une prescription au profit de la caution si celle-ci n'est pas poursuivie dans un délai de deux ans après la date d'échéance de la dette, et abrogeait la solidarité entre les cautions²², d'autre part. La loi *Cicéria*, feront obligation au créancier de faire connaître les cautionnements dont il aurait bénéficié pour une même créance. La loi *Cornelia* plafonnait à un certain montant le cautionnement à l'égard d'une même personne²³. L'ensemble de ces lois offraient des recours à la caution, à tel point que l'engagement de la caution devenait peu contraignant.

7. Plus tard, en raison de la surprotection de la caution, les créanciers se détournèrent d'un tel engagement. Cela va engendrer la création d'une nouvelle technique de contrat, formaliste, permettant aux débiteurs d'obtenir qu'on leur fasse à nouveau crédit²⁴ : la *fidejussio*. Ancêtre directe du cautionnement²⁵, elle se traduisait par le fait pour une personne d'assumer les obligations d'autrui comme si c'était les siennes propres. Par cette technique nouvelle, le fidéjusseur est tenu d'une obligation propre, qui est l'engagement de se substituer au débiteur en cas de non-paiement par ce dernier.

¹⁷ A. CASTALDO, J.-PH. LÉVY, Histoire du droit civil, 2^e éd. Dalloz, 2002, n° 745, p. 1047, « À Rome, le mot de cautio désignait une promesse ou un acte écrit servant de preuve. On n'a attribué au cautionnement une origine délictuelle : pour dégager un délinquant, lui éviter par exemple la peine du talion, un parent ou un patron (au sens romain) se présente, qui offre de payer à sa place » ; Ch. MOULY, « Abus de caution ? », *RJ.com*. 1982, p. 13, « Avant que les Romains et les suffragettes n'aseptisent notre droit, la femme donnée comme caution devait payer de sa personne si son mari n'exécutait : le créancier pouvait alors la réduire en esclavage, user de son droit et abuser de la caution ! ».

¹⁸ L. POUDRIER-LEBEL, « La libération de la caution par la faute du créancier », *Les cahiers de droit*, 4 déc. 1987, vol. 28, n° 4, p. 939.

¹⁹ C. JALLAMION, C. LISANTI, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaine », préc. p. 46.

²⁰ M. RÈMOND-GUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G*, 1977, I, 2860, n° 30.

²¹ A. CASTALDO, J.-Ph. LÉVY, *ibid.* n° 745, p. 1088 et s.

²² A. CASTALDO, J.-Ph. LÉVY, *ibid.* n° 745, p. 1075.

²³ Ph. DUPICHOT, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, Préf. Michel GRIMALDI, coll. Thèses, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 63, p. 64.

²⁴ C. JALLAMION, C. LISANTI, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaine », préc. p. 46.

²⁵ D. LEGEAS, Droit des sûretés et garanties du crédit, 11^e éd., LGDJ, 2016, n° 37, p. 43.

Cette dernière, plus stricte, échappe aux règles favorables à la caution, en devenant plus rigoureuse²⁶ à son égard.

8. À l'effondrement de l'Empire romain, sous l'Ancien Droit (droit français), le cautionnement s'efface au profit de la *plègerie*²⁷, qui se distingue du cautionnement tel que pratiqué à l'époque romaine²⁸. En effet, cet engagement, fondé sur l'autorité et l'honneur, se présentait sous deux formes distinctes. D'un côté, le *plège* qui ne devait rien usait de son influence pour exhorter le débiteur à s'exécuter²⁹. D'un autre côté, le *plège* otage qui se constituait prisonnier en cas de non-paiement du débiteur³⁰. Mais progressivement, la *fidējussio* va ressurgir en raison de la découverte des mécanismes du droit romain. La rigueur du traitement réservé primitivement à la caution va s'atténuer à partir du XVI^e siècle, avec la réapparition du caractère accessoire³¹ et des bénéfices de discussion et de division³² : le cautionnement réapparaît ainsi dans le vocabulaire pour définitivement se fixer.

9. Les rédacteurs du Code civil en 1804 s'inspirèrent de la conception romaine pour donner à la France un cautionnement « de bienfaisance », service d'ami. Considéré pendant longtemps comme un modeste contrat. Le cautionnement a connu un essor considérable, en raison du développement du crédit³³, notamment le crédit à la consommation et le crédit immobilier destinés aux particuliers, de même que les crédits consentis aux entreprises. Cet essor est dû également à la technique du cautionnement lui-même, au regard de la simplicité de sa constitution et de son caractère peu dispendieux pour le débiteur. Le cautionnement vise un patrimoine autre que celui du débiteur principal, celui de la caution qui prend l'engagement de garantir la dette d'un autre. Le créancier s'en trouve efficacement protégé, puisque son droit de gage général s'exerce sur deux ou plusieurs patrimoines qui répondront du paiement de la dette. Ainsi est conjuré le risque d'insolvabilité par la multiplication des chances de paiement.

²⁶ M. RÈMOND-GUILLOUD, *ibid.*

²⁷ L. HUPRELLE, La caution dirigeante, Thèse Université de Montpellier 1, 2014, n° 4, p. 14.

²⁸ B. ROMAN, Droit du cautionnement, coll. mise au point, éd. Ellipses, 2005, p. 5.

²⁹ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 5, p. 7 ; A. CASTALDO, J.-Ph. LÉVY, Histoire du droit civil, 2^e éd., préc. n° 749, p. 1055, « Le plège ne doit pas payer lui-même la dette, mais seulement intervenir pour faire payer le débiteur ; user de son influence sur le débiteur, en vue de l'amener à payer ».

³⁰ G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement. Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA, préf. Pascal RUBELLIN, éd. L'Harmattan, coll. Le Droit aujourd'hui, 2017, n° 10, p. 25.

³¹ J.-B. SEUBE, Droit des sûretés, éd. Dalloz, 2016, n° 27, p. 14.

³² Y. PICOD, droit des sûretés, préc. n° 24, p. 39.

³³ S. PIEDELIÈVRE, Droit des sûretés, coll. Cours magistral, éd. Ellipses, 2008, n° 10, p. 7.

10. Le cautionnement résulte d'une convention³⁴ entre la caution et le créancier, malgré l'utilisation par le Code civil de la formule de cautionnement légal ou judiciaire³⁵. En effet, la loi ou le juge peuvent imposer la constitution de cautionnements dans des situations particulières. Néanmoins, ces cautionnements ne perdent pas leur caractère contractuel³⁶. C'est-à-dire que « *lorsque le législateur ou le juge imposent la fourniture de cautionnements, celui qui y est tenu doit trouver une caution qui souscrit bien alors un cautionnement* »³⁷. Il en va par exemple de l'article 601 du Code civil qui exige de l'usufruitier d'un bien de fournir une caution au nu-propiétaire afin de garantir l'intégrité de l'objet de l'usufruit³⁸. Aussi, en référence à l'article 277 du Code civil, le juge peut-il imposer à l'époux débiteur de donner caution ou de souscrire un contrat garantissant le paiement d'une prestation compensatoire³⁹. La loi ou le juge fixe le cadre du cautionnement, dont la source résulte de la convention des parties⁴⁰.

11. Par ailleurs, dans le langage courant, le cautionnement renvoie souvent à la consignation ou au dépôt de valeurs ou d'une somme d'argent par des débiteurs, tenus d'une obligation de restitution, entre les mains de leurs créanciers⁴¹ ou auprès d'un juge pénal dans le cadre, notamment d'une mise en liberté provisoire ou d'un contrôle judiciaire d'une personne mise en examen⁴². Bien qu'il s'agisse de « *dépôt destiné à servir de garantie à des créances éventuelles* »⁴³, celle-ci n'est pas un cautionnement, mais s'assimile plutôt à une variété de gages, donc d'une sûreté réelle⁴⁴, portant sur une

³⁴ Le législateur définit le cautionnement en soulignant sa nature contractuelle : art. 2288 du C. civ. tel que modifié par l'ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés, qui rentrera en vigueur le 1^{er} janv. 2022. « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci »

³⁵ Art. 2289, nouveau du C. civ. issu de l'ord. préc. « Lorsque la loi subordonne l'exercice d'un droit à la fourniture d'un cautionnement, il est dit légal. Lorsque la loi confère au juge le pouvoir de subordonner la satisfaction d'une demande à la fourniture d'un cautionnement, il est dit judiciaire ».

³⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 96 et s, p. 67.

³⁷ D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 46, p. 51.

³⁸ Cass. 3^e civ. 3 févr. 1897 ; DP 1897, note M. PLANIOL.

³⁹ Cass. 1^{re} civ. 28 nov. 2006, n° 04-14035 ; Bull. civ. I, n° 525, p. 464.

⁴⁰ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préf. G. PIETTE, 1^e éd. Gualino, Lextenso 2019-2020, n° 86 et s. p. 56.

⁴¹ Le locataire d'un bail d'habitation, cf. art. 22 de la L. n° 89-462 6 juill. 1989. tendant à l'améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986.

⁴² V.H. PÉRINET-MARQUET, « Le cautionnement pénal », D. 1981, chron. 149, cité par M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés préc. n° 86, p. 62.

⁴³ P. SARGOS, art. préc. p. 34.

⁴⁴ S. PIEDELIÈVRE, Droit des sûretés préc. n° 35, p. 26.

somme d'argent⁴⁵. De même, la pratique a souvent recours au cautionnement dit réel⁴⁶, qui, selon la jurisprudence, est une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers⁴⁷. Dans cette hypothèse, un tiers affecte un de ses biens, meuble ou immeuble, en garantie de la dette du débiteur principal. Le créancier acquiert ainsi un droit réel accessoire, mais pas d'action contre le constituant sur l'ensemble de ses biens ; il n'a pas de droit de créance contre ce dernier. Souvent, des difficultés existent quant à la distinction du cautionnement personnel, garanti par une sûreté réelle, et une sûreté réelle pour autrui. Toutefois le cautionnement ne se confond pas avec la sûreté réelle pour autrui, car, l'un étant personnel, l'autre, réelle. La récente réforme n'a pas remis en cause une telle analyse⁴⁸.

12. Qualifié de « *reine au royaume des sûretés* »⁴⁹, de type personnel⁵⁰, pendant longtemps, le cautionnement « *a donné l'illusion de la stabilité, plan d'eau tranquille en apparence, mais qui bouillonnait dans les profondeurs* »⁵¹. Elle était jusqu'en 2006⁵², la seule sûreté personnelle⁵³ régie par le Code civil qui, en reprenant les « *bénéfices du droit romain a fait le choix de protéger davantage la caution plus qu'elle n'était dans l'ancien droit* »⁵⁴. Cette protection qui n'a cessé d'augmenter va pousser les créanciers à se tourner vers d'autres sûretés personnelles, aux traits excessivement rigoureux

⁴⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*

⁴⁶ Art. 2325, al. 1, nouveau du C. civ., pour la notion, V. M. MIGNOT, « Cautionnement réel : un opportun retour à l'ordre », *RLDC*, 2006, n° 992 ; J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, préf. P. CROCQ, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2009.

⁴⁷ Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n°03-18.10, *Bull. ch. mixte*, n° 7 ; *RDC* 2006, n° 2, p. 458, note D. HOUTCIEFF et p. 445, note C. GRARE-DIDIER, « le cautionnement réel est « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers, laquelle n'implique pas un engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui, n'est pas un cautionnement, lequel ne se présume pas » ; Cass. com., 2 juin 2021, n° 20-12908, *Bull. civ. IV*, 2021 ; *LEDC* 2 juill. 2021, n° 7, p. 7, obs. N. LEBLOND ; *LEDEN* 1^{er} sept. 2021, n° 8, p. 3, obs. P. RUBELLIN ; *GP*. 6 juill. 2021, n° 25, p. 33, note C. BERLAUD ; *GP*. 19 oct. 2021, n° 36, p. 65, obs. C. HOUIN-BRESSAND ;

⁴⁸ V. art. 2323 et s. du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance du 15 sept. Portant réforme du droit des sûretés.

⁴⁹ R. TENDER, « Le cautionnement, éphémère des sûretés », *D.* 1981, chron. p. 129.

⁵⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Doit des sûretés*, préc., pour qui « le cautionnement constitue le modèle de référence de la sûreté personnelle », A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 3, p. 6, « le cœur battant du droit des sûretés personnelles est le cautionnement, qui constitue (...) le modèle de la sûreté personnelle » ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 20, p. 32, « Le cautionnement demeure la sûreté par excellence et par référence » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, Ph. PÉTEL, S. CABRILLAC, *Droit des sûretés*, éd. Litec, 2015, n° 37, p. 35, « Le cautionnement est le régime de base des sûretés personnelles » ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc. n° 891, p. 909, « Le cautionnement constitue la référence constante et demeure l'archétype des sûretés personnelles ».

⁵¹ Ph. THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et patr.* 2001, n° 92, p. 53-54.

⁵² Art. 2287-1 C. civ. ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, « Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ».

⁵³ La sûreté personnelle se conjugue désormais au pluriel.

⁵⁴ C. JALLAMION, C. LISANTI, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines, préc.

comme le très ancien cautionnement romain⁵⁵, à tel point que « *l'on n'a pu se demander si le cautionnement contemporain n'est pas en crise* »⁵⁶. Désormais, le droit du cautionnement voit sa fonction de garantie concurrencée⁵⁷, parfois même supplantée⁵⁸ par l'apparition de nouvelles figures de sûretés personnelles que la liberté contractuelle a permis de concevoir. Les sûretés personnelles alternatives ou de substitution au cautionnement⁵⁹ sont issues pour certaines de l'utilisation parfois détournée⁶⁰, de mécanismes du régime général du droit des obligations⁶¹, donc ayant toujours existé, tandis que d'autres ont été inventées par la pratique internationale pour répondre à ses besoins⁶².

13. Ainsi, des techniques institutions traditionnelles du droit des obligations⁶³, notamment la solidarité et l'indivisibilité⁶⁴, la promesse de porte-fort, la délégation, et la cession de dette, sont-elles utilisées à des fins de garantie personnelle.

14. La solidarité passive et l'indivisibilité ont toujours été perçues comme des mécanismes jouant une fonction de garantie. La solidarité passive est une modalité du lien d'obligation⁶⁵ qui concerne la situation de plusieurs personnes tenues au paiement de la totalité d'une dette unique : il s'agit de codébiteurs solidaires, dont l'engagement personnel ne revêt pas un caractère accessoire⁶⁶. La stipulation d'une clause d'indivisibilité⁶⁷ renforce l'efficacité du mécanisme.

⁵⁵ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., T. I, 1969, p. 339, cités par C. JALLAMION, C. LISANTI, *ibid.*

⁵⁶ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, J. GHESTIN (dir), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 21, p. 23.

⁵⁷ V. en ce sens, C.-A. MICHEL, *La concurrence entre les sûretés*, éd. LGDJ, coll. Thèses, Bibl de droit privé, T. 580, févr. 2018 ; D. NEMTCHENKO *Cours de droit des sûretés*, préc. n° 470, p. 150.

⁵⁸ S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, préc. n° 199, p. 125.

⁵⁹ Sur les sources des sûretés personnelles alternatives, v. A.-S. BARTHEZ, « L'avenir des sûretés personnelles alternatives », *RDBF*, 2016, n° 1, p. 93 ; sur la multiplicité des sûretés personnelles, N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, coll. Nouv. Bibl. Thèses, éd. DALLOZ, 2009, préf. S. PORCHI-SIMON.

⁶⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 427, p. 316.

⁶¹ J. MAXIME, « Réflexion sur la garantie autonome et la lettre d'intention », *RDC*, 13 sept. 2009, n° 3, p. 50

⁶² Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 133, p. 231.

⁶³ En raison de la diversité de ces techniques, nous avons choisis celles qui nous semblent couramment être utilisées. Sinon on pourrait inclure le constitut, le ducroire, l'assurance-crédit...

⁶⁴ V. les art. 1310 et s. C. civ., pour la solidarité et art. 1320 C. civ., pour l'indivisibilité.

⁶⁵ Ch. JUBAULT, « Les "exceptions" dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », *LPA*, 16 janv. 2003, n° 12, p. 4.

⁶⁶ Cass. com. 8 juin 2017, n° 15-28438, *Bull. civ. IV*, 2007 ; *RDC*, 7 déc. 2017, n° 4, p. 51, note D. HOUTCIEFF ; BJS, 1^{er} oct. 2017, n° 10, p. 614, note B. DONDERO ; *Defrénois*, 5 oct. 2017, n° 21, p. 25, note J.-B. SEUBE.

⁶⁷ S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 30 mars 2002, n° 6, p. 355

15. La promesse de porte-fort résulte de l'article 1204 du Code civil et, s'analyse comme l'engagement pris par une personne, le porte-fort de faire souscrire une convention ou de faire exécuter une prestation par un tiers⁶⁸. Le porte-fort promet le fait d'un tiers et, en cas de refus du tiers d'exécuter l'engagement, il doit indemniser le créancier⁶⁹. La jurisprudence semble divisée sur la nature de l'engagement du porte-fort. Pour la chambre civile, l'engagement du promettant a un caractère autonome⁷⁰, alors que la chambre commerciale considère, selon le cas, qu'il s'agit d'une « obligation autonome » (porte-fort de ratification) ou un « engagement accessoire » (porte-fort d'exécution), assimilable à un cautionnement⁷¹. Dans la mesure où le porte-fort ne s'engage pas à se substituer au débiteur principal, mais à indemniser le créancier⁷², en cas de défaut de ratification par le tiers ; le porte-fort peut être considéré comme une garantie personnelle indemnitaire, et non comme un engagement accessoire⁷³.

16. Instituée par l'ordonnance du 10 février 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, la cession de dette est une opération juridique tripartite par laquelle un débiteur, le cédant, avec l'accord du créancier transfère sa dette à un tiers cessionnaire⁷⁴. Elle est dite parfaite lorsque le créancier consent expressément à libérer le débiteur originaire ou imparfaite lorsque le cédant, débiteur originaire, reste solidairement tenu avec le cessionnaire nouveau débiteur⁷⁵. La cession de dette imparfaite peut être utilisée comme une garantie

⁶⁸ J.-F. SAGAUT, « Variations autour d'une sûreté personnelle sui generis: la promesse de porte-fort de l'exécution », *RDC*. 1^{er} juill. 2004, n° 3, p. 840, « La promesse de porte-fort, tant de la ratification que de l'exécution, apparaît comme un élément d'un ensemble plus large, à savoir le contrat d'indemnité : ce n'est pas son propre fait qui génère l'obligation d'indemniser, mais la carence d'autrui (qui refuse de ratifier un acte ou d'exécuter un contrat déjà conclu). Le dénominateur commun à toutes les catégories de porte-fort est leur caractère indemnitaire, dès l'instant où le porte-fort n'est pas parvenu à procurer au bénéficiaire de la promesse le résultat qu'il s'était engagé à atteindre ».

⁶⁹ Cass. 1^{re} civ. 7 mars 2018, n° 15-21244, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *GP*. 27 mars 2018, n° 12, p. 37, note C. BERLUD ; *LEDC*, mai 2018, n° 5, p. 4, note S. PELLET ; *RDC*. 19 sept. 2018, n° 3, p. 352, note G. VINEY ; *Cah. soc.*, mai 2018, n° 307, p. 24, obs. J. ICARD ; « L'inexécution de la promesse de porte-fort ne peut être sanctionnée que par la condamnation de son auteur à des dommages-intérêts. ».

⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 23 janv. 2005, n° 01-15926, *Bull. civ. I*, n° 43, p. 34 ; *Defrénois* 2005, art. 38166, n° 17, obs. J. HONORAT ; *RTD civ.* 2005, 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *CCC*. 2005, comm. n° 81, obs. L. LEVENEUR.

⁷¹ Cass. com. 13 déc. 2005, n° 03-19217, *Bull. civ. IV*, n° 256, p. 283 ; *BJS*. avril 2006, n° 4, p. 482, note J.-F. BARRBIÈRI ; *Defrénois* 15 mars 2006, n° 5, p. 414, note. E. SAVAUX ; *D.* 2006, p. 298, obs. X. DELPECH ; *JCP G*, 2006, II, n° 10021, note Ph. SIMLER.

⁷² Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 158, p. 261.

⁷³ J.-F. SAGAUT, *ibid* ; Cass. com. 18 juin 2013, n° 12-18890, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; *BJS* 1^{er} sept. 2013, n° 9, note J.-F. BARRBIÈRI ; *GP*. 9 nov. 2013, n° 313, note P. PAILLER ; *RDC* 1^{er} mars 2014, n° 1, p. 66, note A.-S. BARTHEZ, « L'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que l'article 1326 du Code civil ne lui est pas applicable ».

⁷⁴ Art. 1327, C. civ., « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette ».

⁷⁵ Art. 1327-2 C. civ., « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette » ; V. en ce sens, M. JULIENNE,

personnelle en fournissant au créancier deux débiteurs tenus à la même dette⁷⁶. En effet, elle réalise une adjonction, et non une substitution de débiteur⁷⁷, car le cessionnaire est économiquement garant mais juridiquement codébiteur⁷⁸. La cession de dette-garantie se distingue juridiquement du cautionnement même solidaire en ce que, ses conditions de mise en œuvre ne sont pas les mêmes et dont la réglementation spécifique ne lui est pas applicable⁷⁹. Elle est semblable à la délégation imparfaite, en ce qu'elle permet une reprise de dette. Toutefois, elle s'en distingue, car, dans la délégation imparfaite, l'engagement du délégué est nouveau et indépendant de l'éventuel engagement du délégant envers le délégataire, alors que la cession de dette se réalise par le transfert de la même dette du cédant à l'égard du créancier, vers le cessionnaire. D'ailleurs, le cédant peut opposer au cessionnaire des exceptions inhérentes à la dette⁸⁰, alors que le délégué n'en bénéficie pas⁸¹. La cession de dette ne se confond donc pas avec la délégation imparfaite.

17. La délégation est une opération juridique entre trois personnes par laquelle une personne, le délégué, s'oblige envers une autre le délégataire, à l'invitation d'une troisième le délégant. La délégation est dite imparfaite ou simple lorsqu'en contrepartie de l'engagement du délégué, le délégataire ne libère pas le délégant. Elle est qualifiée de parfaite ou novatoire lorsque l'engagement du délégué est extinctif de la dette du délégant envers le délégataire⁸². Selon l'article 1336 du Code civil qui la prévoit, « Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ». La délégation se caractérise par l'inopposabilité des exceptions ; à ce titre, elle se distingue du cautionnement et se rapproche plus d'un garant autonome.

« La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.* 1^{er} juill. 2016, n° 260 ; Ph. SIMLER, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *CCC.* mai 2016, dossier 8, n° 13

⁷⁶ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, droit des sûretés, préc. n° 461, p. 340.

⁷⁷ Y. PICOD, « Cession de dette et droit des sûretés » *AJC*, 2017, p. 268.

⁷⁸ R. EFREMOV, « Le financement et la cession de dette », *RDBF*, mars 2017, n° 3924, Étude 7, p. 20.

⁷⁹ V. en ce sens les explications de M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, n° 466, p. 342.

⁸⁰ V. art. 1328 C. civ.

⁸¹ V. art. 1336, al. 2 C. civ.

⁸² R. MARTY, « Délégation de débiteur à titre de garantie et reprise de dette », *LPA.* 30 nov. 2006, n° 239, p. 5.

18. Imaginées par la pratique commerciale internationale⁸³, la garantie autonome⁸⁴ et la lettre d'intention⁸⁵ furent reconnues par les tribunaux dans les années 80⁸⁶ avant d'être incorporées au Code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006. La première est définie à l'article 2321 du Code civil comme étant « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ». Il s'agit d'une « *sûreté personnelle dont le principal trait est l'inopposabilité des exceptions* »⁸⁷, tenant à l'obligation principale ; donc très rigoureux à l'opposé du cautionnement. C'est-à-dire que, l'engagement du garant est indépendant ou autonome de celui du débiteur principal. Le garant, en effet, ne s'oblige pas à se substituer en payant ce dont ce dernier est tenu, mais à procéder au paiement d'une somme d'argent librement déterminée par les parties au contrat de garantie⁸⁸. En tant qu'engagement personnel pour autrui, elle se rapproche du cautionnement, mais s'en éloigne également au regard de son autonomie. C'est pourquoi, elle est qualifiée de sûreté personnelle non accessoire⁸⁹, expression qui, au demeurant peut surprendre, dans le sens où toute idée de sûreté « *postule l'existence d'un certain degré de dépendance avec l'obligation principale* »⁹⁰. La seconde, quant à elle, est appréhendée comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier ». Encore appelée lettre de confort ou de patronage⁹¹,

⁸³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS par L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNES, 14^e éd. LGDJ, 2020, n° 199, p. 205

⁸⁴ Appelée encore garantie à première demande ou garantie indépendante, cf. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS par L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNES, *ibid.*

⁸⁵ R. BAILLOD, « La lettre d'intention », *RTD. com.* 1992, p. 547.

⁸⁶ Pour la garantie autonome, cf. Cass. com. 20 déc. 1982, n° 81-12579, *Bull. civ.* IV, n° 417 ; *D.* 1983, p. 365, note M. VASSEUR ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, « restituant à la demande de la banque, son véritable fondement juridique, la cour d'appel, qui relève que Paribas s'est engagée envers la société Creusot Loire à la payer à première demande, a décidé, à bon droit, que cet engagement ne constituait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions que la société Siegfried pouvait opposer à la société Creusot Loire, tenant à l'inexécution du contrat les unissant »- Pour la lettre d'intention, cf. Cass. com. 21 déc. 1987, n° 85-13173 ; *Bull. civ.* IV, n° 281 ; *Rev. soc.* 1988, p. 398, note H. SYNVEY ; *JCP* 1988, II, 21113, concl. M. MONTANIER ; *RCDIP* 1989, p. 334, note M.-N. JOBARD-BACHELIER, « malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ; qu'il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

⁸⁷ J. MAXIME, « Réflexion sur la garantie autonome et la lettre d'intention », *ibid.*

⁸⁸ Ph. SIMLER, Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, préc. n° 893, p. 913.

⁸⁹ S. PIEDELIÈVRE, Droit des sûretés, *ibid.* n° 209, p. 133.

⁹⁰ J. MAXIME, *ibid.*

⁹¹ Il s'agit de synonymes, à ne pas confondre avec la lettre d'intention, document établi à l'issu de pourparlers contractuels, cf. V. I. NAJJAR, « L'autonomie et la lettre de confort », *D.* 1989, chron. 217.

19. La lettre d'intention consiste pour son souscripteur ou émetteur « *d'exprimer à un créancier bénéficiaire, sa volonté de soutenir, par différents moyens, le débiteur de ce dernier afin qu'il remplisse ses engagements* »⁹². À la différence du cautionnement, l'émetteur de la lettre ne s'engage pas à exécuter lui-même l'obligation principale, il promet d'accomplir ou de s'abstenir de fournir une prestation, qui est un engagement nouveau, dont l'inobservation entraîne l'indemnisation du créancier bénéficiaire. Pour cela, elle est très souvent qualifiée de sûreté ou de garantie indemnitaire⁹³. Elle se distingue également de la garantie autonome, dans le sens où l'émetteur de la lettre ne promet pas le versement d'une somme d'argent⁹⁴, mais plutôt s'engage à l'accomplissement d'une prestation en nature⁹⁵.

20. La variété des sûretés personnelles, alternatives ou de substitution au cautionnement tire leur existence, « *du régime du cautionnement jugé trop favorable aux cautions et parfois très contraignant pour les créanciers* »⁹⁶. Elles peuvent par ailleurs être rangées dans trois catégories différentes⁹⁷. Tout d'abord, les sûretés personnelles accessoires pour lesquelles la fonction de garantie est subsidiaire⁹⁸, avec une pluralité de garants tenus à la même dette, mais dont un seul en supportera le paiement : la solidarité passive et la cession de dette. Ensuite, les garanties dites indépendantes ou autonomes,

⁹² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 470, p. 347.

⁹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid* ; Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP* 1990, I, 3427, n° 13 ; D. MAZEAUD, « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire : la lettre d'intention », in *Dialogues avec M. JEANTIN*, perspectives du droit économique, Dalloz 1999, p. 341 et s. ; E. NETTER, *Les garanties indemnitaires*, Thèse Université de Strasbourg, 2010 ; *contra* J. MAXIME, *ibid*, « Afin de restituer une certaine normalité à la lettre d'intention, on insiste sur le fait qu'en cas de manquement à son obligation, le garant engagera sa responsabilité envers le créancier – par où l'on retrouve la figure classique d'un bénéficiaire créancier d'une somme d'argent envers un tiers garant. Sur la base de cette présentation, la doctrine a cru pouvoir identifier dans la lettre d'intention la figure de proue d'une nouvelle catégorie, celle des « garanties indemnitaires », où elle côtoierait le portefort d'exécution et l'assurance-crédit. Cette présentation n'a en réalité rien d'une évidence. La différence est de taille entre un confortant qui promet un « soutien apporté à un débiteur » et un assureur ou un porte-fort dont l'engagement porte directement sur le versement d'une indemnité. L'idée de réparation, qui n'a d'ailleurs pu jouer aucun rôle dans l'apparition des lettres d'intention dès lors que celles-ci étaient initialement dépourvues de sanction, ne se concrétise ni lorsque le garant honore sa promesse, ni même lorsque le bénéficiaire décide d'en poursuivre l'exécution en nature. 17. Il est vrai que le garant qui manque à sa parole engage sa responsabilité, mais cela suffit-il vraiment à qualifier cette garantie d'"indemnitaire", sauf à voir dans tout contrat un "engagement indemnitaire", au motif que sa violation expose au paiement de dommages et intérêts ? ».

⁹⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS par L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, préc. n° 225, p. 231.

⁹⁵ M. JULIENNE, « Réflexion sur la garantie autonome et la lettre d'intention », *RDC*. 13 sept. 2019, n° 3, p. 50.

⁹⁶ Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G* 1990, I, 3427 ; D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 318, p. 259.

⁹⁷ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 434, p. 323 et s. Néanmoins d'autres classifications pertinentes existent, notamment, les sûretés personnelles légales et les techniques contractuelles utilisées à des fins de garanties, ou même les garanties autonomes et les garanties indemnitaires.

⁹⁸ J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian MOULY*, T. 1, 1998, Litec, p. 138 ; A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, coll. Recherches juridiques, éd. Economica, 2013, préf. P. CROCQ, n° 450, p. 307 et s. ; H. WESTENDORF, *Le transfert des sûretés*, éd. Defrénois, coll. de Thèses, Doctorat & Notariat, T. 54, préf. P. CROCQ, A. PRÜM, n° 245, p. 181 et s. ; D. ARLIE, « À propos du degré de subsidiarité du cautionnement », *LPA* 24 sept. 2018, n° 191, p. 5.

en ce qu'elles confèrent au créancier un droit d'agir directement contre le garant en bénéficiant de l'inopposabilité des exceptions⁹⁹ : la délégation imparfaite, la garantie autonome. Enfin, les garanties dites indemnitaires qui sont, les mécanismes par lesquelles un rapport juridique est adjoint à un engagement principal, dont la finalité est de conforter la bonne exécution de ce dernier, l'inexécution par le garant de sa prestation étant sanctionnée par l'indemnisation du créancier¹⁰⁰ : la promesse de porte-fort, la lettre d'intention.

21. Relevant de la catégorie des sûretés personnelles¹⁰¹, ces sûretés nommées ou innommées, se distinguent toutefois du cautionnement. Si, elles consistent dans l'engagement d'une ou plusieurs personnes à satisfaire le créancier en se substituant au débiteur dans l'acquittement de la dette¹⁰², elles sont pour certaines indépendantes de l'obligation principale et, pour d'autres, elles consistent à indemniser le créancier.

22. En tant qu'engagements de nature personnelle, les sûretés personnelles se distinguent des sûretés réelles - qui elles se matérialisent par « *l'affectation d'un ou plusieurs biens en garantie du paiement de la dette du débiteur* »¹⁰³. La sûreté réelle confère au créancier un droit réel en vertu duquel, celui-ci peut se « faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation »¹⁰⁴. Ainsi, lorsque la sûreté concerne l'engagement personnel à garantir la dette d'un débiteur, elle est dite personnelle. Elle est dite réelle, quand un bien meuble ou immeuble du débiteur ou du tiers constituant est affecté à la satisfaction du créancier¹⁰⁵.

⁹⁹ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 429, p. 318 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS par L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *ibid.*, n° 209, p. 216 ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 133, p. 231 et s.

¹⁰⁰ Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc. n° 38, p. 44 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *ibid.*, n° 468 p. 345.

¹⁰¹ L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant, *D.* 2017, p. 1717, proposait une définition de la sûreté personnelle comme suit : « La sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur », qui n'a pas adoptée par l'ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés, JORF 16 sept. 2021

¹⁰² M. JULIENNE *ibid.*

¹⁰³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*, n° 710, p. 499 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 385, p. 308 ; V. art. 2323, nouveau du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés, « La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier »

¹⁰⁴ Art. 4, al. 2 de l'acte uniforme OHADA portant droit des sûretés.

¹⁰⁵ S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, préc. n° 292, p. 181.

23. Historiquement, les sûretés étaient personnelles, car elles portaient sur la personne même du débiteur ou du garant. Mais, « *l'individualisation de la propriété privée, le développement économique, multiplicateur des richesses, la diversification des patrimoines ont conduit à l'émergence et à la prépondérance des sûretés réelles sur les sûretés personnelles* »¹⁰⁶. Cependant l'utilisation des techniques du régime des obligations à des fins de garanties et l'apparition des nouvelles figures de sûretés personnelles évoquées précédemment, combinées au « laminage des droits des créanciers titulaires de sûretés réelles »¹⁰⁷ par le droit des procédures collectives¹⁰⁸, ont engendré un regain d'intérêt pour les sûretés personnelles¹⁰⁹.

24. Conçues pour garantir le paiement des créances non réglées dès leur naissance ou le remboursement des prêts, les sûretés sont les filles du crédit¹¹⁰. Cependant, par un phénomène de rétroaction, les sûretés assurent le développement du crédit¹¹¹, à tel point qu'elles sont devenues les irremplaçables auxiliaires de crédit¹¹².

25. Le concept de sûreté vient du mot latin « *securitas* » qui signifie sécurité. Elle consiste donc à procurer au créancier de la sécurité, de la confiance, en conjurant le risque d'insolvabilité de son débiteur et lui assurer le paiement de sa créance. En l'absence de définition légale, deux approches se sont opposées en doctrine. La première dite technique appréhende la sûreté comme « *l'affectation au bénéfice du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine par l'adjonction aux droits résultant normalement du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore la situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit dégage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »¹¹³.

Il en résulte trois traits essentiels, sa finalité consistant dans l'amélioration de la situation

¹⁰⁶ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, 7^e éd. Dalloz, 2016, n° 4, p. 8.

¹⁰⁷ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 14, p. 23.

¹⁰⁸ G. PIETTE, Droit des sûretés : sûretés personnelles, sûretés réelles, 11^e éd. Lextenso, 2017, p. 17.

¹⁰⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *ibid.*

¹¹⁰ M. CABRILLAC, C. MOULY, Ph. PÉTEL, S. CABRILLAC, Droit des sûretés, n° 5, p. 5.

¹¹¹ M. CABRILLAC, C. MOULY, Ph. PÉTEL, S. CABRILLAC, *ibid.*

¹¹² Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, préc. n° 3, p. 6.

¹¹³ P. CROCQ, Propriété et garantie, éd. LGDJ, 1995, Bibl. de droit privé, T. 248, préf. M. GOBERT, n° 282, cité par N. BORGA, L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés, préc. n° 7, p. 8. Le législateur OHADA s'est approprié les critères proposés par le professeur CROCQ, en disposant en son article 1^{er} relatif au droit des sûretés que la sûreté l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant ».

juridique du créancier ; son effet, celui d'apporter de la satisfaction au créancier ; sa technique qui est celle de l'accessoire, permettant de la distinguer de la notion de garantie. La seconde approche, dite fonctionnelle, considère la sûreté comme « *tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions* »¹¹⁴. Qu'il s'agisse de la définition technique ou fonctionnelle, on peut constater que les sûretés sont intimement liées à la satisfaction du créancier¹¹⁵, à qui elles sont censées procurer une garantie quant au recouvrement de sa créance.

26. Les termes de sûreté et de garantie sont employés indifféremment, alors qu'elles ne recouvrent pas nécessairement la même réalité. En effet, selon des auteurs, la sûreté n'est pas une notion, mais un concept disparate¹¹⁶, qui s'analyse vaguement comme *une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, la loi, le jugement ou une démarche conservatoire et qui a pour finalité juridique exclusive de le protéger contre l'insolvabilité du débiteur* »¹¹⁷. La garantie, quant à elle, semble être constituée de tous les avantages spécifiques à un créancier dans le but de faire face à l'insolvabilité de son débiteur¹¹⁸. C'est-à-dire que la garantie s'entend de tout mécanisme destiné à assurer la sécurisation de la formation et de l'exécution des obligations, telle par exemple, la garantie des vices cachés, l'assurance-crédit, le crédit-bail, l'exception d'inexécution... Ainsi, le terme de garantie semble plus étendu que celui de sûreté qu'il englobe nécessairement, c'est-à-dire que la sûreté fait partie d'un ensemble plus vaste qui est la garantie ; de sorte qu'habituellement il est affirmé que toute sûreté est une garantie, mais inversement toute garantie n'est pas nécessairement une sûreté¹¹⁹. On peut également affirmer dans le même sens que tout cautionnement constitue une garantie mais l'inverse n'est pas établie¹²⁰ : le cautionnement n'étant qu'une variété parmi

¹¹⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 4^e Dalloz, 2004, n° 37, p. 26, cité par N. BORGA, *ibid.*

¹¹⁵ N. BORGA, « Les charmes de l'exclusivité face à la procédure collective ; bientôt le chant du cygne ? », in Confrontez le droit des sûretés, coll. actu. dr. entreprise (dir) J. RAYNARD, éd. LexisNexis, mars 2020, n° 1, p. 115.

¹¹⁶ M. CABRILLAC, C. MOULY, Ph. PÉTEL, S. CABRILLAC, préc. n° 2, p. 2 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 7, p. 5.

¹¹⁷ M. CABRILLAC, C. MOULY, Ph. PÉTEL, S. CABRILLAC, *ibid.*

¹¹⁸ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 4, p. 5.

¹¹⁹ Y. PICOD, *ibid.*

¹²⁰ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : perspectives d'évolution du cautionnement en Droit OHADA, Thèse Toulouse 1 2014, p. 8.

d'autres de garantie personnelle accessoire¹²¹. Quoi qu'on en pense, ces deux vocables ont en commun le même effet, celui d'améliorer la situation du créancier chirographaire¹²². C'est en référence à cet effet commun que nous utiliserons indistinctement l'un ou l'autre pour désigner le cautionnement.

27. La consécration par l'ordonnance du 23 mars 2006 de nouvelles sûretés personnelles, notamment la garantie autonome et la lettre d'intention ne semblent pas avoir affaibli l'attrait pour le cautionnement. D'ailleurs, la prééminence du contrat de cautionnement dans la législation interne est indiscutable. En effet, les dispositions relatives au cautionnement sont les plus importantes¹²³ et il est la seule sûreté personnelle qui bénéficie d'une réglementation complète, bien que son éclatement l'ait rendu parfois illisible. En effet, depuis sa codification en 1804, le cautionnement n'avait pas connu une réforme majeure¹²⁴ et avait gardé ses rides accumulées durant deux siècles¹²⁵. Alors que, de « petit contrat » à cette époque, il a profondément évolué, en devenant un indispensable instrument de l'activité économique, en raison de l'essor du crédit aux particuliers et aux entreprises, mais également des atouts qui lui sont reconnus par les créanciers. Les changements profonds liés à l'essor économique vont faire naître des besoins nouveaux, notamment en matière de crédit, contraignant ainsi le cautionnement à devoir s'adapter. Il va alors se « *bancariser totalement* »¹²⁶, en s'ouvrant au monde des affaires¹²⁷ et cette adaptation se fera pour l'essentiel sur la base des textes inchangés du Code civil. Pourtant, ces textes considérés comme obsolètes, archaïques, s'adaptent difficilement à l'évolution des exigences économiques de la société contemporaine¹²⁸.

28. « *Pris dans une zone de fortes turbulences à la fin des années 70* », il s'installe au cœur des problématiques qui traversent le droit privé contemporain : équilibre des intérêts des contractants, devoir de tempérance à la charge du créancier, renaissance du

¹²¹ M. MIGNOT, « Présentation générale », in La réforme du droit des sûretés, (dir) L. ANDREU et M. MIGNOT, coll. Colloques & Essais, éd. IUV, 2019, p. 10.

¹²² M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 11, p. 8.

¹²³ Un chapitre composé de quatre sections regroupant trente-trois articles depuis l'ord. du 23 mars 2006 et qui est passé, avec l'ord. du 16 sept. 2021, à un chapitre de quatre sections et trois sous-sections, avec le même d'articles, mais plus dense, alors que la garantie autonome et la lettre d'intention sont, chacune constituée d'un article unique dans le chapitre qui leur est consacré. Ce choix du législateur peut sûrement s'expliquer par la volonté de ne pas porter atteinte à la liberté contractuelle qui préside souvent à la création des autres garanties personnelles.

¹²⁴ V. la réforme du cautionnement par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés.

¹²⁵ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », *RLDA* 2008, n° 31, p. 103.

¹²⁶ D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 55, p. 56.

¹²⁷ Ph. SIMLER, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N*, 1987, I, 199.

¹²⁸ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, coll. HyperCours, 7^e éd. Dalloz, 2019, n° 2, p. 3.

formalisme, justice distributive au profit de la partie faible, interaction avec le droit consommériste et les droits de l'insolvabilité¹²⁹.

29. Le législateur va réagir, mais de manière maladroite et désordonnée¹³⁰. Animé par le souci de protéger certaines cautions réputées faibles, il va briser le régime unitaire du cautionnement, en ne soumettant pas les cautions aux mêmes règles. Les textes applicables à cette vieille institution civiliste se sont alors retrouvés dans des textes spéciaux, notamment le Code de commerce, le Code monétaire et financier et le Code de la consommation, dont la velléité expansionniste est de plus en plus affichée.

30. La jurisprudence, prise dans « *un élan de compassion* », participe également à l'éclatement du cautionnement. Adoptant une certaine rigueur à l'égard des créanciers, inversement, elle observait un certain excès de bienveillance à l'égard des cautions¹³¹, dont l'opposition aux poursuites des créanciers, quasi systématique, est facilitée par les nombreux moyens de défense qui leur sont reconnus¹³². Il en est résulté une méfiance, une désaffection des créanciers pour cette garantie, qui ne les protégeait pas assez du risque d'immobilisation de leurs créances¹³³, parfois même de l'insolvabilité du débiteur. Elle opère un changement et applique de manière différenciée les règles régissant le cautionnement, en référence aux compétences et connaissances du créancier et de la caution. Ainsi, soumet-elle à des obligations particulières le créancier professionnel et conserve sa bienveillance à l'égard de la seule caution profane¹³⁴. Elle établit alors, une distinction entre la caution dite avertie et la caution non avertie ou profane¹³⁵, la seconde méritant une protection plus importante que la première, considérée comme rompue aux opérations de garantie. Cette solution se situe dans la logique du droit de la consommation où l'on dissocie la situation du consommateur de celle du professionnel.

¹²⁹ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 82, p. 59.

¹³⁰ D. LEGEAIS, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Mélanges au doyen Philippe SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 367.

¹³¹ D. LEGEAIS, *ibid.*

¹³² D. LEGEAIS, « la faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », *LPA*, 5 mars 1997, n° 28, p. 4 ; Cass. com. 13 oct. 2015, n° 14-19734, *Bull. civ.* IV, n° 837 ; *LPA*, 3 févr. 2016, n° 24, p. 8, note A. DUMERY ; *RDC*. 2016, n° 2, p. 286, obs. C. PELLETIER ; *Defrénois* 30 janv. 2016, n° 2, p. 72, obs. J.-B. SEUBE ; *GP*. 22 déc. 2015, n° 356, p. 15, note S. AMRANI-MEKKI.

¹³³ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 13, p. 23.

¹³⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 mai 2005, n° 03-14446, *Bull. civ.* I, n° 200 p. 169 ; *GP*. 8 nov. 2005, p. 17, n° 312 ; Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-15362, *Bull. civ.* IV, n° 18 ; *BJS*, juin 2007, n° 6, p. 713, obs. J.-F. BARBIÈRI ; *RDC*. 1^{er} avr. 2008, n° 2, p. 423, obs. D. HOUTCIEFF ; Cass. 1^{re} civ. 1^{er} oct. 2014, inédit, n°13-16273 et Cass. 1^{re} civ. 15 oct. 2014, inédit, n° 13-20919 ; *GP*. 19 févr. 2015, n° 50, p. 20, note S. PIEDELIÈVRE.

¹³⁵ S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, préc. n° 33, p. 24 ; E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », *Dr et patr.* 2012, n° 218, p. 36.

31. Pour mieux protéger les cautions vulnérables¹³⁶, le législateur optait pour une autre logique, celle qui consiste à dissocier les cautions personnes physiques des cautions personnes morales, les premières bénéficiant d'une protection plus accrue. Ainsi, la caution peu importe qu'elle soit avertie ou profane, dès lors qu'elle est une personne physique, mérite protection¹³⁷. Il n'y avait plus lieu de distinguer entre le consommateur et le professionnel. L'inquiétude au sujet de l'efficacité du cautionnement¹³⁸ ne s'estompait guère, en raison même de l'extension des règles à toutes les personnes physiques, consacrant ainsi un droit commun du cautionnement par le droit de la consommation¹³⁹.

32. Pendant longtemps, toutes les cautions obéissaient aux mêmes règles. Par la suite, le cautionnement contemporain, marqué par la diversité des acteurs et des actes, a cessé d'être organisé selon une logique d'indifférence à la qualité des personnes impliquées dans cette opération. Le contentieux considérable qui en résulte, n'a pas laissé indifférents les spécialistes, au-delà, toutes les personnes qui s'intéressent à la matière. Des voix autorisées¹⁴⁰ se sont fait entendre, pour demander une réforme du cautionnement et de manière globale, celle des sûretés.

33. C'est ainsi qu'en 2003, à la veille du bicentenaire du Code civil, un groupe de travail présidé par le professeur Michel GRIMALDI a été chargé de réformer le droit des sûretés dans sa généralité. Au terme de ses travaux, cette commission a remis, le 31 mars 2005, un rapport au garde des Sceaux prenant la forme notamment d'un avant-projet de réforme concernant aussi bien le droit des sûretés personnelles que celui des sûretés réelles, destiné à constituer un livre IV du Code civil. Le Gouvernement a, alors, souhaité procéder à sa mise en œuvre par voie d'ordonnance. Malheureusement,

¹³⁶ X. LAGARDE, « Avant-propos », in Rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, La documentation française, p. 56.

¹³⁷ CA. Montpellier, 1^{er} mars 2011, n° RG 09/12378, M. Z. c/ SA Banque Populaire du Sud ; GP. 12 mai 2011, n° 132, p. 26 ; Cass. com. 10 juill. 2012, inédit, n° 11-16355, *LEDB* 1^{er} sept. 2012, n° 08, p. 6, note M. MIGNOT ; GP. 20 sept. 2012, n° 264, p. 16, chron., obs. C. ALBIGES, M.-P/ DUMONT-LEFRAND.

¹³⁸ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, coll. Bibl. de droit privé, T. 456, éd. LGDJ, 2006, n° 4. et s.

¹³⁹ S. PIEDELIÈVRE, « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003 », *Defrénois* 15 nov. 2003, n° 21, p. 1371 ; B. ROMAN, « La loi pour l'initiative économique et l'exigence de mention manuscrite dans le cautionnement : une réforme malvenue », *GP*. 20 nov. 2003, n° 324, p. 2 ; F. PASQUALINI, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », *LPA*, 3 févr. 2004, n° 24, p. 3 ; contra D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 304.

¹⁴⁰ Ph. SIMLER, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire du Code civil, Dalloz 2004 ; Th. REVET, « Le droit civil hors le Code civil. Présentation », *LPA*, 8 juin 2005, n° 113, p. 3 ; Ph. SIMLER, « Une réforme à venir : la réforme du cautionnement », in le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, *Dr. proc.* 2006, p. 41.

l'habilitation qui a été donnée par le Parlement dans la loi « pour la confiance et la modernisation de l'économie » du 26 juillet 2005 n'a été que partielle. En conséquence, tout un pan de la réforme, et notamment les dispositions relatives au cautionnement, devait être reporté. Dans les limites de cette habilitation et en s'appuyant sur les travaux de la commission « Grimaldi », l'ordonnance du 23 mars 2006¹⁴¹ a donc réformé de façon nettement moins ambitieuse que prévu. Elle consacrait la garantie autonome et la lettre d'intention et se contentait d'une numérotation des textes relatifs au cautionnement : l'occasion venait d'être manquée pour réformer le cautionnement¹⁴².

34. Toutefois, l'effervescence autour d'une refonte globale des sûretés s'est maintenue. C'est dans cette attente que, près d'une décennie après l'ordonnance du 26 mars 2006, à la demande de la chancellerie, l'Association Henri Capitant a constitué une commission en vue d'élaborer des propositions de réforme du droit des sûretés. Le groupe de travail, présidé par Michel GRIMALDI, a proposé un avant-projet en septembre 2017¹⁴³. Le 22 mai 2019, l'article 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite « loi Pacte »¹⁴⁴, a autorisé le gouvernement à réformer par ordonnance le droit des sûretés dans un délai de deux ans de manière à parachever la réforme entreprise en mars 2006. L'objectif assigné à l'ordonnance par cette loi est de simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs et garants. La réforme attendue¹⁴⁵, est intervenue et, entrera en

¹⁴¹ V. déjà sur cette réforme, Dossier « La réforme du droit des sûretés » : *D.* 2006, p. 1289 et s. ; Dossier « Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés » : *JCP G*, 2006, suppl. au n° 20 ; Ph. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés. Un Livre IV nouveau du Code civil » : *JCP G*, 2006, I, n° 124 ; V. AVENAROBARDET, « Réforme des sûretés : présentation de l'ordonnance du 23 mars 2006 » : *D.* 2006, p. 908 M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », in dossier « Rapport Grimaldi : pour une réforme globale des sûretés » : *Dr. et patr.* n° 140, 2005, p. 49 et s. ; P. CROCQ, « La future réforme du droit des sûretés réelles », *RLDC*, 2005/20, n° 829 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, « Le projet de réforme du droit des sûretés » : *RLDC*, 2006/25, suppl., p. 91 M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés » : *RDC*, 2005/3, p. 782.

¹⁴² D. LEGAIS, « Une symphonie inachevée » : *RDBF*, mai/juin 2005, n° 3, p. 67 ; D.R. MARTIN, « Quel gâchis ! » : *RDBF*, mai/juin 2005, n° 3, p. 72 ; Ph. SIMLER, « 2006, une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP N* mars 2006, n° 12, 1109.

¹⁴³ Ass. Henri Capitant, « Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés », préc. p. 1717, obs. M. GRIMALDI, D. MAZEAUD et P. DUPICHOT ; F. MACORIG-VENIER, « L'avant-projet de réforme des sûretés de l'Association Henri Capitant et les modifications apportées au livre VI du Code de commerce » *BJE* 1^{er} janv. 2018, n° 1, p. 10 ; J. D. PELLIER, « Une certaine idée du cautionnement. À propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant », *D.* 2018, p. 686 ; A. GOUEZEL, L. BOURGEROL, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678 ; G. PIETTE, D. NEMTCHENKO, « L'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *Lexbase hebdo.* ed. aff., 1^{er} févr. 2018, n° 540 ; A. BEZERT, « L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant : un coup d'épée dans l'eau ? », *RLDC* 2018, n° 155.

¹⁴⁴ Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises.

¹⁴⁵ M. BOURASSIN, « Obligations d'information annuelle des cautions : vivement la réforme ! », *GP*, 25 févr. 2020, n° 8, p. 69.

vigueur le 1^{er} janvier 2022¹⁴⁶. On peut se satisfaire de la volonté affichée du législateur de moderniser les sûretés, notamment le cautionnement, dont les règles remontent à deux siècles, afin de l'adapter aux nécessités économiques modernes, de même qu'à la complexité et à la célérité des échanges économiques.

35. L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, portant réforme du droit des sûretés, suscite néanmoins quelques réserves¹⁴⁷, particulièrement en matière de cautionnement. En effet, le maintien de certaines règles au bénéfice de la seule caution personne physique, là où il aurait été indiqué de les circonscrire au profit des cautions qui les méritent, c'est-à-dire les cautions profanes, comme le faisait très justement la jurisprudence, ne nous semble pas justifié. La réforme des sûretés, qui entrera en vigueur dans quelques semaines, n'a pas souhaité consacrer la caution profane ou non avertie. Cette retenue étonne alors, même que la jurisprudence ne cesse d'y faire référence, en lui accordant certains bénéfices. Qu'elle soit reconnue¹⁴⁸ ou non¹⁴⁹, par la doctrine, la caution profane est une figure centrale dans le droit positif du cautionnement¹⁵⁰. Par ailleurs, « *Les hypothèses dans lesquelles la règle juridique proscriit un comportement qui, même sans répercussion sur les tiers, est de nature à porter atteinte au patrimoine de son auteur se multiplient. La protection de la personne contre elle-même devient chose courante. Le droit multiplie les prescriptions tendant à protéger la personne contre les conséquences de son imprudence, de ses errements ou de ses égarements : la limitation apportée par le droit à l'engagement de la personne, sa capacité de faire des*

¹⁴⁶ V. ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés, JORF du 16 sept. 2021 ; cf. Y. BLANDIN, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 », *GP*. 26 oct. 2021, n° 37, p. 14 ; L. MOLINA « Les nouvelles exceptions opposables par la caution », *LEDC* 3 nov. 2021, n° 10, p. 3 ; N. LEBLOND, « Réforme des sûretés par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 : simplification et efficacité », *LEDC* 3 nov. 2021, n° 10, p. 1 ; G. CATTALANO-CLOAREC « Le cautionnement disproportionné est désormais mollement sanctionné », *LEDC* 3 nov. 2021, n° 10, p. 2.

¹⁴⁷ Pour une étude d'ensemble, v. La réforme du droit des sûretés, (dir) L. ANDREU et M. MIGNOT, *ibid.* spéc. M. MIGNOT, « Présentation générale », p. 9 ; Y. BALNDIN, « Quelle méthode pour la réforme du droit des sûretés ? », *D. actu.* 4 juill. 2018 ; O. GOÛT, « Quelle réforme pour les sûretés dans la loi Pacte ? » *AJC* 2019, p. 264 ;

¹⁴⁸ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* 2012, n° 218, p. 36, « ...Les mesures en faveur de la caution non avertie peuvent décourager le créancier en quête de certitude et d'efficacité de la sûreté. Faut-il dès lors supprimer cette distinction ? La proposition est tentante au vu des critiques mais elle s'oppose à plusieurs arguments : le régime jurisprudentiel du cautionnement continue sur de nombreux points à s'organiser autour de cette distinction. Le nier reviendrait donc à ignorer nombre de solutions ».

¹⁴⁹ C. ALBIGES, « La recodification du droit du cautionnement-Formalisme, proportionnalité et obligations d'information, quelles perspectives », in La réforme du droit des sûretés, préc. n° 18, p. 81, à propos du formalisme, « ...si une telle distinction pouvait se justifier à propos de l'application des dispositions intégrées dans le Code de la consommation, elle demeure moins adaptée lorsque la mesure est formulée dans le Code civil. Ce dernier doit s'appliquer à toute personne physique, sans qu'il soit nécessaire d'imposer des nuances en fonction de la qualité de celui qui s'engage »

¹⁵⁰ D. NEMTCHENKO, Le droit des sûretés au prisme de la faute. Contribution à l'analyse de la notion de sûreté, coll. centre Pierre Kayser, PUAM, 2020, n° 340 et s.

choix. Cette multiplicité de la protection de la personne contre elle-même révèle l'émergence de nouvelles oppositions portant à la fois sur les personnes qu'il convient de protéger et sur les actes dont il convient de protéger »¹⁵¹.

36. La catégorisation des contractants apparaît, aujourd'hui, plus que nécessaire au regard « *de certaines réalités sociales caractérisées par le déséquilibre entre les parties contractantes. Les contrats conclus de nos jours ont pour caractéristique principale l'inégalité des parties. Dès lors, on comprend l'urgence qu'il y avait à utiliser une catégorisation afin d'assurer un certain équilibre contractuel : soit pour réduire ou augmenter les droits et les obligations selon l'état des parties, soit pour les soumettre à des règles particulières arguant de la position de faiblesse de l'une des parties* »¹⁵². Cette démarche s'inscrit dans la recherche d'un équilibre entre l'objectif de l'attractivité économique, qui suppose une garantie efficace et l'impératif de sécurité juridique qui nécessite la protection¹⁵³ de certaines catégories de caution : protéger la caution contre le créancier et contre elle-même.

37. Le cautionnement est une matière qui passionne au regard de l'interaction qu'il entretient avec plusieurs branches du droit, notamment le droit des obligations, le droit des biens et le droit du crédit. Pour cela, il est l'objet de diverses études. Mais, aucune étude approfondie n'existe, permettant d'appréhender le cautionnement lorsqu'il émane d'un profane. Toutefois, un article lui a été consacré par un auteur dans le cadre du droit OHADA¹⁵⁴, à l'occasion d'un hommage rendu au Professeur LABORDE¹⁵⁵. L'objectif étant de trouver l'équilibre nécessaire entre l'efficacité du cautionnement et la nécessaire protection de la caution profane, une préoccupation en émerge, celle de se demander si cette dernière est suffisamment protégée par le droit positif.

38. L'analyse de la situation de la caution profane dans le droit positif du cautionnement s'inscrit dans cette perspective. Elle présente plusieurs intérêts. D'un point de vue théorique, tout d'abord, l'actualité juridique recommande de lever le voile sur la situation de la caution profane. À cet égard, il convient tout particulièrement de

¹⁵¹ D. ROMAN, « À corps défendant : La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, chron. p. 1284.

¹⁵² M. ZIO, « L'information des consommateurs », *LPA*, 30 avr. 2019, n° 86, p. 80.

¹⁵³ P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Christian MOULY*, T. 2, Litec, 1998, p. 317 ;

¹⁵⁴ D. POHÉ-TOKPA, « La caution profane en Droit OHADA : La balkanisation du droit du cautionnement », *Des liens et des droits*, in *Mélanges en l'honneur de J.- P. LABORDE*, p. 162.

¹⁵⁵ Professeur émérite, Président honoraire de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.

mesurer l'influence du droit de la consommation sur le droit du cautionnement. Les interactions entre les mécanismes de protection du droit commun des contrats et ceux du droit du cautionnement méritent également d'être envisagées, à la lumière des réformes récentes dont les deux disciplines ont fait l'objet. La situation de la caution profane ne saurait être appréhendée indépendamment d'une approche comparative entre la situation de surendettement des particuliers, d'une part, et des entreprises en difficulté, d'autre part. Sur un plan pratique, ensuite, cette étude est un outil permettant aux juristes, praticiens du droit, au monde économique et aux citoyens de mieux appréhender le cautionnement, dont la formation requiert plus de prudence et de vigilance. L'objectif étant de permettre de se prémunir contre les dangers du cautionnement. Aussi, contribuera-t-elle à mettre le cautionnement en sûreté, le sauver de la crise profonde dans laquelle elle a sombré¹⁵⁶, tout en lui permettant de procurer la sécurité attendue d'elle, là où les sûretés ne sont plus sûres¹⁵⁷.

39. La présente étude qui porte sur la caution profane abordera préalablement la reconnaissance de la qualité de la caution, qui induit de prendre parti sur la notion de profane (**Première partie**), avant de mettre en lumière les règles destinées à sa protection ou susceptibles de la protéger (**Deuxième partie**).

Première partie : La qualité de caution profane

Deuxième partie : La protection de la caution profane

¹⁵⁶ Ph. DUPICHOT, « Une ordonnance pour plus de sûreté », *BJS*. 1^{er} nov. 2021, n° 11, p. 1.

¹⁵⁷ B. MONASSIER, F. MICHEL, « Les sûretés ne sont plus sûres », *Dr. et patr.* 2001, n° 92.

PREMIÈRE PARTIE

LA QUALITÉ DE CAUTION PROFANE

40. L'article 2288 du Code civil¹⁵⁸ définit désormais le cautionnement comme « *le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci* ». La définition ci-dessus évoquée n'invite pas à établir une distinction fondée sur la qualité des personnes susceptibles de souscrire à un tel engagement¹⁵⁹. En effet, il n'est organisé au profit d'aucune catégorie de cautions, aucun régime spécial, c'est-à-dire que le Code civil n'envisage pas la particularité du cautionnement lorsqu'il est consenti par un professionnel ou un non professionnel, par une personne profane ou non. A priori la qualité des parties n'impose guère de développements spécifiques. Pourtant, s'il y a une des parties qui donne son appellation au contrat, et dont la situation mérite une attention toute particulière, c'est bien la caution parce qu'elle est la personne centrale de la convention¹⁶⁰. Par ailleurs, « *la figure du profane* », « *le professionnel face au profane* », particulièrement la référence à la caution profane a, de tout temps, été présente dans la grande diversité des contractants en matière de garantie et qui, depuis les années 1980 n'a cessé d'alimenter le contentieux du cautionnement.

41. On est surpris par le fait qu'après plus de deux siècles¹⁶¹, le législateur n'ait pas pris en compte la diversité de la catégorie des cautions¹⁶². Alors que, « *petit contrat* »¹⁶³ hier, le cautionnement est aujourd'hui « *un contrat protéiforme* »¹⁶⁴, marqué par la diversité de ses

¹⁵⁸ Le cautionnement est appréhendé à travers la personne de la caution car l'article 2288 du Code civil disposait que, « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ». Pour affirmer le caractère contractuel du cautionnement, le législateur a réécrit l'article 2288 du Code civil en disposant que « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci », ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés, in JORF. du 16 sept. 2021

¹⁵⁹ V. en ce sens Ph. DUPICHOT, « L'efficience économique des sûretés personnelles », *LPA* n° 74 14 avr. 2010, p. 5, « Le Code civil de 1804 était lui-même empreint d'une profonde volonté de protections des cautions, même si celle-ci n'était pas attaché à la qualité des cautions ».

¹⁶⁰ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e éd. Dalloz, 2020, n° 84, p.55. Ils s'écrivent à ce propos que « de façon significative la définition du contrat de cautionnement est appréhendée par le biais de la personne de l'une des parties : la caution. Celle-ci est la personne centrale de la convention, à tel point que le terme de « caution » supplante parfois ou se confond à celui de « cautionnement ». Ainsi, bien que le terme « caution » désigne, au sens strict, la partie débitrice au contrat de cautionnement, il vise parfois, par extrapolation, le contrat lui-même.

¹⁶¹ Le cautionnement a été repris au titre de garantie personnelle par le Code civil de 1804.

¹⁶² Ph. THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et patr.* 2001, n° 92, p. 53.

¹⁶³ Ph. THÉRY, *ibid.*

¹⁶⁴ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 95, p. 59.

figures. Par ailleurs, en tant que convention, il est concerné par les diverses évolutions qui traversent généralement le droit des contrats et est souscrit par diverses catégories de personnes aussi bien dans les rapports entre particuliers, entre professionnels, que dans les rapports entre professionnels et particuliers. Ainsi, la pratique contemporaine¹⁶⁵ a-t-elle vu émerger en droit du cautionnement des notions aussi variées qu'importantes, soit à l'initiative de la jurisprudence, soit par le biais de la doctrine.

42. Si l'une d'entre elles, en l'occurrence le créancier professionnel semble avoir reçu une définition en jurisprudence¹⁶⁶, ce n'est pas le cas de la caution profane, une notion tout aussi importante dans l'appréciation de l'efficacité de ce mécanisme de garantie. Cette catégorie de cautions, qui est souvent au cœur du contentieux, consacrant « *une judiciarisation du cautionnement* »¹⁶⁷, émerge sans que l'on puisse lui donner un contenu précis et lui assigner des limites. Alors qu'il serait intéressant, de lui assigner un contenu par une définition abstraite, claire afin d'en limiter son application casuistique par les tribunaux¹⁶⁸ ; de sorte à ne pas porter atteinte aux prévisions des parties¹⁶⁹. Fruit d'une tendance jurisprudentielle qui s'amplifie et qui consiste à soumettre les catégories de cautions à des règles différenciées, la catégorie de caution profane gagnerait en clarté si certains critères étaient privilégiés dans la qualification de ce standard juridique¹⁷⁰. La promotion de ce standard juridique à travers des critères précis

¹⁶⁵ D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », Aspects actuels du droit des affaires, *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz 2003, p. 658.

¹⁶⁶ Cass. 1^{re} civ. 9 juill. 2009, n° 08-15910 ; *Bull. civ. I*, n° 173 ; *LEDC*, 2 sept. 2009, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *GP.*, 29 sept. 2009, n° 272, p. 10, note Y. DAGORNE-LABBE ; *LPA*, 21 oct. 2009, n° 201, p. 13, note O. CUPERLIER ; *D.* 2009, p. 2032, obs. X. DELPECH., *D.* 2009, p. 2067, obs. C. Creton ; *JCP G* 2009, n° 40, n° 286, note S. PIEDELIÈVRE, « le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ». La Cour de cassation reprend ici une définition déjà proposée par Laurent AYNÈS, « La réforme du cautionnement par la loi *Dutreil* », *Dr. et patr.* 2003, n° 120, p. 29 ; Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-26630, *Bull. civ. IV*, n° 2, *LEDC*, mars 2012, n° 3, p. 5, note S. BERNHEIM-DESVAUX.

¹⁶⁷ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : perspectives d'évolution du cautionnement en Droit OHADA, préc. n° 40, p. 45 ; D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 663, selon qui, « le droit du cautionnement est devenu très jurisprudentiel. De toutes pièces, le juge a multiplié les régimes spéciaux et les règles spécifiques applicables à des cautionnements ou à des cautions déterminées » ; C. ALBIGES, « La caducité et le contrat de cautionnement. État des lieux et perspectives », le juriste dans la cité, *Mélanges en la mémoire de Ph. NEAU-LEDUC*, LGDJ, 2018, n° 1, p. 1, écrit que « depuis la seconde moitié du XX^e siècle, les recours à un contrat de cautionnement, en constante augmentation, ont suscité des contentieux de plus en plus fréquents, portés devant les juridictions ».

¹⁶⁸ Selon le professeur BOURASSIN, l'incertitude à laquelle aboutie la mise en œuvre jurisprudentielle de la distinction entre caution avertie et caution profane provient de l'appréciation au cas par cas et le refus de toute présomption, impose le recours à une qualification *in concreto*, sur la base de divers critères relatifs aux compétences de la caution, à ses expériences professionnelles et aux relations qu'elle entretient avec le débiteur.

¹⁶⁹ L. B. DE CARVALHO, L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique, préf. G. AUZERO, LGDJ 2018, n° 291, p.199.

¹⁷⁰ L. B. DE CARVALHO, L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique, préc., n° 290, p. 198.

aboutirait à une « *démarcation nette entre les catégories dignes de protection et celles dont la [la connaissance et la compétence] ne requièrent aucune sollicitude particulière* »¹⁷¹.

43. Le statut de caution profane correspond nécessairement à « *un besoin de protection des cautions, c'est-à-dire les plus faibles, les moins rompues aux pratiques juridiques et commerciales* »¹⁷². À l'inverse de cette tendance jurisprudentielle, les différentes réformes parcellaires¹⁷³, depuis des dizaines d'années, de même que la récente réforme du droit des sûretés, n'ont pas « *consacré de règles différenciées selon le niveau, réel ou supposé, de vulnérabilité de la caution, selon les liens, personnels ou professionnels, entretenus avec le débiteur* »¹⁷⁴.

44. Prendre en compte la situation particulière de la caution profane est le fruit de la complexité qui entoure aujourd'hui la souscription aussi bien du cautionnement contemporain que de la rédaction de l'obligation principale. De même, son existence révèle « *l'extrême diversité des domaines et des circonstances dans lesquels le cautionnement trouve application* »¹⁷⁵. Dans cette hypothèse, elle met en lumière la distinction suivant les personnes qui souscrivent le cautionnement, notamment l'aptitude de celles-ci à se porter cautions, justifiant parfois la bienveillance dont elles sont l'objet depuis quelques décennies. Selon Monsieur LEGEAIS « *toutes les cautions ont longtemps été soumises aux mêmes principes. [Mais], ce n'est plus vrai aujourd'hui, car, le législateur et le juge tentent en effet de renforcer la protection des cautions qui ne sont pas en mesure d'apprécier le risque pris en s'engageant. [Et] des solutions spécifiques sont ainsi retenues lorsque la caution est profane* »¹⁷⁶. Pour éclairer son régime juridique, c'est-à-dire le rendre clair et précis¹⁷⁷, il nous semble nécessaire de procéder d'abord à l'identification de cette catégorie de caution (Titre 1), pour ensuite mettre en lumière la fonction qui en ressort (Titre 2).

¹⁷¹ L. B. DE CARVALHO, *ibid.*

¹⁷² G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. p. 104 ; D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 657 à 658.

¹⁷³ On fait allusion aux textes relatifs au cautionnement introduits dans le Code de la consommation, dans le Code de commerce, dans le Code monétaire et financier et dans la loi du 6 juillet 1989 relative au bail d'habitation, qui établissent une distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales

¹⁷⁴ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. n° 99, p. 63.

¹⁷⁵ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, 5^e éd. Litec 2015, n° 67, p. 78.

¹⁷⁶ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, 12^e éd. LGDJ, 2017, n° 52, p. 54.

¹⁷⁷ D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 657.

TITRE 1

LA NÉCESSAIRE IDENTIFICATION DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE

45. Dans une société où les échanges se développaient principalement dans un cadre domestique ou de proximité¹⁷⁸, la caution était toujours un proche, un particulier qui par son acte rendait gracieusement service à un ami ou à un parent¹⁷⁹. Cette sorte de cautionnement n'a pas cessé d'avoir cours, comme l'atteste une abondante jurisprudence¹⁸⁰. Mais « *la caution ne fait plus aujourd'hui l'objet d'une présentation unitaire puisque le service d'ami que le cautionnement incarnait fait désormais place à une pièce maîtresse du développement du crédit* »¹⁸¹. Ainsi, apparaît-elle comme un personnage aux multiples visages¹⁸².

46. Cette diversité des cautions¹⁸³ s'explique par l'évolution permanente de la garantie¹⁸⁴, d'une part et, sa facilité à s'adapter au développement économique et social, précisément à tous les types de crédits, d'autre part. Ce dynamisme, qui révèle un attrait à la fois « *vivant et foisonnant* »¹⁸⁵, dissimule la facette d'une garantie souvent incertaine et imprévisible¹⁸⁶. Cela pourrait se justifier par la complexité des rapports économiques et sociaux, mais aussi par « *des retouches législatives aussi disparates que maladroites* »¹⁸⁷ et une évolution jurisprudentielle

¹⁷⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd Dalloz, 2014, p. 12.

¹⁷⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 7^e éd., Dalloz, 2016, n° 40, p. 34.

¹⁸⁰ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *ibid.*

¹⁸¹ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. n° 218, p. 36.

¹⁸² C. JALLAMION, C. LISANTI, « Le cautionnement, perspectives historiques et contemporaines », *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 50.

¹⁸³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 75, 47.

¹⁸⁴ D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Les droits et le Droit, Dalloz 2007, p. 599.

¹⁸⁵ B. BOULOC, « Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Rev. soc.* 1992, p. 2.

¹⁸⁶ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. p. 103 ; D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 657. L'auteur écrit « Plus que d'autres, le droit des garanties a besoin de certitudes. Le créancier qui se fait consentir une sûreté doit en connaître à l'avance le régime juridique. Il doit être en mesure d'apprécier le sort qui lui est réservé en cas de défaillance de son débiteur. La prévisibilité du droit des garanties est ainsi de nature à conforter le prêteur et par là même à favoriser le crédit. Pour que cet impératif soit satisfait, deux exigences préalables doivent toutefois être respectées. D'une part, le régime de chaque garantie doit être clairement précisé. D'autre part, les règles appliquées par le juge doivent avoir une certaine permanence. Or, aucune de ces deux exigences n'est aujourd'hui respectée. Rien de surprenant dès lors que le droit des garanties soit devenu imprévisible ».

¹⁸⁷ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », *ibid.*

pléthorique¹⁸⁸, souvent hésitante¹⁸⁹ et fluctuante¹⁹⁰, engendrant l'apparition de nouveaux types de cautionnements, donc de nouvelles catégories de cautions. Tout ceci intervenant de manière peu ordonnée et peu cohérente, brouille le régime juridique de cette garantie et entame « *la simplicité, la souplesse, l'intelligibilité et la prévisibilité du contrat de cautionnement* »¹⁹¹.

47. Parallèlement, les textes du Code civil (articles 2288 à 2320)¹⁹², socle commun à toute espèce de cautionnement¹⁹³, avaient connu peu de changement depuis 1804¹⁹⁴ alors même que, c'est sur cette base, les applications se sont diversifiées¹⁹⁵. En effet, le cautionnement n'avait connu aucune modification de fond lors de la réforme des sûretés accomplie par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Faute d'habilitation législative du gouvernement à réformer le cautionnement par ordonnance, il avait fait l'objet d'une simple renumérotation dans un nouveau livre IV dédié aux sûretés. La réforme du cautionnement étant devenue indispensable, le gouvernement français avait présenté un projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, dont l'article 16 prévoyait une habilitation du gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des sûretés. Ayant été exclu de la réforme de 2006, le cautionnement était immédiatement visé par l'article 16 du projet de réforme qui indiquait qu'il s'agissait de « 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 »¹⁹⁶. C'est

¹⁸⁸ A. GOUËZEL, L. BOUGEROL, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification, *D.* 2018, p. 678.

¹⁸⁹ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », *ibid.*

¹⁹⁰ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. p. 103 ; D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles, préc. p. 658. Il écrit à ce propos « Or, force est alors de constater que la situation est pour une part large due à des revirements de jurisprudence récents ou à des divergences de jurisprudence entre les chambres concernées de la Cour de cassation. Ces courants contraires qui animent ainsi notre plus haute juridiction affectent le droit des garanties dans ce qu'il a de plus fondamental.

¹⁹¹ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 26, p. 17.

¹⁹² V. la numérotation des anc. art. 2011 à 2043 dans un nouveau livre IV du Code civil, issue de l'ord. du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

¹⁹³ D. LEGEAIS, « Le code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E*, 2003, II, 1433.

¹⁹⁴ L'ord. 2021-1192 du 15 sept. 2021 a réformé le cautionnement et les nouvelles dispositions rentreront en vigueur le 1^{er} janv. 2022.

¹⁹⁵ R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *Mélanges offerts à J. DERRUPE, Les activités et les biens de l'entreprise de l'entreprise*, Paris, Litec 1991.

¹⁹⁶ V. art. 16, 1° du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, étude de J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés est en marche ! », *in* étude d'impact du PACTE (Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises), *D. actu.* 25 juin 2018.

que semble avoir accompli l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme des sûretés, mais pour un résultat mitigé¹⁹⁷ à certains égards.

48. La relation contractuelle qu'engendre l'engagement de caution est naturellement déséquilibrée. Car, la compétence, voire même, la supériorité financière, informationnelle, et intellectuelle dont dispose le créancier, lui permettant souvent d'imposer "sa loi" à la caution, devient problématique quand celle-ci est profane, et suscite un contentieux abondant. En effet, *« à l'instar d'autres contrats unilatéraux, le cautionnement instaure une situation déséquilibrée entre les contractants. Ce déséquilibre ou cette absence d'équilibre, n'est pas à proprement parler, recherché par la caution, mais davantage subi, d'autant que la concrétisation de ce déséquilibre dépend pour l'essentiel de la défaillance d'une personne extérieure à la caution, le débiteur principal. Ce déséquilibre, juridique d'abord, est la transcription d'un déséquilibre, plus général, imprégnant l'opération de cautionnement: si l'on n'est pas caution contre son gré, on le devient fréquemment sous le poids des contraintes économiques, sociales ou encore morales, conduisant à ce que la caution, au moins lorsqu'elle est profane, offre son engagement pieds et poings liés au créancier »*¹⁹⁸.

49. L'inclination contemporaine du droit des contrats pour un équilibre contractuel¹⁹⁹, répondant à un impératif de justice contractuelle²⁰⁰, afin de mieux protéger certains contractants, a non seulement favorisé dans le droit du cautionnement l'émergence de cette catégorie de cautions, mais aussi un clivage entre les cautions, car, *« se dessinent, de manière progressive, mais sans correspondre à des catégories tranchées, des distinctions entre cautionnements consentis par des personnes physiques et des personnes morales, entre ceux consentis à titre professionnel ou non professionnel ou encore entre caution « avertie » ou au contraire « profane »*²⁰¹.

50. La recherche d'équilibre traduit un besoin de protection des cautions et, depuis le début des années 1980, la Cour de cassation s'est engagée dans un mouvement de protection des

¹⁹⁷ Y. BLANDIN, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 », *GP*, 26 oct. 2021, n° 37, p. 14.

¹⁹⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M. N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, préc. p. 56 à 57.

¹⁹⁹ Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 19, p. 30.

²⁰⁰ M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ 2006, n° 123, p. 61.

²⁰¹ Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 4^e éd. Litec 2008, n° 66, p.75.

cautions, en général²⁰², mais en particulier des cautions non averties, se caractérisant par la protection de celles-ci contre la rigueur de leur engagement²⁰³. Protéger les cautions apparaît souhaitable ; mais toutes les cautions ne requièrent pas la même protection²⁰⁴. Parce qu'en pratique, elles ne sont pas toutes logées à la même enseigne²⁰⁵. En effet, il est difficilement concevable que soit traité de la même manière, l'établissement de crédit, le dirigeant social d'une entreprise, l'artisan, le cultivateur, lorsque ceux-ci s'engagent en qualité de cautions.

Si le premier est un professionnel, habitué au cautionnement et maîtrise à ce titre parfaitement la rédaction d'un tel acte, les autres n'étant souvent pas rompus à la technicité de la matière, il serait nécessaire qu'elles bénéficient d'un traitement juridique différencié²⁰⁶. C'est pourquoi *«le cautionnement ne saurait être identiquement régi, selon qu'il est passé à l'occasion par le samaritain désireux d'aider son prochain ou qu'il est conclu à titre habituel par le banquier. Son régime ne peut être identique dans l'un ou dans l'autre cas»*²⁰⁷. En dépit de sa généralisation, le cautionnement n'est pas un acte banal²⁰⁸; ce qui fait de la protection de certaines cautions, notamment les cautions profanes, une nécessité²⁰⁹. Mais, les lois protégeant des catégories particulières de cautions se multipliaient, sans aucune cohérence²¹⁰. Dès lors, pour circonscrire l'application des mécanismes de protection des cautions à celles qui en ont le plus besoin et qui le méritent, le droit du cautionnement s'organise autour d'une distinction jurisprudentielle entre la caution profane et la caution avertie²¹¹.

51. La distinction entre caution profane et caution avertie n'est pas sans conséquences sur l'étendue des obligations des parties, mais aussi sur l'admission de la responsabilité du créancier. Ainsi, le créancier professionnel qui accorde un crédit à un débiteur, sous la condition

²⁰² B. LEGROS, « La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution », *Rev. soc.* 1998, p. 282.

²⁰³ L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 7^e éd., 2013, p. 21.

²⁰⁴ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. p. 104.

²⁰⁵ D. P. TOKPA, « La caution profane en Droit OHADA : La balkanisation du droit du cautionnement », *Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de J.- P. LABORDE*, n° 3, p. 162.

²⁰⁶ J. TERRAY, « Le cautionnement: une institution en danger », *JCP.*, I, 1987, n° 12, 3295.

²⁰⁷ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 212, p. 147.

²⁰⁸ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *JCP.*, 1995, I, chron. 3851, p. 248.

²⁰⁹ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9^e éd. 2013, n° 97, p. 80.

²¹⁰ M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préc. n° 1, p. 1.

²¹¹ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 36 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, coll. HyperCours, Dalloz, 6^e éd. 2017, n° 11, p. 9 : « le droit du cautionnement est notamment dominé par la distinction entre caution profane, pour les dirigeants, et caution non profane, pour les particuliers ».

d'un engagement de caution et, tenu d'un devoir de mise en garde, tente d'écarter sa responsabilité pour manquement à un tel devoir, en mettant en avant la qualité d'avertie de la caution. Cette dernière, quant à elle, invoque fréquemment sa qualité de profane afin, de se voir délier de son engagement, pour non-respect par son cocontractant, du principe de proportionnalité²¹² et de son droit à l'information.

52. La caution avertie, en raison des compétences qu'on lui prête, est censée comprendre la portée de ses engagements, et y consentir en toute connaissance de cause ; de ce fait, elle semble éprouver des difficultés à contester la validité du contrat, et peut se voir priver de la faculté à invoquer la responsabilité du créancier.

53. En revanche, la caution profane bénéficie de la sollicitude des tribunaux, qui admettent la responsabilité du créancier, tenue d'un devoir de mise en garde à son égard, et qui peut être sanctionnée en cas de cautionnement excessif ou même d'un financement déraisonnable au profit du débiteur. Tout engagement de caution exige alors de savoir, si la personne qui donne sa garantie pour une autre est profane ou non, la qualité de la caution étant l'un des enjeux de l'efficacité de la garantie²¹³. Encore faut-il savoir comment déterminer la catégorie de caution profane qui, seule, bénéficie de la mansuétude des tribunaux.

²¹² Montpellier, 22 avr. 2014, RG 13/03451, dans lequel le fondateur, associé unique et dirigeant d'une société pour laquelle il s'était porté caution solidaire, demandait à être déchargé de son obligation de caution en se considérant comme une caution profane car n'ayant aucune expérience dans la gestion d'une entreprise et n'ayant pas la capacité d'apprécier les chances de succès du rachat du fonds de commerce par la société Socled, créée à cet effet ainsi que les perspectives de développement alors que pour le créancier (la banque), il devrait être considéré comme une caution avertie en sa qualité de fondateur, dirigeant et associé unique la société Socled.

²¹³ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 100, p. 51.

CHAPITRE 1

LES MODES D'IDENTIFICATION DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE

54. Les tribunaux font souvent référence au vocable de caution profane ou de non averti. Ils distinguent les cautions dites « averties », qui désignent souvent les dirigeants et, suivant les circonstances, les associés importants, ayant un rôle actif dans la société, et les cautions profanes qui sont, les autres cautions, non intéressées et non intégrées à la direction de l'entreprise, les parents, amis ou conjoints²¹⁴. La caution profane s'insère à ce titre dans une distinction suivant la qualité de la personne qui se porte garant et, son engagement s'intègre dans « *la distinction entre cautionnements s'inscrivant dans le contexte d'une activité professionnelle ou non* »²¹⁵.

À ce propos, un auteur indique que « *la jurisprudence distingue de longue date entre la caution profane, c'est-à-dire non expérimentée, et la caution non profane, qui désigne, non pas un professionnel (comme une banque ou une compagnie d'assurances pour lesquelles le fait de se porter caution constitue un acte habituel), mais toute personne qui a une certaine expérience et connaissance des affaires, telle que le dirigeant de société se portant caution de sa propre entreprise* »²¹⁶. Cette référence de la jurisprudence à la notion de caution profane n'a pas souvent abouti à un résultat satisfaisant, ce qui ne l'a pas épargné des critiques d'une partie de la doctrine²¹⁷.

55. Selon Monsieur ROBLOT, « *le cautionnement traditionnel, ou profane, est fourni généralement par un particulier à une banque pour des considérations d'ordre amical ou familial. Les cautions inexpérimentées mesurent souvent mal la portée des clauses imprimées qu'elles souscrivent, et le souci de concilier leur protection avec les exigences du crédit donne naissance à des solutions compliquées... À l'opposé, le cautionnement professionnel est fourni généralement contre rémunération, par les établissements financiers et les sociétés de caution*

²¹⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 179, p. 163.

²¹⁵ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 67, p. 79.

²¹⁶ A. CERLES, « Le point sur la protection de la caution personnelle », *Dr. et patr.* n° 117, p. 54.

²¹⁷ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. p. 104. L'auteur écrit « ...plutôt que de catégoriser les contractants en leur apposant des étiquettes imprécises, il faudrait prendre en considération les déséquilibres (techniques, intellectuels, financiers, etc.) entre les parties », démontrant ainsi sa méfiance pour la protection des cautions fondée sur leur qualité de profane ou non.

mutuelle au profit de leur clientèle commerciale. Ces établissements savent s'entourer des précautions et n'ont que faire de la protection du législateur. Ils connaissent exactement la mesure des contrats qu'ils proposent, quand ils ne les imposent pas »²¹⁸.

56. La caution profane est souvent perçue ainsi, comme une personne qui souscrit un engagement désintéressé, celle qui accomplit un acte sans but lucratif, c'est-à-dire un service d'amis ou entre proches parents²¹⁹. En somme, il s'agit d'une caution dont l'engagement est guidé par des considérations affectives ou émotives²²⁰, l'empêchant d'avoir un jugement lucide. Outre le fait qu'elle s'engage à rendre un service à un ami ou à un proche, elle ne retire aucun avantage de son acte. Dès lors, c'est à l'aune de sa proximité ou de ses rapports avec le débiteur principal, mais aussi du caractère gratuit²²¹ de son acte, que la caution profane a souvent été appréhendée. Présentée comme telle, on pourrait penser que la caution profane a son origine dans le Code civil de 1804 puisqu'à cette époque, le législateur a conçu le cautionnement comme un service d'amis²²². Pourtant il n'en est rien, dans la mesure où, la seule référence portant sur la qualité des cautions et, exprimée par les textes, est celle fondée sur la distinction entre la caution personne physique et la caution personne morale²²³, qui d'ailleurs est récente.

57. S'il est vrai que l'engagement de la caution profane procède souvent de considérations amicales et fraternelles, qui semblent connaître un certain dépérissement, on ne peut le réduire aujourd'hui à cela. En effet, affecté par un phénomène de masse, le cautionnement a cessé d'être

²¹⁸ R. ROBLLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *Mélanges offerts à J. DERRUPÉ*, les activités et les biens de l'entreprise, préc. n° 3, p. 344.

²¹⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, 7^e éd. Dalloz 2016, n° 40, p. 34.

²²⁰ A. BÉLANGER, Gh. TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *Les cahiers de droit* sept. 2006, vol. 47, n° 3, p. 438

²²¹ L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 11^e éd. LGDJ 2017, n° 105, p. 38. « Service d'amis ou de proches parents, le cautionnement est un contrat de bienfaisance (Code civil, ancien article 1105), par nature gratuit, étranger au monde des échanges économiques, puisque la caution ne recherche aucun avantage personnel ».

²²² M. REMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP* 1977, I, 2850.

²²³ Cette distinction figure désormais dans le Code civil (Loi du 28 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions), qui en son article 2293, alinéa 2, précise l'obligation d'information à la charge du créancier qui contracte avec une personne physique. De même, la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003, se réfère plusieurs fois à cette distinction en étendant la protection du consommateur à celle de la personne physique (V. par exemple, C. cons. art. L. 341-1). On peut citer également, le droit des procédures collectives où le législateur réserve des dispositions au sort des garants personnes physiques.

un « *petit contrat* »²²⁴ de bienfaisance²²⁵. Inversement on n'assiste de plus en plus à un élargissant du cercle des cautions profanes, c'est-à-dire de véritables extensions de la notion de caution profane qui débordent le cadre traditionnel du service désintéressé à un ami ou à un proche, pour s'étendre à certaines cautions en tenant compte des circonstances dans lesquelles le cautionnement est souscrit et, des aptitudes du garant. C'est le cas par exemple du dirigeant caution qui autrefois, archétype des cautions averties²²⁶, est dans certaines circonstances²²⁷, traité au même titre que le particulier qui, se porte caution pour son conjoint ou, des parents qui garantissent le paiement de loyers versés par leurs enfants locataires. Aussi, existe-t-il des cas spécifiques pour lesquels la Cour de cassation estime que des cautions pouvaient être considérées comme profanes, alors même qu'elles étaient associées ou dirigeantes des sociétés qu'elles avaient cautionnées²²⁸.

58. Consacrée par la jurisprudence, qui ne la définit pas, la notion de caution profane ne bénéficie d'aucune reconnaissance textuelle et apparaît comme une construction prétorienne *contra legem*²²⁹, selon un auteur. Malgré cela, la jurisprudence continue d'en faire usage et c'est à titre de comparaison avec la caution avertie que la jurisprudence se réfère de plus en plus à une telle notion. Pour qualifier une caution, de profane ou de non averti, elle recourt à un ensemble de critères²³⁰ qui, dans certaines situations, incitent à la prudence²³¹.

²²⁴ Ph. THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et patr.* 2001, n° 92, p. 53.

²²⁵ D'ailleurs, le nouveau droit des contrats issu de la réforme de 2016 a remplacé le contrat de bienfaisance par le contrat à titre gratuit. V. art. 1107 nouveau du C. civ..

²²⁶ Cass. com. 2 oct. 2012, n° 11-22829 ; *BJS* 2 févr. 2013, n° 2 p. 122, note N. PICOD ; Cass. com. 18 janv. 2017, n° 15-12723 ; *Bull. civ.* IV, 2017 ; *GP.* 21 févr. 2017, n° 8, p. 29, note C. ALBIGES ; *LEDC* 1^{er} mars 2017, n° 3, p. 2, obs. N. LEBLOND ; *BJE* 1^{er} mai 2017, n° 3, p. 208, obs. F. MACORIG-VENIER ; *BJS* 1^{er} juill. 2017, n° 7 et 8, p. 440, note E. SCHLUMBERGER ; Cass. com. 7 oct. 2020, n° 19-15031 ; *BJS* 1^{er} janv. 2021, n° 1, p. 61, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *GP.* 16 févr. 2021, n° 7, p. 27, obs. C. ALBIGES.

²²⁷ Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-20216, *Bull. civ.* 2016, IV ; *GP.* 19 avril 2016, n° 15, p. 33, obs. C. BERLAUD ; *BJS* 2 mai 2016, p. 247, note J.-F. BARBIÈRI ; *GP.* 7 juin 2016, n° 21, p. 70, note M. BOURASSIN. *GP.* 21 juin 2016, n° 23, p. 28, note C. ALBIGES ; *RDC* 1^{er} mars 2017, n° 1, p. 71, note A.-S. BARTHEZ ; Cass. 2^e civ. 6 juin 2019, n° 18-16228 ; *Bull. civ.* 2019, II ; *GP.* 25 juin 2019, n° 23, p. 35, note C. BERLAUD ; *LEDEN* 1^{er} oct. 2019, n° 9, p. 2, obs. P. RUBBELLIN ; *BJE* nov. 2019, n° 6, p. 27, note V. MARTINEAU-BOURGNINAUD ; *LPA* 15 nov. 2019, n° 229, p. 9, note J. Courtois ; *GP.* 5 nov. 2019, n° 38, p. 20, obs. C. ALBIGES.

²²⁸ Cass. com. 6 févr. 2007, n° 04-15362, *Bull. civ.* IV, n° 18 ; *RDC* 1^{er} 2008, n° 2, p. 423, obs. D. HOUTCIEFF *GP.* 4 août 2007, n° 216, p. 17.

²²⁹ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 36.

²³⁰ Cass. 1^{re} civ. 6 sept. 2017, inédit, n° 16-19063 ; *GP.* 21 nov. 2017, n° 40, p. 28, obs. C. ALBIGES.

²³¹ Cass. com. 24 mars 2009, inédit, n° 08-10183 ; *BJS* 1^{er} juill. 2009, n° 7, p. 649, obs. S. Jambort, « Caution avertie ou non ? Telle est la question... », « La distinction entre les cautions averties et les profanes constitue la *summa divisio* gouvernant le régime de responsabilité des banquiers ».

Au regard de l'extrême diversité des cautions, l'identification de la catégorie de caution profane pourrait se faire par une approche négative (Section 1), mais également par une approche positive de ladite catégorie (Section 2).

SECTION 1 : L'APPROCHE NÉGATIVE DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE

59. Aujourd'hui, le cautionnement n'est plus regardé comme un acte ordinaire, mais plutôt comme un acte grave et dangereux²³², surtout lorsqu'il est donné par une personne faible, vulnérable et non rompue aux affaires, notamment aux crédits et aux garanties. En effet, un cautionnement souscrit en méconnaissance des risques qu'il contient, peut être source d'endettement, voire de surendettement²³³ et, peut conduire à la ruine du souscripteur d'une telle garantie. D'où la nécessité, d'édicter des mesures spécifiques protégeant son patrimoine, en faisant en sorte que les cautions de mauvaise foi, conscient de leur engagement, les ayant donnés en toute connaissance de cause, ne profitent desdites mesures.

60. Alors pour se faire, il faut distinguer entre les cautions selon leur qualité en « *séparant le bon grain des cautions profanes de l'ivraie des cautions averties* »²³⁴. Se pose alors, la méthode permettant de parvenir à identifier la caution profane. Cet exercice ne se prête pas à l'évidence. En réalité, l'identification de la caution profane par la jurisprudence procède d'une appréciation au cas par cas, donc imprévisible et source d'insécurité. En effet, procéder au cas par cas, aboutit toujours à un résultat aléatoire dans la mesure où cela entraîne une fragmentation des règles applicables²³⁵, alors que les contractants ont besoin de connaître par avance les règles applicables à leur relation²³⁶. Par ailleurs, si des critères précis sont dégagés, la notion peut gagner en clarté et supplanter la casuistique résultante de l'appréciation concrète.

61. L'identification de la caution profane s'avère donc être une tâche ardue parce que la jurisprudence française qui la consacre n'adopte pas une démarche uniforme en vue d'une définition satisfaisante de la notion. La Cour de cassation refuse de donner une quelconque

²³² J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés en marche ! », Étude d'impact du PACTE, préc.

²³³ M. BOURASSIN, « La rationalisation du droit du cautionnement », *RDBF*. janv. 2016, doss. 3, spéc. n° 25 et s.

²³⁴ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc. n° 220, p. 153.

²³⁵ Ph. THERY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », préc. n° 92, p. 55.

²³⁶ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation, Précis Dalloz*, 6^e éd., 2003, n° 13, p. 12.

définition abstraite de la notion de caution profane et d'établir des présomptions²³⁷, mais contrôle la justification de la qualification retenue par les juges du fond qui procèdent au cas par cas pour déterminer et apprécier la qualité de caution profane. Ainsi, dans tout litige opposant un établissement de crédit à une caution, les juges du fond sont libres dans leur appréciation; mais l'exercice de qualification s'impose et la haute juridiction vérifie que les juridictions d'appels ont bien procédé à cette qualification avant toute responsabilité de l'établissement de crédit²³⁸.

62. En ce qui concerne la caution profane, cette opération de qualification qui n'échappe pas au contrôle de la Cour de cassation s'avère délicate dans la mesure où, elle dépend de la précision des critères alors que, dans cette hypothèse, les critères distinctifs de cette catégorie de cautions se révèlent souvent obscurs et imprévisibles. L'ensemble de ces critères ne permettent pas, au regard de la diversité des cautions et des situations, de mieux appréhender la catégorie des cautions profanes. L'absence d'un critère unique et essentiel d'appréciation révèle la difficulté à faire surgir, voir émerger une approche définitionnelle acceptable de la caution profane. À ce propos, Monsieur LEGEAIS explique à juste titre que « *l'exercice serait facile si la qualification pouvait s'opérer à partir de critères indiscutables et définitivement fixés à l'avance. La qualification devrait également commander l'application d'un corps de règles connues à l'avance. Ce n'est malheureusement pas le cas. Depuis vingt ans, l'exercice de qualification apparaît au contraire périlleux* »²³⁹.

63. Au fil des décisions jurisprudentielles, il semble se dessiner plusieurs types de cautions profanes. Ainsi, en l'absence d'un archétype de caution profane²⁴⁰, la qualification prétorienne de cette catégorie de cautions ainsi que des enseignements doctrinaux, nous sommes invités à établir une typologie des cautions. Dissocier celles qui ne rentrent pas dans la catégorie des cautions profanes, de la catégorie des personnes susceptibles de se voir reconnaître une telle qualité. Aussi, est-il important de noter que le mutisme des textes et les incertitudes des solutions prétoriennes participent à la difficulté de détermination de cette catégorie de cautions.

²³⁷ J. DJOUDI, F. BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, p. 501.

²³⁸ Cass. com. 12 janv. 2010, inédit, n° 08-20898. La chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans cet arrêt, cassé la décision frappée de pourvoi à l'égard des cautions profanes en rappelant que les juges du fond ont privé leur décision de base légale en ne recherchant pas si la caution avait la qualité de caution non avertie et, dans l'affirmative, si la banque avait satisfait à son obligation de mise en garde à raison des capacités financières et des risques d'endettement nés de l'octroi du prêt.

²³⁹ D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 658.

²⁴⁰ D. P. TOKPA, « La caution profane en droit OHADA : la balkanisation du droit du cautionnement », préc. p. 164.

Le refus de la jurisprudence de traiter toutes les cautions de manière identique se justifie, car, le degré de gravité de cet acte est incontestablement variable²⁴¹, selon les catégories de cautions. Si, le cautionnement peut être regardé comme une activité ou un acte habituels, alors on peut exclure certaines personnes au regard de la fréquence dans l'accomplissement de l'acte (§ 1) ; de même que celles qui en ont la maîtrise indépendamment de leur activité professionnelle (§ 2).

§1 : L'exclusion de certaines personnes en raison de leur activité ou fonction

64. À partir du moment où la caution profane, peut être regardée comme un contractant qui rend un service fraternel ou amical désintéressé²⁴² et qui, très souvent, ne dispose ni de connaissances, ni d'expériences en matière de crédit ou même de manière générale en matière d'affaires, il s'ensuit l'exclusion des professionnels du crédit et des garanties dont le cautionnement relève de leur activité, de même que celles qui, bien que n'en professent pas, y souscrivent régulièrement dans leur cadre de leur activité. C'est-à-dire les personnes morales qui souscrivent fréquemment cet acte et celles qui en font habituellement profession (A). Pourraient également être exclues de cette qualification, certaines personnes physiques informées ou intégrées dans les affaires du débiteur (B), rompues à la vie des affaires et conscientes de la portée de leurs engagements. Cette approche permet de rendre compte de la distinction qui se focalise sur la nature de la personne qui souscrit le cautionnement d'une part, et de remettre au goût du jour la distinction tout aussi importante qui tend à être supplantée par la première- et qui oppose les cautions profanes aux cautions informées²⁴³.

A- Les personnes morales exerçant une activité de crédit

65. Le cautionnement, qui à l'origine du Code civil était une garantie marginale²⁴⁴, enracinée dans la solidarité familiale²⁴⁵ car confinée dans les rapports entre proches parents ou amis, a connu un essor considérable à partir de l'industrialisation. Le cautionnement, devenu

²⁴¹ J. HONORAT, « Société et cautionnement », *Defrénois* 1982, art. 3290, n° 26, p. 1603 à 1604.

²⁴² M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 72.

²⁴³ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 65, p. 65.

²⁴⁴ L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, préc. n° 111, p. 26.

²⁴⁵ L. AYNES, P. CROCQ, *ibid*, n° 9, p. 20.

un puissant instrument du crédit et des affaires, a fait naître des cautions professionnelles que sont les banques et établissements de crédit spécialisés, les compagnies d'assurance et les sociétés de caution mutuelle²⁴⁶.

66. Les cautions professionnelles, c'est-à-dire les personnes morales dont le cautionnement relève de l'activité principale, celles dont la profession consiste à accorder des garanties contre rémunération²⁴⁷ et qui disposent à ce titre, des moyens pour mesurer et apprécier les risques qu'elles prennent, sont moins exposées à la dangerosité du cautionnement. S'il ne fait pas de doute que le cautionnement est un acte dangereux, un risque évident pour celui qui s'engage sans compétence, ni expérience, il n'en est pas ainsi pour cette catégorie de cautions, qui en général, veillent, évaluent la capacité financière du débiteur, sur laquelle elles disposent d'amples informations²⁴⁸.

67. On n'a d'ailleurs souvent opposé aux cautions professionnelles, les cautions profanes²⁴⁹ et, cette distinction démontre que le cautionnement n'est pas un mécanisme juridique simple et facile à souscrire. À juste titre, il a été proposé de songer à une loi sur la protection de l'information de la caution, qui réglerait de façon très minutieuse les contrats de cautionnements en faisant les distinctions souvent proposées entre cautions professionnelles et les cautions profanes²⁵⁰. Plus concrètement, accorder aux cautions professionnelles, c'est-à-dire, les établissements de crédit, les compagnies d'assurance et les sociétés de caution mutuelle, une plus grande liberté que les simples particuliers cautions²⁵¹, qui ont besoin de plus de protection.

68. Les cautions professionnelles sont des établissements de crédit en général, mais aussi les sociétés de caution mutuelle, les compagnies d'assurance, qui par cette activité garantissent les engagements de leurs membres ou clients débiteurs. D'ailleurs, il s'agit de personnes morales, qui ne se prévalent pas de la qualité de caution profane pour tenter d'échapper ou se voir délier de leur engagement de caution. Le contentieux les concernant est inexistant parce

²⁴⁶ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 63, p. 35.

²⁴⁷ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, Dalloz, 6^e éd., 2018, n° 98, p.62.

²⁴⁸ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 63, p. 35.

²⁴⁹ P. SARGOS, « Le cautionnement : Dangers, évolution et perspectives de réforme préc. p. 59 ; R. ROBLOT, préc. p. 43 et s. ; L. AYNES, P. CROCQ, préc., n° 111, p. 26 ; Ph. THÉRY, la différenciation entre le particulier et le professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés, préc. p. 27 et s.

²⁵⁰ P. SARGOS, « Le cautionnement : Dangers, évolution et perspectives de réforme », *ibid.* p. 59.

²⁵¹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 44, p. 37.

qu'actionnées, elles paient très souvent. Il s'agit de professionnels très avisés, qui prennent toutes les mesures pour protéger leur intérêt et apprécient très bien le risque qu'elles prennent comme cautions. D'ailleurs, cette catégorie de cautions dont « *la solvabilité et l'honorabilité écartent quasiment tout risque d'inexécution* »²⁵² est beaucoup prisée par les créanciers.

69. La caractéristique essentielle de ce type de cautions est de faire du profit à travers leur engagement. En effet, elles « *ont une activité dont la finalité est de réaliser, à travers le service qu'elles rendent, le profit qui est le critère de leur efficacité et le moteur de leur activité. La rémunération de la caution est ici directe et patrimoniale. La caution professionnelle joue, comme l'assureur, de la limitation et de la division des risques. Le cautionnement professionnel est aujourd'hui considéré comme une opération de crédit ; plus précisément le cautionnement est qualifié de crédit par signature, puisque la caution ne met pas de l'argent à la disposition du créancier ou du débiteur principal, mais s'engage à le faire si le créancier appelle la caution en paiement. La caractéristique commune de toutes ces cautions est d'avoir envers le cautionnement, une attitude beaucoup plus réaliste que les cautions profanes. Évaluant et limitant le risque, la caution professionnelle exclut tout sentiment de sa relation avec le débiteur principal* »²⁵³. Il s'agit bien évidemment d'une catégorie homogène qui comprend les établissements de crédit, les compagnies d'assurance, mais aussi des sociétés de caution mutuelle, pour lesquels le cautionnement est un accessoire de crédits²⁵⁴. En la matière, elles disposent d'un monopole, car ne peuvent habituellement octroyer des cautionnements rémunérés que les banques et autres établissements de crédit, ainsi que les compagnies d'assurance²⁵⁵.

70. Leur engagement de caution, qualifié de crédit par signature²⁵⁶, constitue aujourd'hui une branche importante de leur activité²⁵⁷ et participe de leur politique commerciale²⁵⁸. Mais

²⁵² M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. n° 98, p. 63.

²⁵³ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, Droit des sûretés, préc. n° 49, p. 44.

²⁵⁴ M. CABRILLAC C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *ibid.*

²⁵⁵ V. article L. 511-5 du Code monétaire et financier : « Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables au public ou de fournir des services bancaires de paiement ».

²⁵⁶ V. article L. 313-1 du Code monétaire et financier : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ».

²⁵⁷ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, préc. n° 40, p. 32.

²⁵⁸ L. AYNES, P. CROCQ, Droit civil, Droit des sûretés, préc. n° 12, p. 21.

d'une manière générale, il s'agit de toute société qui à titre de professionnelle habituelle, fournisse des services par le crédit et le financement, c'est-à-dire des prestataires de services bancaires et financiers. Les banques, cautions, cherchent moins que les particuliers à éluder les conséquences de leur engagement en recourant à tous moyens de droit, en raison notamment de la confiance portée à leurs clients et de l'appréciation du risque au moment où elles délivrent leur engagement²⁵⁹. C'est pour cette raison que, « *le cautionnement institutionnel ou professionnel consenti par les banques et les sociétés de caution mutuelle [devrait] être soumis à un régime de plus grande liberté que celui souscrit par les simples particuliers, pour lesquels le besoin de protection est réel* »²⁶⁰.

71. D'ailleurs, « *le cautionnement professionnel, donné par un établissement de crédit ou une société de financement, dont la cause est la rémunération versée à la caution, ne soulève guère de contentieux* »²⁶¹ ; d'où l'essor important de ce cautionnement, sans que cependant l'appel aux cautions profanes se réduise²⁶².

L'appréciation de l'acte de caution s'est toujours faite en tenant compte de la qualité de la personne qui la souscrivait. Ainsi, le cautionnement souscrit par les personnes morales²⁶³ obéit-il à des règles spécifiques. Il s'agit d'un cautionnement professionnel souscrit par des personnes morales dont l'activité est de se porter garante contre rémunération. L'essentiel de ce cautionnement est souscrit par les établissements bancaires²⁶⁴ et financiers (1) et les sociétés de caution mutuelle (2).

1- Les établissements bancaires et financiers

72. Les organismes financiers, tels que les banques et établissements financiers qui sont des collecteurs et distributeurs de crédit²⁶⁵, jouent un rôle important dans l'essor du cautionnement. En effet, en tant que personnes morales remplissant la fonction de garants dans

²⁵⁹J. DEVÈZE (dir.), Lamy droit du financement (Titres et marchés, ingénierie financière, paiement, crédit, garanties du crédit), éd. 2104, n° 3738, p. 1767.

²⁶⁰ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 44, p. 39.

²⁶¹ L. AYNES, P. CROCQ, Les sûretés, la publicité foncière, préc. n° 111, p. 26.

²⁶² P. SARGOS, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », préc. p. 36.

²⁶³ P. GERBAULT, La personne morale garante, Thèse Paris I, 2003, (dir.) Ph. DELEBECQUE.

²⁶⁴ J.-P. WATTIEZ, Le cautionnement bancaire, LGDJ, 1964 ; A. CERLES, « Le cautionnement et la banque », *Revue banque* 2004, p. 133 et s.

²⁶⁵ L. AYNES, P. CROCQ, Les sûretés, la publicité foncière, préc. n° 106, p. 38.

le cadre de leur activité professionnelle, elles permettent aux industriels, aux commerçants et aux consommateurs d'obtenir du crédit. Le crédit engendrant les sûretés, le cautionnement étant moins formaliste et peu onéreux, il devient alors un instrument essentiel des échanges économiques.

73. Le cautionnement, qui, à l'origine, était un contrat de bienfaisance²⁶⁶ parce que la caution ne recherchait pas par son acte « un avantage personnel » ou pécuniaire, donc étranger au monde des échanges économiques²⁶⁷, est devenu en quelques décennies l'une des pièces essentielles de l'économie²⁶⁸. Il s'est professionnalisé en se « bancarisant » et de nos jours, le créancier ou la caution est presque toujours un établissement de crédit, de financement ou une banque²⁶⁹.

74. Le cautionnement devient alors un service bancaire²⁷⁰, mais aussi un service financier²⁷¹, lequel est soumis à la prescription de l'article L. 218-2, nouveau du Code de la consommation²⁷². C'est ce qu'a eu à affirmer la haute juridiction française dans l'arrêt du 17 mars 2016. Des époux avaient emprunté un prêt immobilier, dit « prêt relais » auprès d'un établissement de crédit financier, cautionné par une société de crédits et services financiers. Le prêt n'ayant pas été intégralement remboursé à son échéance, la caution, après en avoir réglé le solde au créancier qui lui a délivré une quittance subrogative, a assigné les emprunteurs en paiement. Ces derniers, pour s'opposer au paiement, invoquèrent la prescription de l'action. La cour d'appel les condamna au paiement en jugeant qu'il n'est pas démontré que le cautionnement en cause soit un service financier au sens de l'article L. 137-2 du Code de la consommation et de la jurisprudence applicable, et que, dès lors, le délai de prescription de l'action personnelle exercée par la caution est le délai quinquennal de droit commun²⁷³. La Cour de cassation reprocha aux juges d'appel d'avoir statué ainsi, alors que « *le cautionnement litigieux était un service financier fourni aux emprunteurs par un professionnel en vue de*

²⁶⁶ Anc. art. 1105 du Code civil dispose que Le contrat de bienfaisance est « celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ».

²⁶⁷ L. AYNES, P. CROCQ, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 105, p. 24.

²⁶⁸ L. AYNÈS, P. CROCQ, *ibid*, n° 106, p. 24.

²⁶⁹ P. BOUTEILLER, Le cautionnement, aspects généraux et pratiques bancaires, éd. de l'Épargne, 1986, cité par L. AYNES, P. CROCQ, *ibid*.

²⁷⁰ D. LEGEAS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 55, p. 56.

²⁷¹ D. LEGEAS, *ibid*.

²⁷² Cass. 1^{re} civ. 17 mars 2016, n° 15-12494, *Bull. civ. I*, n° 846, *JCP E* 2016, obs. Ph. SIMLER.

²⁷³ Sur le délai quinquennal de droit commun, V. B. FAUVARQUE-COSSON, J. FRANÇOIS, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant prescription en matière civile », *D.* 2008. 2512

garantir le remboursement d'un crédit immobilier accordé à ceux-ci par un établissement bancaire ».

75. Les banques et établissements de crédit spécialisés, exerçant dans des domaines précis tels que les cautionnements fiscaux, les cautionnements d'acquéreurs de logements, etc., moins exposés à l'abus de caution²⁷⁴ que les autres catégories de cautions, ne peuvent bien évidemment se prévaloir de la qualité de caution profane. En effet, leur cautionnement est habituel et intéressé, leur intérêt réside dans la rémunération de leur acte par le débiteur principal; c'est la raison même de leur engagement. Cela résulte du rôle qu'ils jouent en cette qualité.

76. Étant professionnels du crédit et des garanties, leur engagement s'oppose, voire se distingue de celle d'une caution non rémunérée et étrangère à l'opération principale et dont l'engagement s'explique par les liens affectifs l'unissant au débiteur principal. Ainsi, ce qui conduit de telles cautions à s'obliger, c'est la rémunération, c'est-à-dire la contrepartie financière qu'elles tirent de cet engagement; leur acte est plutôt économique que social. Pour de telles cautions, le cautionnement n'est aucunement un contrat à titre gratuit et c'est à leur égard que le cautionnement traditionnel, celui du Code civil a changé de figure. Elles ne sont animées d'aucune intention libérale²⁷⁵ dans la mesure où, leur service n'est pas désintéressé. Pour celles-ci, le cautionnement ne constitue ni un acte grave ni un danger puisqu'il relève de leur activité, c'est-à-dire que la souscription du cautionnement entre dans l'objet même de leur activité professionnelle. C'est pour cette raison qu'elles ne peuvent bénéficier de la bienveillance de la jurisprudence concernant les différents devoirs d'information de la caution, moyens destinés à protéger cette dernière. Il ne fait pas de doute qu'elles disposent d'une expérience, d'une compétence et d'une connaissance du secteur professionnel qui les avertissent du risque d'échec de l'opération garantie, en conséquence de se voir lourdement endetter.

77. Il arrive très fréquemment qu'elles interviennent dans le *negocium*, surtout pour celles qui sont spécialisées dans certains types de garanties, apprécient la situation du débiteur, lui adressent des conseils dans sa gestion, surveillent l'évolution de son endettement, bref, agissent de façon à favoriser le paiement normal de l'obligation garantie. Il s'agit d'une opération

²⁷⁴ C. MOULY, « Abus de caution ? », *R.J.com.* 1982, p. 13.

²⁷⁵ F.-X. TESTU, « Le cautionnement-libéralité », *JCP* 1989, I, 3377.

spéculative, pour laquelle, elles disposent d'une expertise. À côté de cette catégorie de cautions, on trouve les sociétés de caution mutuelle dont le principe mutualiste leur permet d'offrir « *une garantie aux entreprises d'un secteur d'activité ou aux particuliers pour les crédits de consommation* »²⁷⁶.

2- Les sociétés de caution mutuelle

78. Le recours à la solidarité des membres d'une même profession et les faibles moyens dont dispose chaque membre pour engager le bien commun²⁷⁷ ont engendré le cautionnement mutuel²⁷⁸. Ainsi, par son biais l'ensemble des membres de la profession supportait la répartition du risque. Ce procédé a suscité la création de sociétés de caution mutuelle, qui offrirent au moment de leur création la possibilité aux professionnels de leur branche d'obtenir de leurs banquiers des crédits bancaires qui sans un tel cautionnement ne leur seraient pas accordés. Ayant pour objet de « *cautionner leurs membres à raison de leurs opérations professionnelles* », elles interviennent dans des domaines très variés, qui comprennent la garantie des crédits immobiliers aux particuliers, les garanties financières exigées de certains professionnels, une garantie mutuelle aux entreprises d'un secteur d'activité (par exemple la garantie des crédits professionnels aux artisans et membres des professions libérales etc.).

79. Fortement concurrencées par les banques et les établissements de crédit et fragilisées, elles ont beaucoup disparu et ne demeurent que dans certains secteurs d'activités spécifiques. Considérées comme des établissements de crédit²⁷⁹, puisqu'elles pratiquent le cautionnement à titre professionnel, elles n'agissent pas pour autant et nécessairement dans un but intéressé, car elles reposent sur une base coopérative et sont dépourvues de but lucratif. Néanmoins, il s'agit de cautions professionnelles de crédit dans la mesure où le fait d'accorder des garanties à leurs membres relève de l'activité de ces personnes morales. À la différence des cautions profanes, leur solvabilité est incontestable²⁸⁰ et elles disposent de toute compétence en cette matière liée

²⁷⁶ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, Droit des sûretés, préc. n° 50, p. 45.

²⁷⁷ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *ibid*, n° 413, p. 293.

²⁷⁸ R. SAINT-ALARY, « Regards sur le cautionnement mutuel », *Études en l'honneur* de M. JUGLART, 1986, p. 171 et s.

²⁷⁹ Elles sont régies par les dispositions du Code monétaire et financier (C.M.F).

²⁸⁰ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 55, p. 56

au rôle et à la fonction qui leur sont dévolus et à ce titre se distinguent des personnes morales qui ne pratiquent pas l'activité de crédit.

B- Les personnes morales n'exerçant pas une activité de crédit

80. Faut-il le rappeler, le cautionnement à l'origine est un engagement contractuel unilatéral et gratuit²⁸¹ ? Assez singulièrement, il ne perd pas d'ordinaire ces caractères quand il est utilisé par des sociétés. On rencontre sans doute parfois des variantes rémunérées du contrat, mais elles sont considérées comme des opérations de crédit, entrant dans le monopole des établissements de crédit. Concernant les personnes morales, en principe elles peuvent se porter cautions et l'acte de cautionnement engage moins la personne qui l'a souscrit que la personne morale au nom de laquelle il a été souscrit. Quand des sociétés accordent des cautionnements, ceux-ci, en général, ne se distinguent pas des contrats similaires, souscrits par des particuliers. En raison de la vocation intéressée d'un tel groupement, il peut, en revanche, sembler plus anormal de le voir donner sa propre caution²⁸². Mais la question qui se pose ici est de savoir si une personne morale est d'emblée une caution avertie ou peut être qualifiée de profane.

81. S'il ne fait pas de doute que très souvent les cautions profanes sont des personnes physiques ayant contracté avec des créanciers professionnels; dans des circonstances diverses, une personne morale, société ou association²⁸³, peut vouloir souscrire un engagement de caution au profit des sociétés du même groupe ou au profit de personnes physiques ou morales en relations d'affaires avec elle. Elle peut aussi être sollicitée de se porter caution de ses propres dirigeants ou associés.

82. S'agissant des collectivités publiques²⁸⁴ qui se portent cautions, la jurisprudence décide que la garantie est valablement constituée par la seule délibération de l'organe compétent

²⁸¹ Son caractère gratuit est aujourd'hui discuté et certains auteurs le considèrent même comme un acte neutre. À ce propos, le Professeur MIGNOT explique que le contrat de cautionnement n'entre pas dans la distinction acte onéreux et acte gratuit car il est un acte neutre qui n'est ni onéreux ni gratuit, cf., M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, préc. n° 51, p. 46.

²⁸²J. HONORAT, « Société et cautionnement », préc. n°1, p. 1570.

²⁸³ C A. Paris, 25 oct. 1994, *D.* 1995, IR, p. 8. A été annulé par cette juridiction le cautionnement souscrit au nom d'une association, en l'espèce une organisation syndicale, pour un prêt consenti à une société commerciale motif pris de ce que « la capacité de toute personne morale est limitée par le principe de la spécialité selon lequel elle ne peut accomplir valablement les actes qui ne correspondent pas à son objet tel qu'il est défini par son objet ».

²⁸⁴ G. ESCHERT, « Garanties des collectivités publiques », *Mélanges offerts à Ph. SIMLER*, Dalloz-Litec 2006, p. 325 ; P. LIGNIÈRES, les garanties d'emprunt données par les collectivités locales, Litec, *Bibl. Droit de l'entreprise*, 1994.

et habilité à décider²⁸⁵, tel que par exemple, le conseil municipal et non pas par l'acte signé par le représentant de la collectivité locale.

83. Pour ce qui est des personnes morales de droit privé, il est à distinguer, entre celles soumises au principe de spécialité et celles qui font l'objet de dispositions particulières. En effet, ayant une capacité limitée à la réalisation de leur objet social, mais aussi par l'intérêt social, il semble indéniable que le fait de cautionner des dettes de tiers n'entre pas dans l'objet social d'une société à moins qu'il s'agisse d'un établissement financier ou de crédit. Ainsi, le cautionnement qui n'est pas conforme ou qui n'entre pas dans l'objet social n'est pas valable²⁸⁶. Autrement dit, le cautionnement donné par une société à risques illimités (Société civile ou SNC) n'est valable qu'à la double condition qu'elle soit conforme, d'une part, à l'objet social ou à défaut, soit d'être autorisée par tous les associés, soit de répondre à un intérêt commun partagé avec le débiteur principal, et d'autre part, de ne pas porter atteinte à l'intérêt social, c'est-à-dire de ne pas compromettre l'activité ou l'actif de la société²⁸⁷. Ces personnes morales par le biais de leurs représentants ne peuvent être valablement engagées par des cautionnements souscrits. Néanmoins, cela reste possible que s'il existe une communauté d'intérêts²⁸⁸ entre la société caution et la société débitrice principale. Il en résulte que le cautionnement des tiers par les personnes morales étant bien encadré, c'est difficilement qu'elles peuvent se voir délier de leur engagement en invoquant leur qualité de profane.

84. La loi a spécialement réglementé à l'égard de certains types de sociétés, le droit de se porter caution²⁸⁹ de tiers. Ainsi, il est interdit à la SARL, le cautionnement ou l'aval de ses gérants ou associés, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants et de toute personne interposée. Concernant, les sociétés par actions, tantôt c'est l'interdiction, tantôt c'est la soumission à une procédure d'autorisation préalable donnée à l'organe exécutif par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Toutes ces règles ayant pour objet la protection de la société; alors pourrait-on considérer que ces sociétés peuvent se prévaloir de la qualité de caution profane quand toutes les personnes morales ne sont pas des professionnelles? Certaines

²⁸⁵ C.E., 2 mars 2007, *RDBF*. mai-juin 2007, comm. 99, obs. A. CERLES.

²⁸⁶ Cass. 14 févr. 2018, inédit, n° 16-16013 ; *DeFrénois* 7 juin 2018, n° 22, p. 44, obs. S. CABRILLAC ; *GP*. 26 juin 2018, n° 23, p. 82, note M. ROUSILLE ; *BJS*. 1^{er} juill. 2018, n° 07-08, p. 412, note E. SCHLUMBERGER, « La garantie souscrite par une SAS en garantie des dettes d'une société du groupe, sans entrer dans son objet social, peut être annulée dès lors qu'il est établi que le créancier bénéficiaire avait connaissance du dépassement de l'objet social ».

²⁸⁷ M. ROUSILLE, note ss. Cass. 14 févr. 2018, inédit, n° 16-16013, *ibid*.

²⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} févr. 2000, *Juris-Data* n° 000364, *JCP* 2000, IV, 1494.

²⁸⁹ V. Les dispositions du Code des sociétés, notamment en ce qui concerne, les SARL et les Sociétés par actions.

cautions, personnes morales consentent un cautionnement de manière occasionnelle²⁹⁰ et qui se trouve sans lien avec leur domaine d'activité et le déséquilibre fondamental du contrat reste le même que le souscripteur soit une personne physique ou morale²⁹¹.

85. Par ailleurs, une société est considérée comme avertie au regard de son objet, mais aussi en considération des qualités de son dirigeant, car ce sont les compétences du dirigeant qui font de la société, une personne avertie.

86. Les personnes physiques, quant à elles, ne sont pas nécessairement des personnes profanes (certains dirigeants de sociétés). La distinction légale opérée ne reflète pas la diversité actuelle du cautionnement. Elle conduit à priver de protection certaines personnes morales se trouvant pourtant en situation de faiblesse en raison d'un manque de connaissances sur la vie des affaires en général et la situation financière du débiteur garanti²⁹².

87. Une société peut vouloir se porter caution d'une autre société appartenant au même groupe ou d'une personne physique ou morale avec laquelle elle entretient des relations d'affaires. Ce type d'engagement, qui déplace le patrimoine social au service d'autrui, le plus souvent sans aucune contrepartie, est dangereux pour la société elle-même, pour ses associés et pour ses créanciers, parce qu'en cas de défaut de paiement, de remboursement par le débiteur principal, la pérennité de l'entreprise se trouve compromise²⁹³. Mais, *« quel que soit son statut, la caution a beaucoup plus à perdre qu'à gagner dans l'opération où elle est entraînée. Au minimum, il importe donc qu'elle sache exactement à quoi elle s'engage. Si une discrimination s'impose, elle doit, par conséquent, dans cette perspective, être beaucoup moins fondée sur le statut de personne morale ou physique du garant »*²⁹⁴.

88. Les cautionnements souscrits par des sociétés sont en principe valables, mais en même temps ils tombent sous le coup de dispositions légales restrictives. En effet, une société est constituée en vue de la réalisation de profits. Elle ne saurait donc sans méconnaître le principe de spécialité des personnes morales, se charger d'assurer le paiement de dette d'un tiers si elle

²⁹⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 99, p. 64.

²⁹¹ J. HONORAT, « Sociétés et cautionnement », préc. n° 26, p. 1604.

²⁹² M. BOURASSIN, V. BREMOND, M. N. JOBARD-BACHELIER, Droit des sûretés, préc. p. 53.

²⁹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.N. JOBARD-BACHELIER, *ibid.* p. 85.

²⁹⁴ J. HONORAT, « Société et cautionnement », préc. n° 26, p. 1604.

n'a pas en retour une contrepartie, car au regard de « *leur finalité respective, le cautionnement et la société sont des actes antinomiques* »²⁹⁵.

89. Le cautionnement souscrit par des personnes morales est très rigoureusement encadré, bien réglementé ou souvent même interdit, il ne fait aucun doute que ces personnes sont à l'abri des dangers que constitue le cautionnement pour les personnes profanes. Ainsi, il a été jugé qu'une société civile ne pouvait cautionner la dette de son gérant²⁹⁶. Il en a été de même d'un cautionnement donné au profit d'un tiers²⁹⁷. Dans cette affaire, le président-directeur général d'une société anonyme, ayant pour objet la fabrication et le commerce d'articles textiles, sollicita d'un établissement bancaire, au profit de ladite société l'octroi d'un prêt de 500000 francs ; la banque ayant exigé une caution, le président-directeur général, en sa qualité de gérant d'une société civile immobilière, dont l'objet était l'acquisition et la gestion d'immeubles, et qui était propriétaire des ateliers de fabrication de la société anonyme, a souscrit l'engagement de caution au vu duquel le prêt sollicité a été accordé. La société anonyme ayant déposé son bilan, la banque a assigné la société civile immobilière en paiement de la somme de 573677 francs représentant le montant du prêt et des intérêts restant dus. L'arrêt attaqué a débouté la banque de sa demande au motif, qu'ayant eu connaissance des statuts de la société civile immobilière, elle n'avait pu légitimement croire que le gérant de cette société avait le pouvoir de cautionner des engagements souscrits par un tiers et sans rapport avec son objet social. Le pourvoi formé par la banque est rejeté par la Cour de cassation qui a considéré qu' « *aux termes des statuts de la société civile immobilière, le gérant ne pouvait effectuer que les opérations se rattachant à l'objet social, que les deux sociétés n'avaient d'autres liens de droit que ceux découlant de leurs rapports de locataire à propriétaire, que le prêt avait été consenti à la société anonyme pour les seuls besoins de son commerce d'articles textiles et dans son seul intérêt, et en énonçant que [le gérant] n'avait donc pas le pouvoir de souscrire un engagement de caution au nom de la société civile immobilière, la Cour d'appel a, par là même admis qu'un tel engagement, comme le prêt qu'il garantissait, était étranger à l'objet de cette société* ». Ces décisions se justifient par la nécessité de faire respecter les finalités du pacte social, comme le principe d'égalité des associés²⁹⁸. En effet, le pacte social ne porterait pas sur un quelconque avantage d'un associé au détriment des autres. Même si ces décisions ont connu certains assouplissements, il n'en

²⁹⁵ J. HONORAT, *ibid.* n° 25, p. 1602.

²⁹⁶ Cass. 1^{re} civ. 15 juin 1973, *GP.* 1973, 2, somm. 180.

²⁹⁷ Cass. 1^{re} civ. 6 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 81, *JCP.*1979, IV, 170.

²⁹⁸ J. HONORAT, *ibid.* n° 25, p. 1602.

demeure pas moins que la conformité du cautionnement à l'objet social ainsi qu'à l'intérêt social reste une exigence de validité.

90. La qualité de caution profane de la personne morale pourrait dépendre de la qualité de son dirigeant, c'est-à-dire en fonction de la compétence et des connaissances réelles de son représentant. Si l'exclusion de certaines personnes de la catégorie des cautions profanes trouve sa justification dans le professionnalisme de celles-ci vis-à-vis de cet acte, d'autres aussi sont frappées d'exclusion en raison de leur maîtrise de la garantie même si elle ne rentre pas dans le cadre de leur activité professionnelle.

§2 : L'exclusion de certaines personnes en raison de la maîtrise de l'acte

91. Toutes les personnes physiques peuvent se porter caution sous réserve du respect « *des règles relatives à la capacité et au pouvoir de contracter* »²⁹⁹. Cependant, les juridictions distinguèrent entre celles des personnes physiques ayant le profil d'homme d'affaires averti et ceux qui n'ont pas un tel profil. Mais les différentes réformes intervenues depuis quatre décennies tendent à instaurer un véritable « *droit des cautions personnes physiques* »³⁰⁰ à travers la distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales. Elles ont mis en place un dispositif très protecteur des seules cautions personnes physiques sans tenir compte du degré de connaissance suffisante de la caution pour assumer parfaitement ses engagements³⁰¹.

92. Cette démarche du législateur va à contre-courant de celle souvent adoptée par la jurisprudence qui distingue au sein des cautions personnes physiques entre celles qui ne sont pas en mesure d'apprécier le risque lié à leur engagement et celles qui sont parfaitement informées de la vie des affaires. Ainsi, les cautions personnes physiques informées qui sont principalement des cautions non professionnelles, mais « *suffisamment informées pour*

²⁹⁹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc, n° 51, p. 53.

³⁰⁰ N. PICOD, La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, coll. Institut de Droit des affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, n° 283, p. 213.

³⁰¹ D. VILLANI, « les cautions ‘informées’ sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD. Com.* 1995, p. 291 et s.

supporter le poids de leurs engagements »³⁰², verront leur engagement « *apprécié beaucoup plus rigoureusement que celui d'une caution profane par les juridictions* »³⁰³.

93. Dans beaucoup d'hypothèses, elles ont été considérées comme des personnes averties, des dirigeants cautions en mesure de bien mesurer le risque pris en s'engageant (A). Le dirigeant qui s'est porté caution de sa société était ainsi qualifié de caution avertie³⁰⁴. Cette qualification des dirigeants, de cautions averties ne correspond pas toujours à la réalité, car d'une part, tous les dirigeants ne sont pas naturellement des personnes averties et d'autre part des personnes physiques sans être des dirigeants, mais ayant un lien avec la société garantie, se voir refuser la qualité de caution profane (B).

A- Les dirigeants cautions de leur société

94. Les dirigeants se portent fréquemment cautions des dettes de leurs sociétés lorsque les établissements de crédit en font une exigence pour l'octroi de crédits à la société qu'ils dirigent. Cette garantie apportée par le dirigeant à sa société s'explique par le fait que les entreprises ne disposent pas toujours de fonds propres. En effet, le capital social des sociétés s'avère en général insuffisant pour « *remplir sa fonction de gage envers les créanciers* »³⁰⁵. Ce capital social ne remplissant plus sa fonction, c'est-à-dire celle de sécuriser les créanciers contre le risque d'insolvabilité, ceux-ci exigeront des associés et surtout du dirigeant qu'il s'engage à honorer les dettes sociales sur son patrimoine personnel en cas de défaillance de la société.

95. Le recours au cautionnement donné par un dirigeant pour garantir des dettes contractées par sa société est devenu un instrument économique de premier plan car, il peut être un gage de bonne gestion³⁰⁶. Cependant, il s'oppose au principe de limitation de la responsabilité des

³⁰² D. VILLANI, *ibid.*

³⁰³ D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 54, p. 55.

³⁰⁴ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 36 ; F. MARCORIG-VENIER, « La protection du dirigeant caution », *CDE* 2012, dossier 16 ; L. HUPRELLE, la caution dirigeante, préc. n° 13, p. 32.

³⁰⁵ B. VIGNERON, Cautionnement du dirigeant de sociétés : les conditions de validité et d'exécution », *Dr. et patr.* 1994, 42 ; R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *Mélanges Derruppé* 1991, p. 343, cité par D. LEGAIS, Sûretés et garanties du crédit, préc. n° 54, p. 55.

³⁰⁶ L. AYNES, P. CROCQ, Droit des sûretés, préc. n° 108, p. 39.

associés³⁰⁷ en infléchissant la notion de personnalité morale³⁰⁸, dans le sens où la nécessité du crédit emporte disparition de l'écran de la personnalité morale.

96. Dans les prétoires, la caution dirigeante, était regardée comme un « *homme de valeur et d'opiniâtreté et non un homme sans consistance* »³⁰⁹ qui avait suffisamment d'envergure pour résister aux craintes ordinaires de la vie des affaires, parce que très intégré et intéressé aux affaires de l'entreprise débitrice, et de ce fait, nécessairement informée de la situation de cette dernière. L'information est devenue l'un des piliers de l'édifice de protection des cautions, car il apparaît comme le moyen permettant de faire un choix rationnel³¹⁰.

97. Le dirigeant qui, naturellement, est à la direction de sa société est « *censé être parfaitement informé des engagements qu'il cautionne* »³¹¹. En effet, le dirigeant ou le maître de l'affaire est dans une position très favorable pour connaître l'état précis de son affaire, la situation de sa société et le montant des engagements contractés. C'est pourquoi constamment, les juridictions indiquent que « *le dirigeant qui a parfaitement connaissance de la situation financière de la société qu'il gère ne peut invoquer la nullité de son engagement* »³¹². Il en va de même, de toute personne caution et associée à la gestion, qui de ce fait, ne peut ignorer la véritable situation de l'entreprise cautionnée³¹³, à moins qu'il ressorte des circonstances que la caution ne pouvait mesurer le risque pris³¹⁴, c'est-à-dire que celle-ci était profane.

98. Une caution intégrée dans les affaires du débiteur principal, donc informée de la situation de ce dernier et qui s'engage en pleine connaissance de cause, ne peut en principe, pour se soustraire de son engagement, reprocher à la banque le défaut d'informations³¹⁵ sur la situation de la société cautionnée. C'est dans ce sens qu'a été cassé l'arrêt d'une cour d'appel

³⁰⁷ L. HUPRELLE, La caution dirigeante, *ibid.* n° 11, p. 28.

³⁰⁸ A. PIEDELIÈVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion personnalité morale par le cautionnement », *GP.* 1982, n° 1, doctr. p. 85 ; Ph. SIMLER, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *prec.*

³⁰⁹ P. MORVAN, « Absence de validité du cautionnement solidaire signé sous l'emprise d'une violence morale », *D.* 1992, n° 13, p. 166, cité par L. HUPRELLE, La caution dirigeante, *ibid.* n° 19, p. 39.

³¹⁰ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, *prec.* n° 88, p. 47.

³¹¹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, *prec.* n° 54, p. 55.

³¹² Cass. com. 20 oct. 1992, *Banque et droit* 1993, p. 32.

³¹³ C.A. Paris, 3^e ch., sect. B, 4 avr. 2003, *Juris-Data* n° 215776.

³¹⁴ Cass. com. 28 mai 2002, *BJS.*, oct. 2002, p. 1309, obs. J. DEVEZE ; Cass. com., 22 mai 2013, *GP.* 2013, p. 15, obs. C. ALBIGES.

³¹⁵ Cass. com. 9 févr. 2010, *RDBF.*, 2010, comm. 88, obs. D. LEGEAIS. Il a été jugé que la caution avertie ne peut se méprendre sur la portée d'un prêt de restructuration ; V. également Cass. com. 28 janv. 2014, n° 12-27703, *Banque et droit*, mars-avr. 2014, p. 46, obs. E. NETTER.

qui avait admis la faute de la banque « *après avoir constaté que la caution était gérante de la société ayant obtenu des crédits, sans relever que la banque savait que la situation de la société était irrémédiablement compromise, et sans rechercher, dans le cas où elle l'aurait été, si par suite de circonstances exceptionnelles, le gérant l'ignorait* »³¹⁶. En effet, informée sur la situation du débiteur du fait de son intégration dans ses affaires, cela lui évite de prendre des décisions dans l'erreur ou dans l'ignorance.

99. L'idée de se faire garantir par une personne proche du débiteur principal a de tout temps été la représentation classique du cautionnement. « *Otage entre les mains du créancier dans les sociétés archaïques* »³¹⁷, la caution reste toujours un proche du débiteur, mais son engagement physique s'est mué en une obligation de payer une somme d'argent. La personne, qui garantit l'exécution de cette obligation financière, a souvent un « intérêt personnel » d'ordre patrimonial, à voir le débiteur principal bénéficiaire du crédit pour lequel, elle se porte caution³¹⁸.

100. C'est en pratique l'hypothèse dans laquelle un dirigeant de société s'engage auprès d'un établissement bancaire, afin de permettre à la société de se faire octroyer ou se faire maintenir un concours financier. Il s'agit en général des dirigeants qui cautionnent leurs sociétés. Les raisons justifiant le recours au cautionnement du dirigeant sont clairement exposées par Monsieur PICOD en ces termes : « *les cautionnements souscrits par les dirigeants sont devenus la condition habituelle du crédit aux entreprises qui ont choisi une forme sociale limitant la responsabilité des associés : ceci est un moyen de percer l'écran de la personne morale. Les organismes de crédit souhaitent en outre que les dirigeants partagent les risques avec eux ou cherchent simplement à les impliquer davantage dans le bon fonctionnement de l'entité. La caution n'est certes pas ici rémunérée, mais elle est intéressée au succès de l'entreprise cautionnée* »³¹⁹.

101. La détermination des personnes susceptibles d'être rangées dans la catégorie des cautions dirigeantes peut varier d'une société à une autre et d'un organe à un autre. Mais « *au sens strict, seuls méritent cette dénomination ceux qui sont personnellement investis des fonctions de direction générale : gérants et directeurs généraux. Il apparaît cependant que les*

³¹⁶ Cass. com. 17 juill. 2001, *RDBF.*, nov.-déc. 2001, comm. 222, obs. D. LEGAIS.

³¹⁷ D. VILLANI, « Les cautions informées sont-elles soumises à un régime particulier ? », préc. 1995, n° 2, p. 291.

³¹⁸ W. E. ANDOUME, *Le cautionnement donné à une société*, Thèse Université de Nancy 2, 2010, n° 184, p. 138 et s.

³¹⁹ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 25, p. 41.

véritables maîtres d'une affaire ne sont pas nécessairement ceux qui occupent le devant de la scène. Il semble donc préférable de retenir une notion plus large englobant l'ensemble des dirigeants sociaux, y compris les membres des organes collégiaux d'administration ou de surveillance...de même que ceux qui se comporteraient en dirigeants de fait »³²⁰. Ceux des dirigeants qui ont le contrôle effectif de la direction de l'entreprise sans en avoir officiellement le statut, ne peuvent échapper à la situation des dirigeants, car, les dirigeants de fait sont assimilés à des dirigeants de droit³²¹.

102. L'intérêt personnel a permis d'établir une distinction entre les cautions désintéressées et celles qui étaient intégrées dans les affaires du débiteur principal. Cependant, il aurait fallu affiner une telle notion dans la mesure où l'intérêt personnel pouvait avoir un sens varié. En effet, s'il pouvait apparaître évident dans certaines hypothèses tel l'engagement souscrit par un dirigeant d'entreprise, il devenait flou lorsque la relation entre le débiteur principal et la caution avait une teneur affective. Même en ce qui concerne les dirigeants, ils pouvaient se trouver priver de protection dans la mesure où, intéressés dans une opération, ils peuvent être aussi inexpérimentés que des cautions désintéressées.

En réalité, cette forme d'engagement n'a d'autre justification que le profit, indirectement retiré par l'auteur des avances consenties au débiteur principal³²². Parfois, il s'agit de dirigeants ou d'associés qui engagent leur patrimoine personnel à côté de celui de la personne morale.

103. Concernant cette catégorie de cautions, il faut distinguer entre les dirigeants, cautions³²³ de leur société et les autres cautions personnes physiques. En effet, « *l'intérêt que les dirigeants ont à cautionner leur société peut être un argument en faveur d'une assimilation aux professionnels. Cependant vu qu'il s'agit de personnes physiques et les risques qui sont les leurs, on n'a tendance à prendre le sens contraire* »³²⁴. Le cautionnement souscrit par un individu, bien que non rémunéré, peut être intéressé lorsque par exemple il est consenti par un

³²⁰ B. PETIT, Ch. ROBBEZ-MASSON, le statut du chef d'entreprise, coll. Droit de l'entreprise, Paris, Liaisons, 1994, n° 2, p. 2, cités par L. HUPRELLE, La caution dirigeante, préc. n° 12, p. 29 et s.

³²¹ Cass. com. 14 déc. 1993, *JCP E* 1994, pan. 1306.

³²² J. HONORAT, « Société et cautionnement », préc. n°1, p. 1570.

³²³ Les dirigeants cautions, c'est à-dire, ceux qui ont une compétence en matière de financement, fruit d'une formation en ce domaine et d'un parcours professionnel antérieur et qui ont des fonctions effectifs dans la société, et à ce titre sont impliqués dans le financement de la garantie ; sont considérés généralement comme avertis.

³²⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 44, p. 39.

dirigeant de société. Et la caution qui a entrepris de devenir le principal actionnaire et le dirigeant de l'entreprise ne peut ignorer la situation financière de celle-ci³²⁵.

104. Lorsque la caution est intégrée dans les affaires de l'entreprise débitrice, elle a un pouvoir de contrôle, de direction qu'elle exerce à l'encontre de celle-ci de nature à la convaincre de s'exécuter. C'est pourquoi les juridictions se montrent plus sévères à leur égard parce qu'elles estiment qu'elles sont moins dignes de protection que les cautions personnes physiques non intéressées ou profanes³²⁶. Les cautions informées ou averties à la différence des cautions profanes, ont l'aptitude à mesurer le risque pris en s'engageant³²⁷ en raison de la fonction qu'elles occupent au sein de l'entreprise cautionnée. C'est ainsi qu'il a été jugé que celui qui a acquis les parts d'une société de son ancien gérant et qui a pris normalement les fonctions de celui-ci à sa suite, connaissait l'état des affaires de la personne morale au moment où postérieurement, il s'en est porté caution, ne pouvait invoquer la nullité de son engagement³²⁸. Cette situation tranche avec celles des autres personnes physiques qui ne sont pas dirigeants, mais sont suffisamment informées ou détiennent des connaissances ou compétences leur permettant de s'engager en toute connaissance de cause.

B- Les cautions personnes physiques non dirigeantes

105. Certaines personnes physiques se portent souvent cautions d'une société dans laquelle elles n'ont aucun pouvoir de direction, mais des intérêts personnels importants justifiant leur intervention en qualité de garants. Il en serait ainsi, de l'associé³²⁹, du salarié³³⁰ ou du conjoint³³¹ qui accepte de cautionner la société de son époux dirigeant³³². En effet, on estime qu'en raison de leurs liens avec le débiteur principal, ces cautions peuvent s'informer elles-mêmes. C'est ainsi qu'a été jugé qu'« *il appartenait aux enfants L., à supposer qu'ils aient ignoré les obligations de leur père, de s'entourer, en raison de l'importance de leur engagement*

³²⁵ Cass. 1^{re} civ. 10 juin 1987, *D.* 87.445, obs. L. AYNES.

³²⁶ Ph. DUPICHOT, « Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés », préc. n° 66, p. 68 et s.

³²⁷ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 36.

³²⁸ Cass. com. 16 nov. 1993, *JCP E* 1994, pan. 106.

³²⁹ Cass. com. 11 mai 2010, inédit, n° 09-13080 ; *Dr. et patr.* sept. 2010, p. 87.

³³⁰ C.A. Lyon, 27 juin 1931, *D.H.* 1931, p. 531.

³³¹ Cass. com. 12 nov. 1979, n° 78-10.811, *Bull. civ.* IV, n° 283 ; Cass. com., 25 mai 1992, *D.* 1992, IR. 211.

³³² C. MOULY, « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Deffrénois* 1988, art. 34163, n° 5.

de tous les renseignements que les liens étroits de parenté les unissant au débiteur principal les mettaient en mesure de connaître »³³³. En général, ceux des associés qui sont majoritaires ou ceux d'entre eux qui ont fondé la société sont traités comme les dirigeants eux-mêmes³³⁴.

106. Par ailleurs, concernant les proches des dirigeants, ils peuvent, selon leur position ou leur rôle au sein de l'entreprise, être rattachés à la catégorie des cautions averties ou informées³³⁵. Ils sont censés connaître la situation de l'entreprise débitrice dès lors qu'ils sont associés à la gestion de celle-ci à moins d'établir qu'ils l'ignoraient³³⁶. On ne peut donc déduire du lien de parenté ou de proximité³³⁷ entre la caution et le débiteur principal une « *éventuelle immixtion dans les affaires du débiteur principal* »³³⁸.

107. Les divers liens³³⁹ ne constituent pas à eux seuls des éléments suffisants pour établir la qualité de caution avertie, dès lors qu'il n'est pas démontré une compétence particulière ou une implication dans la gestion de l'entreprise débitrice. Tout autre a été la situation d'une épouse, qualifiée de caution avertie en raison de l'exercice d'une profession antérieure lui permettant la compréhension de la portée de son engagement de caution, après avoir participé de manière commune à l'entreprise avec son époux³⁴⁰. Les personnes physiques non dirigeantes qu'elles soient associés ou des proches du dirigeant, intéressées à l'activité de la société débitrice peuvent être tenues pour cautions averties dès lors qu'elles se sont impliquées dans la vie sociale ou ont été associées à la gestion de la société cautionnée.

108. Lorsque de telles cautions sont assistées par un tiers lors de la formation de l'acte contractuel, des incertitudes demeurent. En effet, il n'est pas souvent pris en compte les conseils des tiers dont les cautions non dirigeantes pourraient bénéficier. Ainsi, la chambre civile a admis qu'une banque était tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard de cautions alors mêmes que

³³³ Cass. 1^{re} civ. 19 mars 1985, *Bull. civ.* I, n° 98.

³³⁴ C.A. Paris, 13 févr. 2001, *Juris-Data* n° 141269.

³³⁵ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 54, p. 55.

³³⁶ CA. Paris, ch. 15, sect. B, 4 avr. 2003, *Juris-Data* n° 215782.

³³⁷ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, préc. n° 69, p. 55.

³³⁸ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 104, p. 96.

³³⁹ Cass. 1^{re} civ. 16 sept. 2010, *RDBF.*, 2010, n° 213, obs. D. LEGEAIS, relatif à la situation d'un conjoint caution ; Cass. com. 17 mai 2011, *RDBF.* 2011, n° 131, obs. A. CERLES, concernant un enfant caution ; Cass. com. 2 oct. 2012, *Dr. et patr. févr.* 2013, p. 80, obs. Ph. DUPICHOT, à propos d'une compagne caution.

³⁴⁰ Cass. com. 22 nov. 2011, n° 10-25920, *JCP G* 2012, 626, obs. Ph. SIMLER.

celles-ci fussent assistées d'un conseil ou consultant financier³⁴¹. Au contraire, la chambre commerciale a, en présence d'un conseiller financier, écarté l'exigence d'un tel devoir³⁴².

109. Il nous apparaît que la présence d'un tiers doit être appréciée sous l'angle de la compétence dont celui-ci est pourvu. En effet, si ce dernier possède la compétence pour assister la caution, il n'est pas impertinent de penser que cette assistance est un moyen d'éclairer la caution sur son acte en lui permettant de mieux s'informer en s'engageant. L'assistance de la caution par un tiers peut être un moyen permettant à la caution d'être suffisamment informée et éclairée sur les risques et la portée de son engagement³⁴³. Cette assistance a la même vertu protectrice que l'exigence faite au créancier de mettre en garde ou « *d'alerter la caution sur les risques de l'opération* »³⁴⁴. Car, elle permet d'atteindre l'objectif assigné à l'obligation pour le créancier de mettre en garde la caution sur les dangers et l'opportunité de son engagement, à savoir à attirer l'attention de la caution sur le danger que constitue l'acte qu'elle s'apprête à souscrire afin de l'amener à mieux réfléchir avant de s'engager.

110. On pourrait la rapprocher aussi de la solution prescrite par le législateur africain OHADA³⁴⁵. En effet, le législateur communautaire africain indique à l'article 14, alinéa 2 de l'acte uniforme portant sur le droit des sûretés que, « la caution qui ne sait pas ou qui ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte de cautionnement, son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés ». Au-delà du fait qu'il s'adresse à la caution incapable d'écrire, ce texte « *entend protéger la caution, en lui permettant d'être éclairée sur l'opération à laquelle elle*

³⁴¹ Cass. civ. 1^{re} 30 avr. 2009, n° 07-18.334, *RDBF.*, 2009, n° 120, obs. D. LEGEAIS.

³⁴² Cass. com. 12 nov. 2008, *RDBF.*, 2009, n° 9, obs. A. CERLES.

³⁴³ Cass. com., 3 mai, 2006, n° 02-11211, *Bull. civ.* IV, n° 102, p. 100, « elle avait été assistée de son conjoint, présent lors de la signature des actes, lequel exerçait alors des fonctions de cadre supérieur au sein même de l'établissement prêteur et présentait, de ce fait, toute compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont il se déduisait, que l'intéressée avait été en mesure d'obtenir de son conjoint toutes les informations utiles pour lui permettre d'apprécier l'opportunité des engagements qu'elle souscrivait pour l'amélioration de son propre patrimoine » ; également Cass. com., 12 nov. 2008, inédit, n° 07-15949 ; *LEDC*, févr. 2009, n° 2, p. 6, note D. GALLOIS-COCHET ; *contra* Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2005, n° 03-10115, *Bull. civ.* I, n° 326, p. 270.

³⁴⁴ A. GOUËZEL, L. BOUGEROL, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678 et s.

³⁴⁵ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires regroupant 8 pays dont l'objectif est de faciliter l'investissement dans ces pays membres par l'adoption de textes législatifs communs.

participe »³⁴⁶. Ces témoins certificateurs³⁴⁷ qui assistent la caution lors de la formation de l'acte de caution sont à distinguer des certificateurs de caution³⁴⁸.

111. La caution qui s'est fait assister par un tiers dont la compétence est reconnue ou établie pour conclure un tel acte est assurément bien informée ou avertie pour apprécier les risques liés à son opération.

112. La pratique des affaires démontre que ni les fonctions de dirigeant, ni la qualité d'associé ou de proches parents des dirigeants de l'entreprise cautionnée ne suffisent à emporter *ipso facto* la qualité caution informée ou avertie. Ces personnes peuvent être assimilées à des cautions averties en considération de leur implication ou participation effective dans la vie de la société cautionnée, en raison de compétences personnelles dans le secteur d'activité concerné ou lorsqu'elles sont assistées par une personne compétente.

113. En référence à tout ce qui précède, on pourrait affirmer que les personnes morales qui dans le cadre de leur activité se portent cautions de leurs clients ou de toute autre personne physique ou morale ne peuvent faire valoir leur qualité de profane pour se soustraire de leurs engagements. De même que les personnes physiques informées, qu'elles sont dirigeantes de l'entreprise débitrice cautionnée ou non dès lors qu'elles se sont impliquées ou ont été associées à la gestion de l'entreprise, et de ce fait, ont eu connaissance des informations sur la situation économique et financière de celle-ci, ne seraient pas recevables à invoquer leur ignorance ou le manque d'informations du créancier pour se délier. Elles ont eu l'habitude de souscrire ou d'avoir été confrontées à de tels actes ; d'où il s'en suit à juste titre qu'elles ne sont pas considérées comme des cautions profanes à l'occasion de la conclusion de tels contrats. Cette exclusion de ces personnes averties qui se portent caution, laisse subsister positivement d'autres personnes auxquelles il serait reconnu la qualification de caution profane dans un souci de protection de cette catégorie de personnes.

³⁴⁶ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, perspective d'évolution du cautionnement en droit OHADA, préc. n° 144, p. 109.

³⁴⁷ Nous reviendrons plus tard sur la présence et le rôle important des professionnels qui assistent la caution au moment de la souscription de son engagement.

³⁴⁸ Art. 2291, al. 2 C. civ. « On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné ». En application de ce texte qui n'utilise pas l'expression, le certificateur de caution est un garant de second rang garantissant la dette de la caution principale, c'est-à-dire que le certificateur de caution garantit la caution de premier rang auprès du créancier ; cf., S. PRIGENT, note ss. Cass. 27 mai 2008, n° 06-19075 ; *LPA.*, 7 nov. 2008, n° 224, p. 10.

SECTION 2 : L'APPROCHE POSITIVE DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE

114. La jurisprudence comme il a été annoncé auparavant, recours à un faisceau d'indices à savoir, l'expérience en matière de crédit et de cautionnement³⁴⁹, la compétence³⁵⁰, la connaissance dans le domaine de la gestion d'une entreprise³⁵¹, etc., pour retenir au profit d'une caution la qualification de profane ou non. Ainsi, les solutions qui en découlent relèvent assurément des circonstances de fait et sont souvent tributaires non seulement des qualités personnelles de la caution, mais aussi de sa fonction et de son rôle dans les affaires de l'entreprise cautionnée ou du lien familial ou amical qui la lie au débiteur principal. À ce titre, il se dégage une diversité de cautions profanes parce qu'il ne s'agit pas d'un ensemble homogène. Cette catégorie s'étend aux personnes insuffisamment instruites, ignorantes ou même illettrées³⁵², à certains professionnels agissant en dehors de leur activité, aux dirigeants cautions inexpérimentés n'ayant aucune maîtrise du monde des affaires qui y arrivent parfois à la suite d'une reconversion professionnelle³⁵³, et à certains proches, cautions du débiteur principal.

115. Le point commun à toutes ces cautions, c'est l'absence de rémunération de leur engagement, c'est-à-dire qu'elles ne retirent de leur acte aucune contrepartie financière quelconque contrairement à la catégorie des cautions rémunérées. Leur engagement est guidé par leur volonté de rendre service à des proches sans pour autant détenir les moyens de mesurer les conséquences juridiques de leur acte.

116. Mais ce qu'il faut dire, c'est que cette absence de rémunération trouverait sa source dans l'existence de liens affectifs ou capitalistiques qu'elles entretiennent avec le débiteur principal ; liens qui justifient et fondent leur engagement et qui sont également la source de leur fragilité. En effet, « *La caution profane et le débiteur principal sont unis par un lien d'affection*

³⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 15 janv. 2015, inédit, n° 13-26486. La haute cour a déclaré que la caution était une caution profane parce qu'elle n'avait pas d'expérience en matière de crédit et de cautionnement.

³⁵⁰ Cass.com., 12 janv. 2010, *RDBF.*, 2010, n° 54, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 27 nov. 2013, *RDBF.*, 2013, n° 14, obs. D. LEGEAIS.

³⁵¹ Cass. com. 20 oct. 2009, *Bull. civ.* IV 2009, n° 127.

³⁵² Cass. 1^{re} civ. 25 mai 1964, *D.* 1964. Jur. 626. Des agriculteurs illettrés ayant contracté en qualité de cautions, tout en étant convaincu qu'il s'agissait d'un engagement « purement moral ».

³⁵³ D. POHE-TOKPA, « La caution profane en droit OHADA : la balkanisation du droit du cautionnement », préc. p. 167.

justifiant la conclusion d'un engagement de bienfaisance, mais ôtant également toute objectivité face au risque contracté. Trahie par l'affection qu'elle porte au débiteur principal, elle engage son patrimoine personnel sans se préoccuper des conséquences et parfois même sans détenir les compétences ou les moyens lui permettant d'évaluer les risques liés à son engagement »³⁵⁴. On ne peut douter que le lien affectif ou capitalistique joue un rôle important dans l'appréciation de l'engagement de cette catégorie de cautions. Mais, pour mieux caractériser ces cautions afin de leur apporter une protection efficace, « *il est nécessaire de s'attacher davantage au rapport de force qui s'établit entre les parties contractantes* »³⁵⁵. En effet, la caution, dans son rapport avec le créancier, est considérée comme un contractant réputé faible³⁵⁶ dont l'engagement est particulièrement dangereux pour son patrimoine. Cette faiblesse liée à sa qualité de profane mérite qu'elle soit regardée avec un plus grand soin et que son engagement soit traité de manière bienveillante.

117. La prise en compte de la situation de faiblesse du contractant est une donnée majeure et importante de l'évolution du droit contemporain des contrats³⁵⁷ qui « *place les situations d'inégalité au rang de ses préoccupations* »³⁵⁸. C'est ainsi que plusieurs catégories de contractants, notamment, « *les travailleurs, les transportés, les locataires, les assurés furent dotés, les uns après les autres, d'une construction légale importante destinée à les protéger* »³⁵⁹, au titre de la faiblesse dans le contrat.

118. Cette démarche juridique personnalisée et catégorielle des contractants par le droit contemporain des contrats est la réponse à un monde contractuel en expansion lié à la « *vitalité de l'activité humaine* »³⁶⁰, de nature à rendre « *tout le monde potentiellement faible en matière contractuelle* »³⁶¹. Dès lors, « *pour que le droit soit humain, il doit ressembler à l'humanité qui*

³⁵⁴ L. HUPRELLE, La caution dirigeante, préc. n° 13, p. 31.

³⁵⁵ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. p. 104.

³⁵⁶ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 594, p. 319.

³⁵⁷ M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, Bibl. de droit privé, T. 261, LGDJ 1999, n° 14, p. 625.

³⁵⁸ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, coll. Thèses de sciences humaines n° 12, éd. Bruylant-Academia 2004, préf. p. 9.

³⁵⁹ F. MAUME, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, Thèse Université d'Evry-Val-d'Essonne, 2015, n° 23, p. 24.

³⁶⁰ P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, Contrats spéciaux, 6^e éd. Litec, 2008, n° 7, p. 7.

³⁶¹ F. MAUME, *ibid.* n° 21, p. 21.

est composée de forts et de faibles, d'intelligents et de profanes »³⁶². Le chemin de la parcellisation des normes³⁶³, en fonction de la catégorie des sujets, est ainsi emprunté et le cautionnement n'en sera pas épargné.

119. Face à la toute-puissance du créancier, dans un rapport où l'inégalité de puissance économique est évidente, la caution profane, contractant ignorant s'engage la plupart du temps « *poings et mains liés* » ; situation qui conduit à une absence de marge de négociation pour elle dans la conclusion du contrat. En réalité, le cautionnement laisse peu de place à la négociation lorsque la caution est un non professionnel. Pour certains auteurs, cela est tout à fait normal puisque la négociation n'est pas le critère du contrat³⁶⁴. Cependant, la possibilité de négocier apparaîtrait pour la partie faible, surtout pour une caution profane comme un moyen de s'impliquer dans le contrat, de défendre ses intérêts et de s'assurer qu'elle s'y est engagée valablement.

120. La catégorisation des cautions puise sa justification dans leur situation de faiblesse par rapport au créancier professionnel de crédit lors de la conclusion du contrat. Ainsi, plusieurs raisons peuvent être évoquées pour expliquer la qualité de profane de ces cautions, notamment, la contrainte³⁶⁵, « *l'incompétence, l'ignorance, l'infériorité, l'inexpérience* »³⁶⁶. Elles caractérisent la situation de faiblesse personnelle de la caution qui à l'occasion de l'échange contractuel « *manque alors de connaissances techniques, des informations juridiques et autres permettant d'avoir une représentation exacte de l'opération qui donne lieu à la conclusion du contrat* »³⁶⁷. Selon Monsieur PIETTE, la détermination de cette catégorie de cautions devrait se fixer davantage sur le rapport de force³⁶⁸ lors de l'échange contractuel. Elle serait protégée dès lors qu'elle est dans une position de faiblesse contractuelle vis-à-vis du créancier.

³⁶² B. de GERANDO, *Traité de la bienfaisance publique*, T.1, Paris 1989, p. 166, cité par C. BOURRIER, préc. n° 4, p. 16.

³⁶³ F. MAUME, *ibid.*

³⁶⁴ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Bibl.de droit privé, T. 261, LGDJ 1996, n° 8, p. 6.

³⁶⁵ M. ZIO, *Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, perspectives d'évolution du cautionnement en droit OHADA*, préc. n° 132, p. 103.

³⁶⁶ C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, préc. n° 14, p. 29.

³⁶⁷ G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, préc. p. 149

³⁶⁸ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. p. 104.

Néanmoins, les cautions sont protégées « *en raison de leur fonction ou de leur qualité* »³⁶⁹. Dès lors, la faiblesse qui caractérise la situation de la caution profane pourrait s'analyser en un double point. En effet, la faiblesse de la caution profane est « *analysée comme une qualité subjective d'un individu résultant des carences personnelles* »³⁷⁰, mais sans exclusive, car elle s'accommode aussi avec une définition objective de la faiblesse fondée sur l'analyse de sa position dans le rapport contractuel.

L'appréciation de la qualité de profane de la caution consisterait alors à mettre en avant sa situation de faiblesse personnelle (§1) d'une part et sa situation de faiblesse liée à la nature du contrat de cautionnement (§2), d'autre part.

§1 : La faiblesse de la caution résultant de ses qualités personnelles

121. Certaines cautions non professionnelles jouissent de la qualité de caution profane parce qu'elles « *s'engagent pour rendre un service à un membre de leur famille ou à leur proche* »³⁷¹. Dans de telles circonstances, très souvent elles ne mesurent pas la portée de leur engagement, car elles se trouvent dans l'incapacité d'en comprendre le sens et la portée et d'en apprécier les risques courus. Elles n'ont pas non plus l'aptitude leur permettant d'apprécier la solvabilité du moment et celle à venir du débiteur principal. C'est à l'égard de cette catégorie de cautions que le cautionnement demeure un contrat dangereux³⁷² car ne comportant aucune contrepartie, la caution se trouve à « *la merci de la défaillance et de l'insouciance du débiteur* »³⁷³.

122. La caution profane est un contractant en situation de faiblesse vis-à-vis du créancier professionnel de crédit, comparable à celle du consommateur³⁷⁴. La faiblesse de la caution profane est alors caractérisée par son ignorance, son incompetence, son inexpérience lors de la formation de l'acte contractuel. La faiblesse est liée aux qualités personnelles de la caution et

³⁶⁹ F. MAUME, Thèse préc. n° 14, p. 14.

³⁷⁰ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. p. 10.

³⁷¹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 53, p. 54 ; P. SARGOS, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », p. 36 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. 6^e éd. Sirey 2018, n° 158, p. 98.

³⁷² P. SARGOS, *ibid.*, p. 35.

³⁷³ P. SARGOS, *ibid.*

³⁷⁴ D. POHÉ-TOKPA, « la caution profane en droit OHADA : la balkanisation du droit du cautionnement », préc. p. 163.

se matérialise par le fait qu'elle a « *un niveau de connaissances insuffisant qui l'empêche de porter un jugement éclairé sur la portée de son engagement* »³⁷⁵. Elle se trouve dans l'ignorance des circonstances de fait relatives à l'objet du contrat ; d'où la difficulté à pouvoir donner un consentement en pleine connaissance de cause. Son ignorance peut concerner le régime juridique applicable à son engagement ou son aptitude à le comprendre. De même, cette faiblesse de la personne de la caution peut être le fait de l'incurie, ou de l'insouciance avec lesquelles elle s'engage dans le contrat, attitude qualifiée d'« *infériorité ignorance* »³⁷⁶ ou d'« *inégalité de connaissances* »³⁷⁷. Monsieur COUTURIER explique à ce propos « *qu'elle fait l'essentiel de l'inégalité entre les contractants lorsque l'un est professionnel et l'autre un profane : ce dernier manque de connaissances techniques ; il ne dispose pas des informations juridiques et autres permettant d'avoir une représentation exacte de l'opération qui donne lieu à la conclusion du contrat* »³⁷⁸. Le constat de cette « *infériorité-ignorance* » qui traduit souvent une inégalité intellectuelle justifie à l'égard de la caution profane, l'exigence d'obligations d'information et le formalisme informatif dans l'ensemble des dispositions de protection qui sont censées assurer l'intégrité du consentement de la partie faible.

123. Cette faiblesse est inhérente à la personne de la caution en raison de ses facultés intellectuelles limitées, de son ignorance, de son inexpérience. Elle résulte aussi des compétences des parties à l'acte de caution puisque dans la plupart des contrats, il se noue une relation entre « *un contractant professionnel et un particulier profane* »³⁷⁹, c'est-à-dire, « *d'un côté, il y a un individu qui détient des compétences techniques, juridiques et commerciales et de l'autre côté, il y a un contractant qui ne les possède pas* »³⁸⁰. Ce rapport entre les parties contractuelles dans lequel l'une d'entre elles n'est pas suffisamment aguerrie pour conclure révèle « *une faiblesse informationnelle en matière contractuelle* »³⁸¹ qui est la conséquence de l'ignorance de la caution profane. Également, la faiblesse est inhérente à la personne de la caution du fait de son inexpérience à contracter un acte aussi grave que le cautionnement. Il en

³⁷⁵ M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, préc. n° 2, p. 616.

³⁷⁶ G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », préc. n° 6, p. 149.

³⁷⁷ J. L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, n° 7 et 9, p. 168 et s.

³⁷⁸ G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », préc. n° 6, p. 149.

³⁷⁹ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 16, p. 31.

³⁸⁰ C. BOURRIER, *ibid.*

³⁸¹ F. MAUME, Thèse préc. n° 33, p. 31.

va ainsi, de certains dirigeants néophytes, cautions de leur société bénéficiant de la sollicitude des juges. Ils sont souvent traités comme des cautions profanes, c'est-à-dire des contractants faibles en raison de leur inexpérience constatée lors de la souscription du cautionnement. La recherche de la qualité de profane permet d'analyser avec finesse la situation des parties au contrat, en ce qu'elle permet de façon précise d'identifier la nature et l'étendue de la faiblesse de la caution qui sont tantôt dues à son ignorance (A), tantôt à son inexpérience des affaires (B).

A- Une faiblesse due à l'ignorance de la caution

124. On peut affirmer que la caution profane est dans un rapport de force avec le créancier qui n'est pas à son avantage. Ce rapport de force dont elle n'a pas l'avantage s'explique par le fait qu'elle est la partie faible de cet échange contractuel. Et cette situation de faiblesse semble découler de l'ignorance du fait ou du droit³⁸² qui régit son engagement. Selon le Larousse³⁸³, l'ignorance est un défaut, un manque général de connaissances, de savoir, d'instruction. L'ignorance dont il s'agit n'est pas celle qu'énonce la maxime "*Nemo censetur ignorare legem*"³⁸⁴. L'ignorance qui caractérise cette catégorie de cautions est alors entendue ici, comme un défaut de connaissances ou de pratiques dans un domaine bien déterminé et des circonstances de son engagement. Elle caractérise ainsi, la faiblesse d'une partie dans un contrat, en l'occurrence la caution. Cette faiblesse est liée aux qualités personnelles de la caution, dont « *le niveau de connaissance dans la matière du contrat s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs* »³⁸⁵ et implique nécessairement la prise en compte de la compétence intellectuelle de la caution. Il en est de même lorsque la caution se trouve dans l'ignorance de certaines circonstances de fait portant sur l'objet du contrat, et en raison du manque d'informations relatives à ces circonstances, elle n'est pas en mesure de se lier par contrat. Ignorance pouvant porter sur des informations concernant le débiteur principal dont la caution n'en a pas connaissance. C'est pourquoi les juridictions retiennent aisément la responsabilité du banquier envers la caution lorsqu'il avait

³⁸² P.-H. DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et clauses abusives en droit belge », préc. n° 10, p. 78.

³⁸³ Larousse dictionnaire de français, éd. 2008, p. 211.

³⁸⁴ Expression latine qui signifie Nul n'est censé ignorer la loi.

³⁸⁵ M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, préc. n° 2, p. 616.

des informations graves sur la situation du débiteur que la caution ignorait³⁸⁶. Il en va ainsi en cas de mise en œuvre de la responsabilité du créancier. En effet, la caution ne peut rechercher la responsabilité de la banque créancière que si elle établit que celle-ci détenait des informations qu'elle ignorait et qui concernaient « *les revenus, le patrimoine ou les facultés raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération financée* »³⁸⁷. Il s'agit pour la caution alors de prouver sa qualité de caution profane eu égard à des informations qu'elle ignorait elle-même³⁸⁸ sur le risque de l'opération financée dont l'établissement de crédit avait connaissance.

125. La caution profane étant la partie faible dans le contrat de cautionnement devrait, pour mieux mesurer son engagement et le risque pris, avoir une connaissance suffisante de ce que représente l'acte qu'elle veut souscrire. En effet, son ignorance de l'existence de conditions préétablies susceptibles de s'appliquer au contrat qu'elle s'apprête à souscrire ou de la teneur même de ces conditions renseigne sur son état de faiblesse dans son rapport avec son cocontractant. Cette situation de faiblesse se caractérise donc par « *son inaptitude à comprendre ses conditions ou de l'incompréhensibilité même de celles-ci* »³⁸⁹. D'une façon générale, la faiblesse de la caution profane dans le rapport avec le créancier est consubstantielle à une connaissance insuffisante de la matière ou du moins à une mauvaise appréhension de l'acte qu'elle souscrit. Son ignorance de l'objet contractuel pose le problème de « *l'insuffisante lucidité du contractant quant à la portée et la signification exacte de son engagement* »³⁹⁰. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire qu'elle soit mieux informée, mieux éclairée pour que son engagement reflète l'expression de sa volonté. Par ailleurs, en raison même de la célérité des échanges économiques et souvent de l'urgence des besoins, il est matériellement impossible à la caution de prendre connaissance des documents qui lui sont remis et afférents à son engagement, a fortiori de les comprendre³⁹¹. Il s'agit là de circonstances de fait qui établissent la faiblesse de la caution lors de la formation du contrat et qui ne peuvent être ignorées dans la prise en compte de l'existence réelle de son consentement à l'acte. Elle ne prend pas part à la

³⁸⁶ Cass. com. 1^{er} juill. 2003, n° 00-18.154, *RDBF.*, 2003, p. 364, obs. D. LEGEAIS ; *RDBF.*, 2004, p. 20, obs. A. CERLES.

³⁸⁷ Cass. com. 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 136. *JCP E*, 2002, 1730, note D. LEGEAIS

³⁸⁸ Cass. com. 12 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 243 ; *RTD. com.* 2007, 214, obs. D. LEGEAIS ; *JCP E* 2007, 1310, note D. LEGEAIS ; *D.* 2007, AJ. 652, obs. V. AVENA-ROBARDET

³⁸⁹ P.-H. DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », préc. n° 10, p. 78.

³⁹⁰ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 66, p. 73.

³⁹¹ G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, Thèse, Paris, LGDJ 1973, n° 36, p. 25.

rédaction de l'acte, étant entendue qu'elle n'en a aucune connaissance ; elle se borne à jouer un rôle passif en se fiant à son contractant.

126. La caution qui est dépourvue de certaines compétences intellectuelles, peut ignorer le contenu l'acte contractuel et ses conséquences. Au moment de la formation du contrat, elle n'a pas assez de lucidité pour comprendre la portée et le sens exact de son engagement. La faiblesse de la caution en raison de son ignorance a été souvent évoquée par certaines cautions, soutenant qu'elles n'avaient pas compris la portée de leur engagement. Les juridictions n'ont pas toujours été favorables à un tel argument fondé sur l'ignorance de l'acte de cautionnement, c'est-à-dire que les cautions invoquent le fait qu'elles ont commis une erreur sur la nature et la portée du cautionnement³⁹², qui souvent, est conforme à la réalité³⁹³. Cet argument devrait à notre sens avoir un incident sur le régime, la protection de la caution, partie faible car « *l'ignorance est l'une des sources de la faiblesse* »³⁹⁴ d'un tel contractant. Et l'erreur commise par la caution profane³⁹⁵ révèle souvent un manque de connaissances ou d'attention³⁹⁶, en soi constitutif d'une situation de faiblesse. La faiblesse de la caution profane puise sa source dans le déficit de connaissances³⁹⁷ ; une présomption simple d'ignorance devrait alors être rattachée à la qualité de profane. Ainsi, la caution est considérée comme profane lorsqu'elle n'est pas censée comprendre et connaître les engagements du débiteur principal³⁹⁸. C'est pourquoi les juges décident en tenant compte des connaissances réelles de la caution. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait retenu la qualification de client profane au motif « *qu'il résultait du document produit par la banque que le nouveau marché présente un caractère spéculatif en raison de la nature même des sociétés cotées et s'adresse en priorité et principalement à une clientèle très avertie, et retenu qu'il n'était pas contesté que Mme X...*

³⁹² Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1999, inédit, n° 96-193.35 ; CA. Rennes, 2^e ch., 2 oct. 1991 : *Juris-Data* n° 1991-050507 (concernant un majeur de 19 ans qui prétendait n'avoir pas compris la nature de son engagement ; Paris, 1^{re} ch., 9 avr. 1992 : *Juris-Data* n° 1992-021195 ; *JCP G* 1992, I, 3623, n° 1, obs. Ph SIMLER où il est indiqué que « le cautionnement est un mécanisme simple dont la compréhension est à la portée de toute intelligence moyenne, également courant et qui se retrouve dans la pratique de nombreuses sociétés humaines ».

³⁹³ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, préc. n° 55, p. 48.

³⁹⁴ M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, préc. n° 18, p. 626.

³⁹⁵ Nous reviendrons sur l'analyse de l'erreur invoquée par la caution, mais généralement sur les régimes applicables aux vices de consentement dans la protection de la caution profane.

³⁹⁶ Cass. 1^{re} civ. 25 mai 1964, n° 62-105.98 : *Bull. civ.* I, n° 269, p. 210 ; *D.* 1964, p. 626 ; *RTD. civ.* 1965, n° 2, p. 109, obs. J. CHEVALLIER ; CA. Orléans, 3 sept. 1996 : *Juris-Data* n° 1996-055637.

³⁹⁷ C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, préc. n° 80, p. 88.

³⁹⁸ Analyse faite à partir de l'appréciation de la qualité de caution avertie par la haute juridiction française. V. Cass. com. 15 avr. 2008, n° 07-12346.

*n'était jamais intervenue sur le nouveau marché avant les ordres litigieux du 29 février 2000 et que ni l'expérience qu'elle avait pu acquérir d'opérations sur le marché au comptant depuis 1993, ni sa qualification d'avocat titulaire d'un DEA de droit des affaires ne démontrent qu'elle était instruite des risques particuliers présentés par les opérations sur le marché »³⁹⁹. Les juges du fond sont ainsi, tenus de vérifier *in concreto* si « la caution dispose personnellement ou pas de connaissances suffisantes pour apprécier les risques nés de son engagement »⁴⁰⁰.*

127. La caution, bien que faible, ne pourrait valablement s'engager que si son consentement est éclairé, si elle est mieux informée par son cocontractant. Cette exigence de fait qui nous semble naturelle et qui avait très peu d'échos en droit commun du cautionnement, s'est retrouvée au cœur des préoccupations du droit spécial de la consommation. En effet, la prise en compte de la faiblesse informationnelle de la caution a suscité en droit de la consommation l'exigence d'une série de règles en vue de protéger le consentement de la caution consommateur. Ce traitement de la faiblesse d'une partie au contrat par la matière consumériste à travers l'information est critiqué car un auteur considère qu' « *en conférant au droit de la consommation les moyens de protéger le consentement du consommateur sans mettre à jour le droit commun, le législateur a commis une erreur dont les effets néfastes étaient pourtant largement prévisibles. En effet, il a, par là même, attribué à la matière consumériste le pouvoir de déterminer, in fine, qui serait une partie digne de protection. Or, naturellement, cette matière n'a pas, ne serait-ce qu'en tant que droit spécial, vocation à régir l'ensemble des rapports contractuels* »⁴⁰¹. Nous partageons totalement cette analyse parce que le droit consumériste, en tant que droit spécial, n'a pas effectivement vocation à régir l'ensemble des rapports contractuels.

128. Le droit consumériste devrait s'adresser uniquement aux personnes visées par les dispositions issues de cette matière, en prenant en compte la situation de faiblesse ou d'infériorité de la caution consommateur en particulier, mais pas celle des garants de façon générale. Les cautions liées aux opérations de consommation telles que le crédit à la consommation et le crédit immobilier sont « *considérées comme placées par rapport aux*

³⁹⁹ Cass. com. 12 nov. 2008, n° 07-11554, *Bull. civ.* IV, n° 69. Il s'agit d'arrêt rendu en matière de prêt mais très utile pour comprendre la question analysée en raison de la connexité entre le prêt et la garantie.

⁴⁰⁰ A.P. DUREAU, « Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions », préc. n° 20.

⁴⁰¹ F. MAUME, Thèse préc. n° 54, p. 45.

créanciers dans une position de faiblesse encore plus grande que les autres cautions »⁴⁰² ; dès lors, les règles édictées par le Code de la consommation en matière de cautionnement devraient être destinées à protéger que les cautions participant à ces opérations ; mais, pas l'ensemble des cautions. Mais la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dans l'objectif de protéger n'importe quel contractant agissant en dehors de sa sphère de compétence, mais placé dans la même situation d'ignorance que le consommateur, a étendu sa protection à toutes les cautions, notamment les cautions personnes physiques. La caution profane est exactement dans une situation d'infériorité par rapport au créancier professionnel, il bénéficie alors, des mécanismes du droit de la consommation, destinés à protéger les contractants présumés faibles⁴⁰³.

129. L'immixtion, voire l'influence du droit de la consommation sur le cautionnement doit conduire à la prise en compte de la situation de faiblesse de certaines cautions par l'encadrement du contenu du contrat à travers de règles qui protègent suffisamment leur consentement. Et cette prise en compte de la situation de faiblesse de la caution devra conduire au maintien de la distinction entre la caution profane et la caution avertie, voire son adoption par le législateur⁴⁰⁴. Par ailleurs, pour clarifier ce contexte et assurer l'efficacité du cautionnement, il nous apparaît urgent que le Code civil redevienne le siège de la matière, du moins le droit commun en matière de cautionnement censé régir les textes généraux.

130. La caution profane est un contractant faible parce qu'elle ignore ou du moins elle ne dispose pas de connaissances pour se porter garante sans risquer son patrimoine. Sa faiblesse peut être également due au fait n'a pas une maîtrise parfaite des rouages de la vie des affaires dont l'expérience est une des clés indéniables de sa bonne réussite.

B- La faiblesse de la caution en raison de son inexpérience du cautionnement

131. L'état de faiblesse de la caution procède également, nous semble-t-il, de son inexpérience, une circonstance qui l'empêche d'exprimer une volonté claire dans la

⁴⁰² B. ROMAN, « Loi pour l'initiative économique et l'exigence de la mention manuscrite dans le cautionnement : une réforme malvenue », préc. p. 2.

⁴⁰³ C. ALBIGES, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », *Mélanges en l'honneur de J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2003, p. 1.

⁴⁰⁴ La réforme annoncée des sûretés aurait dû être l'opportunité d'entériner cette distinction prétorienne ayant des conséquences sur la responsabilité du créancier et sur l'exécution même du contrat de cautionnement. Mais l'avant-projet de réforme du droit des sûretés livré par la commission GRIMALDI, n'en fait pas mention (voir Avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant).

souscription de l'acte de caution. À ce titre, il s'agit d'un néophyte qui n'a aucune connaissance sur le droit du cautionnement, et qui ne dispose pas de compétences suffisantes pour apprécier avec exactitude son engagement et ses conséquences, mais qui n'est pas outillé pour affronter le monde économique ou le milieu des affaires où le cautionnement est prisé. Cette faiblesse de la caution en raison de son inexpérience concerne le cas particulier de certaines cautions, notamment les cautions qui ne disposent pas d'expérience dans la vie des affaires. En effet, il arrive fréquemment que certaines personnes qui embrassent la vie des affaires, soient souvent amenées à souscrire des actes de cautionnement alors même qu'elles n'ont aucune expérience dans le domaine dans lequel il est exigé leur engagement de caution. C'est pourquoi les juridictions opèrent souvent une distinction entre les dirigeants néophytes, cautions de leur entreprise et les dirigeants assez expérimentés en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'ils souscrivent⁴⁰⁵.

132. Cette faiblesse de la caution eu égard à son inexpérience n'est pas du même ordre que la faiblesse de la caution du fait de son ignorance. En effet, la caution profane est inexpérimentée lorsqu'elle s'engage en qualité de garant dans un domaine qui n'est pas le sien et dont elle n'a pas une véritable maîtrise à la manière d'un professionnel rompu aux affaires. Dans cette circonstance, l'inexpérience devient un obstacle, l'empêchant d'exprimer un consentement éclairé et réfléchi. Il est donc inapte à apprécier les risques et les conséquences du cautionnement sur son patrimoine. En effet, l'expérience est une qualité nécessaire dans le monde des affaires car elle traduit une connaissance acquise par la pratique, l'observation. Celui qui en est dépourvu dans un domaine bien déterminé n'est pas suffisamment armé pour s'y aventurer.

133. L'inexpérience de la caution se distingue de l'ignorance qui démontre « l'existence d'une faiblesse d'ordre intellectuel »⁴⁰⁶, donne à l'ignorance de la légitimité, mais produit le même résultat. La notion de caution profane est souvent privilégiée en fonction des circonstances, en raison de l'inexpérience de la caution. C'est ainsi que, la Cour d'appel de Poitiers a décidé dans un arrêt en date du 14 mars 2017, que « *Mme C...qui était en congé parental avant la souscription des cautionnements litigieux et dont il n'est pas établi qu'elle ait eu, antérieurement, une expérience particulière dans la gestion de sociétés ou dans les affaires*

⁴⁰⁵ Cass. com. 23 juin 1998, *JCP E* 1998, p. 1831, note D. LEGEAIS. Dans cette espèce, l'établissement garanti était spécialisé dans le financement de l'hôtellerie alors que le dirigeant caution était profane de ce secteur d'activité.

⁴⁰⁶ C. BOURRIER, La protection d'une partie faible au contrat, préc. n° 79, p. 87.

doit être considérée comme une caution non avertie »⁴⁰⁷. L'inexpérience est une cause de faiblesse de la caution qui la rapproche assurément des consommateurs⁴⁰⁸ car le manque d'expérience l'empêche d'avoir la lucidité nécessaire pour s'engager dans un échange contractuel où le cocontractant est habituellement en position dominante⁴⁰⁹.

134. Cette faiblesse de la caution qui se traduit par le manque d'expérience dans un domaine aussi exigeant que celui des affaires révèle en réalité le manque de compétence dans l'évaluation des risques liés à son engagement. En général, ce sont des personnes néophytes, sans aucune expérience, sans aucune maîtrise du milieu des affaires où elles arrivent parfois à la suite de reconversion professionnelle. Ainsi, un diplômé en lettres, en ingénierie ou en médecine qui crée pour la première fois son entreprise n'a de par sa nouvelle fonction aucune expérience en matière de crédit ou de financement. Lorsqu'une telle catégorie de personnes s'engage, le créancier dispensateur de crédits est tenu de leur apporter conseil et assistance car en l'absence d'un tel devoir leur inexpérience les conduit souvent au surendettement⁴¹⁰ et à la ruine.

135. Également, le constat d'une disproportion entre les ressources du garant d'avec le montant du cautionnement, révèle très souvent ce manque d'expérience, voire de lucidité, nécessaire à ce type d'engagement. Cet état de fait, c'est-à-dire que la disproportion de l'engagement met en relief la situation de faiblesse dans laquelle se trouve la caution à tel point qu'elle puisse accepter de souscrire un engagement hors de proportion avec ses biens et revenus. Un tel contexte démontre à l'évidence qu'il s'agirait d'une caution profane dépourvue de toute expérience. C'est ainsi que le grief de disproportion du cautionnement accordé par un dirigeant social a été accueilli, en raison de l'assimilation de ce dirigeant à un profane, eu égard à sa jeunesse et son inexpérience dans le domaine précis dans lequel il s'était lancé après son licenciement⁴¹¹. Si l'inexpérience peut constituer un argument permettant de catégoriser la caution profane parce qu'elle explique sa faiblesse face à l'omnipotence du créancier, la jeunesse de la caution par contre mérite qu'on émette des réserves. En effet, c'est d'une parfaite

⁴⁰⁷ C. A. Poitiers, 14 mars 2017, 2^e ch. civ. arrêt n° 154, Mme. A. C. c/ BPA, RG n° 16/ 00510.

⁴⁰⁸ D. LEGAIS, « la caution dirigeante », préc. p. 600.

⁴⁰⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, préc. n° 41, p. 36.

⁴¹⁰ J. STOUFFLET, « Retour sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *Mélanges dédiés à Michel CABRILLAC*, Litec 1999, n° 21, p. 526.

⁴¹¹ C.A. Caen, 30 juin 2002.

innocuité sur la qualification du dirigeant caution profane son jeune âge⁴¹² dans le sens où la jeunesse n'est pas incompatible avec la compétence ou l'expérience de la caution.

136. La caution profane est un contractant faible en raison de son ignorance et de son inexpérience quant à la portée, l'étendue et les risques de ses engagements. Par définition c'est celle qui ne connaît pas ou ne mesure pas le risque pris. Comme l'écrit un auteur, « *le terme générique de profane regroupe a priori tous les caractères d'un contractant faible. En effet, il est le simple particulier, présumé ignorant et inexpérimenté à moins que sa profession ne lui procure des compétences qui font que cette faiblesse disparaisse* »⁴¹³. Dès lors, une caution ignorante et inexpérimentée peut être qualifiée à juste titre de caution profane, en ce sens que le profane est « *celui qui participe à des titres divers aux utilités des techniques qu'il est présumé ignorer et qu'il est dispensé de s'approprier. Il est par définition, inapte à vérifier à la fois la qualité des produits et des services, et n'a pas la compétence de celui qui apparaît comme un technicien averti* »⁴¹⁴.

137. Le contrat de cautionnement en théorie est un acte facile à constituer et peu coûteux. Mais en pratique, la complexité qui peut entourer sa souscription nous rappelle qu'il demeure néanmoins « *un acte particulièrement dangereux* »⁴¹⁵. Cette particulière dangerosité peut s'expliquer par la nature du contrat lui-même, notamment ses caractères fondamentaux que sont l'unilatéralité et « l'accessoriété ». En effet, s'engager unilatéralement et de manière accessoire à payer une dette qui n'est pas la sienne, et sur laquelle, on n'a aucune prise au profit d'un créancier omnipotent, demeure un engagement particulièrement grave. Et la caution est souvent fragilisée eu égard à la nature du contrat dont la souscription n'est pas toujours à la portée de toute intelligence moyenne comme a pu le laisser croire la cour d'appel de Paris⁴¹⁶, pour rejeter l'annulation du cautionnement demandée par la caution qui invoquait son ignorance.

⁴¹² Cass. com. 5 févr. 2013, inédit, n° 11-26262.

⁴¹³ C. BOURRIER, La protection d'une partie faible au contrat, préc. n° 79, p. 87.

⁴¹⁴ T. IVANER, « De l'ordre technique à l'ordre technologique », *JCP G* 1972, I, 2495.

⁴¹⁵ D. LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, préc. n° 39, p. 45.

⁴¹⁶ Paris, 9 avr. 1992, *Juris-Data* n° 021195, *JCP* 1992, I, 3623 : « la simplicité du jeu du cautionnement étant à la portée de toute intelligence moyenne et la notion même de caution se retrouvant dans la pratique de nombreuses sociétés humaines, fussent-elles éloignées de la nôtre dans le temps ou dans l'espace, la caution est mal fonder à exciper son ignorance »

§2 : La faiblesse de la caution liée à la nature du contrat

138. La faiblesse relative d'une des parties est souvent inscrite dans la définition même du contrat⁴¹⁷. Ainsi, dans le contrat de cautionnement, la caution se soumet au créancier principal qui va dicter la manière dont le contrat sera formé et exécuté. Ce qui caractérise l'infériorité de la caution, c'est plutôt la soumission à la volonté du contractant professionnel que la situation de besoin dans laquelle pourrait se trouver un autre contractant. En théorie, le contrat de cautionnement ne semble pas nécessairement impliquer une inégalité entre les parties, mais en pratique, la caution lorsqu'elle est profane, est très souvent en situation d'infériorité ou de faiblesse.

139. La matérialité de cette infériorité ou de cette faiblesse est le constat d'une absence de négociation dans la mesure où le contrat de cautionnement, qui crée un rapport entre le créancier de crédit et la caution profane, laisse très peu de place à une quelconque négociation. De façon générale, il nous semble que le contrat de cautionnement s'accommode difficilement avec une partie de négociation. En effet, on peut se demander qu'est-ce qu'il y a à négocier entre une personne profane qui se soumet à un créancier expérimenté, qui n'attend d'elle que son engagement à respecter l'acte rédigé par ses soins. L'esprit de collaboration, de coopération et d'entente fraternelle qui devrait conduire la négociation d'un tel contrat fait défaut dans la plupart du temps. En pratique, créanciers et cautions sont rarement face à face et la caution ne reçoit à la demande du créancier que les documents qu'il juge utiles et nécessaires à la souscription du contrat de cautionnement. De plus, la caution n'a accès au contrat que pour y apposer sa signature ; qui laisse planer un certain doute sur sa connaissance du contenu de son engagement. En réalité, dans la pratique, le contrat de cautionnement prend très souvent la forme d'un contrat d'adhésion que le nouvel article 110, alinéa 2 du Code civil définit comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

140. Cette définition de la forme du contrat met en lumière la situation de faiblesse dans laquelle se trouve la caution profane parce qu'elle s'engage par un contrat pré-rédigé par le créancier sans possibilité de négociations. En effet, comme l'écrit justement un auteur, « *si l'une des parties est en mesure d'imposer à l'autre des conditions contractuelles préétablies à*

⁴¹⁷ M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, préc., n° 6, p. 619.

son avantage, c'est que l'autre partie se trouve, par rapport à elle, en position de faiblesse »⁴¹⁸. Ainsi, la structure, la forme ou le schéma contractuel renforcent très souvent la fragilité, voire la faiblesse d'une des parties au contrat. C'est ce que rappelle très justement un auteur à propos de la genèse du contrat d'adhésion, lorsqu'il écrit que « *le contrat d'adhésion a d'abord été conçu comme le contrat où le faible se soumet au fort qui lui impose toutes ses volontés, aussi draconiennes soient-elles* »⁴¹⁹.

141. Cette conception du contrat d'adhésion n'épargne pas nous semble-t-il le contrat de cautionnement tel qu'appréhendé par le Code civil puis qu'il dispose que « celui qui se rend caution se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation... ». Dans un rapport entre cocontractants de forces inégales, comme l'est en pratique le plus souvent, le créancier de crédit et la caution profane, le contrat de cautionnement épouse évidemment la forme d'un contrat d'adhésion⁴²⁰, dans lequel, aucune place n'est laissée à la négociation entre contractants.

A- L'impossibilité de négocier le contrat

142. L'article 1104 nouveau du Code civil indique que « les contrats doivent être négociés...de bonne foi ». Cette disposition, qui consacre une règle de police contractuelle permettant la prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion, est à mettre en relation avec l'article 1171, nouveau du Code civil. Ce texte prévoit que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Ce texte qui, a priori, semble offrir une protection aux cautions aura-t-il un impact sur le cautionnement ? Nous en doutons car la négociation que prévoit l'article 1104 du Code civil qui, d'ailleurs est d'ordre public, s'accommode difficilement avec le contrat d'adhésion. En effet, si le contrat d'adhésion se présente comme « un contrat auquel une partie adhère sans pouvoir le discuter »⁴²¹, toute possibilité de négociation est alors vaine. D'ailleurs, après les différentes vales⁴²² sur sa

⁴¹⁸ P.-H. DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, préc. n° 10, p. 70.

⁴¹⁹ G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, préc. n° 10, p. 13.

⁴²⁰ Au sens du nouvel article 1110 alinéa 2 du Code civil qui indique que : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation sont déterminées à l'avance par l'une des parties »

⁴²¹ D. HOUTCIEFF, Droit des contrats, 2^e éd. Larcier 2016, n° 129, p. 77.

⁴²² G. CHANTEPIE, M. LATINA, La définition du contrat en droit français : une valse à quatre temps ?, *in* Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises, préc. avant-propos, p. 1.

définition, il a été retenu que le contrat d'adhésion est celui « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »⁴²³. Quoiqu'on n'en pense, le contrat d'adhésion matérialise un rapport de force, dans lequel l'une des parties qui domine ce rapport de force réduit la volonté de l'autre à un acte de simple adhésion⁴²⁴. À ce titre, il matérialise l'absence de négociation qui renvoie au déséquilibre du rapport de force, « qui lorsqu'il se traduit par une impossibilité de négociation, réduit le consentement du cocontractant à un acte de simple adhésion »⁴²⁵. Dès lors, ce qui caractérise de ce contrat, c'est le défaut de négociation⁴²⁶, l'absence de discussions, qui nous paraît être le critère minimal d'appréciation du contrat d'adhésion. C'est cette forme de contrat qu'épouse en pratique le contrat de cautionnement, dans lequel il s'établit un rapport entre le créancier de crédit et la caution profane, de sorte que cette dernière n'a aucune possibilité de discuter les clauses du contrat, si ce n'est d'y adhérer. Cette absence, plutôt cette impossibilité de négociations, de discussion, permet aux créanciers d'inclure souvent « dans le contrat un nombre excessif de clauses d'une particulière sévérité »⁴²⁷ à l'égard de la caution. Elle entraîne également chez la caution une certaine passivité, dans le sens où cette dernière, persuadée le plus souvent de n'avoir jamais à s'exécuter, accepte des engagements d'une portée insensée et bien supérieure à ses capacités⁴²⁸.

143. La caution profane qui accepte de se porter garant, donne un consentement apparent dans la mesure où « son adhésion au contrat concerne les conditions générales dont elle n'a pas une connaissance, ou du moins une compréhension, réelle »⁴²⁹. Qu'il soit pré-rédigé ou pas, la présentation et surtout la rédaction du contrat de cautionnement, souvent très obscure pour un non initié comme lui, en rajoute au caractère illusoire de son consentement⁴³⁰. Dans cette perspective, il peut arriver que le créancier, lorsqu'il est un professionnel, rédacteur du contrat,

⁴²³ V. la nouvelle rédaction de l'article 1110, alinéa 2, issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, applicable aux contrats passés à partir du 1^{er} oct. 2018.

⁴²⁴ G. WICKER, « L'auteur du contrat d'adhésion », in *Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises*, (dir). G. CHANTEPIE et M. LATINA, Dalloz 2018, n° 1, p. 51.

⁴²⁵ G. WICKER, « L'auteur du contrat d'adhésion », préc. n° 5, p. 53.

⁴²⁶ T. REVET, « les critères du contrat d'adhésion-article 1110 nouveau du Code civil », *D.* 2016. 1771.

⁴²⁷ C. MOULY, « Abus de caution », préc. p. 25.

⁴²⁸ C. MOULY, *ibid.*

⁴²⁹ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, préc., n° 13, p. 9.

⁴³⁰ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », *Mélanges offerts à Alfred JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 628.

puisse inclure des clauses abusives au détriment de la caution profane, en profitant de la faiblesse (économique ou autre)⁴³¹ de cette dernière. L'absence de négociation du contrat empêche un consentement plus libre et plus conscient de la caution à l'égard du contrat dont son cocontractant, le créancier professionnel qui, a toute la maîtrise de ce dont il veut faire souscrire à la caution. Dans ces circonstances, le législateur, pour pallier cette difficulté structurelle du contrat, prévoit que toute clause qui serait porteuse d'un déséquilibre significatif, serait réputée non écrite⁴³².

144. Le cautionnement ne réalise pas un échange économique⁴³³ ordinaire puisqu'il oblige la caution à se soumettre au créancier en vue de payer la dette d'un autre qui lui est extérieure. Par son engagement, seule la caution s'oblige à satisfaire le créancier qui n'est pas tenu à la même hauteur. Selon certains auteurs, le contrat de cautionnement n'a pas toujours été un contrat dont le contenu n'était pas négocié. En effet, expliquent-ils, *« jusqu'au milieu du XX^e siècle, le cautionnement était rangé parmi les "services d'amis", dont le contenu est négocié, de gré à gré, par des parties qui se trouvaient sur un pied d'égalité. Avec le développement du crédit, depuis une soixante d'années, le recours au cautionnement s'est intensifié et diversifié, les créanciers professionnels en sont devenus les principaux bénéficiaires et le processus de formation du contrat de sûreté a profondément évolué. « La bancarisation » du cautionnement s'est traduite par la prééminence des exigences des établissements de crédit, exprimées dans les modèles d'actes qu'ils établissent, et par le recul corrélatif des facultés de négociations des cautions, n'ayant souvent d'autre choix que celui d'accepter ou de refuser le contrat proposé par le créancier »*⁴³⁴. Ainsi, la pratique a fait du cautionnement un contrat d'adhésion et, quels que soient les créanciers, qui demeurent *« les maîtres du contrat »*⁴³⁵, sauf quand la caution est un professionnel, l'engagement de la caution ne donne pas lieu à négociation. De même *« qu'ils soient conclus par des cautions dites non intéressées, généralement engagées à des considérations familiales ou affectives, ou des cautions dites intéressées, en particulier les dirigeants de sociétés, les contrats de cautionnement correspondent désormais, pour*

⁴³¹ B. MARTINEZ, « Présentation de la proposition modifiée de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *REDC.*, 1992, p. 83.

⁴³² V. art. 1190, nouveau du C. civ. tel qu'issu de l'ord. du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats.

⁴³³ M. MIGNOT, *Droit des sûretés et la publicité foncière*, préc. n° 49, p. 45.

⁴³⁴ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 158, p. 92.

⁴³⁵ M. ZIO, *Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : perspectives d'évolution du cautionnement en droit OHADA*, préc. n° 40, p. 45.

l'essentiel, à des contrats d'adhésion »⁴³⁶, dont le caractère unilatéral participe à la vulnérabilité de la caution.

B- L'unilatéralité du contrat de cautionnement

145. Le contrat de cautionnement est un contrat unilatéral, car seule la caution prend un engagement envers le créancier, c'est-à-dire qu'il ne fait naître d'obligations qu'à la charge de la seule caution, qui, en retour, ne reçoit aucune contrepartie. L'article 1106 nouveau du Code civil réitère ce caractère en indiquant que le contrat est unilatéral en l'absence d'engagement réciproque. Ce caractère unilatéral est à « *l'origine du déséquilibre inhérent au contrat de cautionnement, illustré par le fait que la caution se soumet au créancier, et des tempéraments que le législateur et les juges contemporains n'ont cessé de créer dans le but principal de protéger les cautions, à tout le moins celles réputées les plus faibles* »⁴³⁷. C'est pourquoi le schéma contractuel classique fondé sur le postulat de l'égalité des contractants est loin de correspondre à la réalité de cet engagement contractuel. Car dans de nombreux contrats, il est donné de constater que les termes de la convention, unilatéralement et préalablement établis par l'une des parties, en l'occurrence le créancier, n'appellent qu'une adhésion pure et simple de l'autre partie, la caution. Cette unilatéralité dans la rédaction du contrat qui crée un déséquilibre entre l'offrant et celui à qui, il ne reste que le choix de signer ou de refuser l'offre⁴³⁸, est caractéristique de la situation de faiblesse dans laquelle se trouve la caution profane. Cette faiblesse est aggravée par la technicité du service proposé, dont seul l'offrant a la maîtrise du contenu et de sa complexité. L'absence de connaissances techniques fragilise le consentement du profane⁴³⁹.

146. À rebours du contrat synallagmatique ou bilatéral qui crée des obligations réciproques entre les parties au contrat, le cautionnement se présente comme « *l'archétype du contrat unilatéral* »⁴⁴⁰. Au regard de l'article 1106, alinéa 2 du Code civil, il crée une obligation qu'à

⁴³⁶ C. ALBIGES, « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », *AJC* 2017, p. 248

⁴³⁷ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 90, p. 58.

⁴³⁸ B. BONJEAN, « Le droit à l'information du consommateur », in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 358, cité par D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *Daloz Sirey*, 1980, chron. 24, n° 5, p. 178.

⁴³⁹ C. Lucas DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignement dans les contrats », in *L'information en droit privé*, *LPA*, p. 305 et s, cité par D. FERRIER, *ibid.*

⁴⁴⁰ C. JALLAMION et C. LISANTI, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », *Dr. et patr.* n° 172, juillet-août 2008, p. 46.

la charge de la caution qui s'engage à l'égard du créancier d'exécuter la dette en cas de survenance de la défaillance du débiteur principal⁴⁴¹ ; le créancier se contentant de refuser ou d'accepter la garantie consentie⁴⁴². Par ailleurs, si la doctrine a cru voir dans l'exigence d'obligations d'informations à la charge du créancier, une mutation du caractère unilatéral du contrat⁴⁴³, il apparaît que cette approche est bien dépassée⁴⁴⁴.

147. Le contrat de cautionnement demeure un contrat unilatéral et cette unilatéralité n'est pas sans conséquence sur l'appréhension de l'engagement par la caution d'une part et explique la faiblesse de celle-ci dans son rapport avec le créancier, d'autre part. En effet, à l'opposé des contrats synallagmatiques soumis à l'exigence de la formalité probatoire dite du « double original » comme prévu par l'article 1375 nouveau du Code civil, le contrat de cautionnement en tant que contrat unilatéral, n'est pas soumis à une telle exigence. Il en va qu'un seul exemplaire est rédigé et gardé par les soins du créancier. La non-délivrance d'une copie à la caution est de nature à fragiliser cette dernière, qui indiscutablement n'est pas à l'abri d'une « *singulière faculté d'oubli* »⁴⁴⁵. Il en serait de même pour les héritiers qui ignorent très souvent l'existence de l'engagement de la caution et qui en sont informés qu'à la mort de ce dernier.

148. Toutes ces difficultés qui affaiblissent la caution ont un lien direct avec le caractère unilatéral du cautionnement et cela ne va pas laisser le législateur sans réaction dans la prise en compte de la protection du garant. En effet, pour y remédier, le législateur va réagir en exigeant du créancier diverses obligations d'information au profit de la caution et considérées par certains auteurs comme participant à la « *bilatéralisation du cautionnement* »⁴⁴⁶. Mais, le cautionnement n'est pas le lieu d'un échange économique⁴⁴⁷ ordinaire car les obligations des parties ne dépendent pas les unes des autres. Toutes les contraintes imposées au créancier ne constituent pas la contrepartie économique de l'obligation de la caution de nature à équilibrer

⁴⁴¹ V. art. 2288 nouveau du Code civil, tel que modifié par l'ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés : « Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers un créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ».

⁴⁴² Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 58, p. 52.

⁴⁴³ M. SEJEAN, La bilatéralisation du cautionnement : le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, préf. D. HOUTCIEFF, éd. LGDJ 2011.

⁴⁴⁴ M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », *Études en l'honneur de Philippe Neau LEDUC*, Le juriste dans la cité, coll. « les mélanges », LGDJ-Lextenso, p. 438.

⁴⁴⁵ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 137, p. 134.

⁴⁴⁶ M. SEJEAN, *ibid.* p. 5.

⁴⁴⁷ M. MIGNOT, Droit des sûretés et de la publicité foncière, 3^e éd., LGDJ, coll. Cours, 2017, n° 49, p. 45.

le rapport contractuel. De même, comme l'écrit un auteur, « *ces obligations secondaires pesant sur le créancier que font naître la loi et la jurisprudence* »⁴⁴⁸ ne rentrent pas dans le champ contractuel ; donc elles ne remettent pas en cause l'unilatéralité du contrat. Elles permettent à juste titre de compenser le caractère unilatéral du contrat⁴⁴⁹, en atténuant la portée. La chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré cette analyse et en a déduit que « *l'exécution de l'obligation d'information par le créancier ne valait pas commencement d'exécution du cautionnement et n'était pas de nature à priver la caution de son droit d'invoquer la nullité de la sûreté* »⁴⁵⁰. En effet, une caution s'était engagée à garantir solidairement le remboursement d'un prêt. À la suite de la défaillance du débiteur principal, celle-ci avait été assignée par la banque, à laquelle la caution avait opposé, pour échapper au paiement, la nullité de son engagement, fondée sur la mauvaise exécution, par la banque, à son obligation annuelle d'information due à la caution. La cour d'appel déclara l'acte nul, rejetant ainsi les demandes du créancier. Ce dernier forma un pourvoi en cassation selon lequel l'exception de nullité, qui ne pouvant être soulevée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique n'ayant point encore été exécuté, n'était pas en l'espèce recevable dès lors que l'information annuelle délivrée par le créancier, établissement de crédit, constitue un acte d'exécution du cautionnement, quoique cette obligation soit d'origine légale. La chambre commerciale rejette le pourvoi en considérant « *qu'ayant énoncé que les diverses obligations légales mises à la charge du créancier professionnel ne sont que des obligations légales sanctionnées par la déchéance du droit aux accessoires de la créance et non la contrepartie de l'obligation de la caution, la cour d'appel en a exactement déduit qu'au moment où celle-ci a invoqué la nullité de son engagement, le contrat de cautionnement n'avait pas encore été exécuté par la seule délivrance de l'information annuelle qui lui était légalement due, de sorte que l'exception de nullité était recevable* ». Les différentes obligations légales mises à la charge du créancier ne sont pas la contrepartie de l'obligation de la caution, de sorte à conférer au cautionnement un caractère synallagmatique⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ M. SEJEAN, *ibid.*

⁴⁴⁹ M. MIGNOT, *ibid.* n° 49, p.45.

⁴⁵⁰ Cass. com. 8 avr. 2015, n° 13-14447 ; *Bull. civ.* IV, n° 63 ; *RDBF.*, mai-juin 2015, obs. D. LEGEAIS ; *Dr. et patr.* 2015, n° 251, obs. Ph. DUPICHOT ; *D.* 2016, p. 566, obs. M. MEKKI ; *RTD. civ.* 2015, p. 432, obs. P. CROCQ.

⁴⁵¹ P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles et réelles*, éd. Bruylant 2020, coll. Paradigme, préf. R. CABRILLAC, n° 67, p. 55.

149. S'il est possible d'admettre que le caractère unilatéral du cautionnement est une cause d'affaiblissement de la caution au moment de sa souscription, les qualités personnelles de cette dernière constituent, elles aussi, une des raisons de sa faiblesse.

L'identification précise de la catégorie de la caution profane ne prête pas à évidence lorsqu'on parcourt la jurisprudence. En effet, l'appréciation de cette catégorie de cautions rencontre certaines limites qui en rendent l'exercice périlleux. Néanmoins on pourrait surmonter ces limites si on s'attache à la considérer comme la catégorie de cautions qui n'a pas la compétence ni les informations nécessaires à un engagement éclairé.

Conclusion chapitre 1

150. L'identification de la caution profane est subordonnée à certaines modalités qui en facilitent et éclairent la notion. En écartant certaines personnes dont la familiarité avec cet acte ne fait pas de doute quant à sa maîtrise, elle permet de laisser subsister au final celles, qui, en raison de leur vulnérabilité ou faiblesse, peuvent se prévaloir avec succès de ce qualificatif. Il s'agit d'une démarche qui paraît pertinente car, fondée sur certains critères susceptibles de nous rapprocher de l'objet de notre recherche, sans omettre d'exposer les limites qui ressortent de l'identification du garant profane.

CHAPITRE 2

LES LIMITES DE L'IDENTIFICATION DE LA CAUTION PROFANE

151. Aujourd'hui, l'une des difficultés du cautionnement procède de la difficulté à identifier la caution profane. Alors même que celle-ci est importante pour l'adoption d'un régime dualiste du cautionnement qui tienne compte de la qualité des cautions afin de faciliter l'engagement de celles qui sont en situation de faiblesse. Car il est difficilement concevable, en se référant au Code civil, de constater que les cautions sont traitées sur un pied d'égalité. Pourtant, il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'un agriculteur, un artisan qui cautionne son voisin, ou un parent qui cautionne un membre de sa famille, prend un engagement aux conséquences très graves que l'engagement d'une multinationale au profit d'un établissement de crédit ou même un établissement bancaire au profit d'un créancier quelconque. Dans un cas comme dans l'autre, l'engagement de caution n'a pas les mêmes enjeux au regard de la qualité des personnes qui s'y engagent. Heureusement que le juge et le législateur tentent de renforcer la protection des cautions qui ne sont pas en mesure d'apprécier le risque qu'elles prennent en s'engageant. Cependant, l'intervention du législateur qui se fait la plupart du temps en dehors du Code civil⁴⁵², est souvent à compte courant des solutions apportées par la jurisprudence comme peut l'attester la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique, dite loi *Dutreil*.

152. L'identification de la caution profane semble difficile ; la notion ne se laissant pas aisément appréhender à cause sans doute de la diversité de cette catégorie de cautions (§1). En effet, l'extrême diversité des situations⁴⁵³ emporte l'inconvénient principal d'introduire des difficultés dans l'entreprise d'identification de la catégorie de cautions profanes et « *la jurisprudence qui la consacre, n'en propose pas une ligne directrice à même d'en établir une*

⁴⁵² D. LEGEAIS, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, 1433 ; A. CERLES, M. SÉJEAN, « Le cautionnement du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *Études offertes au doyen SIMLER*, préc. p. 273 ; L. AYNES, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr.*, nov. 2003, p. 28 ; D. HOUTCIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003, I, 161 ; Ph. DELEBECQUE, « Le cautionnement et le Code civil ; existe-t-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ. com.* 2004, 226.

⁴⁵³ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, préc. n° 51, p. 45, « Ces cautions sont profanes au sens de non professionnelles. Elles ignorent les subtilités de l'activité ; c'est à travers elles que l'on a tendance à analyser le cautionnement service d'ami, l'acte social et non le service économique. À la différence de la catégorie homogène des cautions professionnelles, les cautions profanes sont d'une grande diversité... » ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, n° 44, p. 39 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 42, p. 49.

définition satisfaisante »⁴⁵⁴. Également, l'absence d'un critère unique de qualification (§2) ne permet pas d'identifier ce type de cautions, car on constate une variation de la signification de la notion en fonction des circonstances contractuelles. En dépit de ces difficultés, la tentation à l'identification précise de la caution profane s'avère essentielle si on veut parvenir à la protection des cautions faibles, c'est-à-dire celles qui le méritent parce qu'elles ne sont pas rompues aux affaires et n'ont pas une parfaite connaissance « *de la portée de leur engagement et de la situation financière du débiteur principal* »⁴⁵⁵.

SECTION 1 : LA DIVERSITÉ DANS LA QUALIFICATION DE LA CAUTION PROFANE

153. La récurrence dans l'utilisation du vocable de caution profane semble correspondre à la situation de plusieurs catégories de personnes éprouvant des difficultés à appréhender l'engagement de caution comme un acte simple à concevoir ou à accomplir. Cependant, il est important de rappeler que la catégorie de cautions profanes n'est pas homogène car il ne se dégage pas un archétype de caution profane⁴⁵⁶ ; « *à la différence de la catégorie homogène des cautions professionnelles, les cautions profanes sont d'une grande diversité* »⁴⁵⁷. Cette diversité de la catégorie de cautions profanes qui est la conséquence des diverses circonstances factuelles qui engendrent le recours au cautionnement, explique son rejet, voire la méfiance de certains auteurs à son égard. En effet, au regard de l'état de la jurisprudence, plusieurs catégories de personnes sont souvent traitées de cautions profanes en référence à des critères qui laissent très perplexe. Il en est ainsi, souvent des personnes illettrées ou analphabètes qui se méprennent sur la nature de leur engagement⁴⁵⁸, « *en prétendant n'avoir pas eu réellement conscience, en souscrivant leur engagement, de ce qu'elles pouvaient être tenues, un jour de payer la dette du débiteur* »⁴⁵⁹ ; mais également des personnes qui, bien que lettrées, sont dépourvues de connaissances pour apprécier la portée d'un tel engagement. Cette diversité de cautions semble expliquer la difficulté à déterminer la qualité de caution profane car il s'agit de personnes aux

⁴⁵⁴ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : Perspectives d'évolution du cautionnement en Droit OHADA, préc. n° 40, p. 54.

⁴⁵⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELIER, Droit des sûretés, préc. n° 124, p. 49.

⁴⁵⁶ D. POHÉ-TOKPA, « La caution profane en droit OHADA. La balkanisation du droit du cautionnement », préc. p. 164.

⁴⁵⁷ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, Droit des sûretés, préc. n° 51, p. 45.

⁴⁵⁸ Cass 1^{re} civ. 1^{re}, 25 mai, 1964, *Bull. civ.* I, 269.

⁴⁵⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 48, p. 75.

profils disparates, mais qui peuvent être classées en deux grandes catégories selon qu'elles ne sont pas aptes à comprendre la nature de l'acte à souscrire (§ 1), ou selon qu'elles n'ont aucune expérience du milieu des affaires ou du monde économique (§ 2).

§1 : Les cautions profanes à raison de l'incapacité à comprendre la nature de l'acte

154. La souscription d'un acte comme le cautionnement exige de la part du candidat à l'acte de savoir lire et écrire. En effet, même si l'écrit n'est pas une condition *ad validitatem* du contrat de cautionnement, il n'en demeure pas moins important pour la compréhension de ce à quoi on s'engage. En ce sens qu'il permet d'attirer l'attention de la caution sur son engagement, à en comprendre le sens, la portée et l'étendue. Ce qui en toute évidence n'est pas le cas des cautions illettrées ou analphabètes car elles sont dépourvues de moyens intellectuels nécessaires à la compréhension du sens, du contenu et de la portée de l'acte à souscrire. L'écrit apparaîtrait alors comme un obstacle vu qu'ils n'y ont pas accès. En outre, l'acte de cautionnement peut se révéler difficilement accessible pour des personnes intellectuellement incapables d'apprécier le contenu et le sens à cause de la technicité de son élaboration, voire même l'ésotérisme du vocabulaire d'où la nécessité d'utiliser des expressions pouvant leur faciliter la compréhension aussi bien de leur engagement, qui est accessoire que, de l'obligation principale sur laquelle vient se greffer le cautionnement.

155. S'il est indéniable que le monde des affaires s'est approprié le cautionnement, il n'en demeure pas moins qu'il garde encore ses traits caractéristiques originels, c'est-à-dire son esprit amical ou familial. En effet, la caution, ami, époux, parents, etc. qui sont la caution classique type, n'a pas disparu du paysage des candidats à l'acte de cautionnement ; mais son intervention est de plus en plus limitée et en recul au regard de la garantie fournie par les particuliers en général. Néanmoins c'est à ce type de cautions qu'on a souvent pensé lorsqu'il s'agit d'évoquer les cautions profanes. Elles sont des proches du débiteur principal et elles s'engagent auprès de celui-ci par altruisme parce que leur acte est gratuit et affectif.

156. A priori, on peut penser que les particuliers, cautions de prêts à la consommation ou de bail d'habitation ou de crédit immobilier sont a priori des profanes. Mais il en est autrement si le particulier a des compétences spécifiques lui permettant la compréhension et la souscription de l'acte de cautionnement de sorte à se mettre à l'abri des risques et du danger qui en ressortent. Il peut s'agir entre autres par exemple de l'épouse qui se porte caution pour

l'acquisition d'un bien de consommation par son mari, les parents qui cautionnent leur fils locataire ou la belle-mère qui se porte caution pour son gendre en vue de l'obtention d'un prêt immobilier.

157. Les divers liens qui unissent les cautions aux débiteurs principaux, à savoir de parenté, d'alliance, de mariage ou de concubinage, ne peuvent suffire à eux seuls à établir le caractère non profane de la caution⁴⁶⁰. L'engagement de ce type de cautions est, avant tout, de rendre un service de gratuit par leur acte, c'est-à-dire un acte souscrit comme un simple service, sans aucun avantage économique direct ou indirect. Ainsi, l'acte gratuit qui caractérise le rapport entre la caution et le débiteur principal, ne procure aucun avantage à la caution lorsqu'elle s'engage pour garantir le créancier à la demande du débiteur principal dans la mesure où elle n'exige - ou ne retire- rien de son engagement. Par contre cet engagement demeure pour la caution un acte périlleux car, en cas de poursuite du créancier, à la suite de la défaillance du débiteur garantie, elle pourrait être plongée dans « *le dénuement et l'acte donné dans l'allégresse de la générosité se termineront dans la détresse* »⁴⁶¹. Globalement, elle s'engage auprès du créancier sans être tenue préalablement envers le débiteur principal ; leur engagement est dépourvu d'intérêt personnel : cautionnement dans les relations modestes (prêt à la consommation, bail d'habitation...). L'utilisation fréquente du cautionnement en vue de garantir des opérations telles que les baux d'habitation ou les crédits à la consommation, exige le recours à des règles particulières protectrices des cautions. Par son acte, la caution s'engage en vue de rendre service au débiteur, et lui fait ainsi profiter de son crédit ; le cautionnement est un contrat de service gratuit⁴⁶². Ce qui justifie un tel engagement, ce qui anime une telle caution, c'est la bienfaisance, qui fait qu'elle ne mesure pas souvent le risque couru où même ignore les dangers ou les subtilités de son engagement. Elles n'ont pas toujours la conscience et la compréhension des données factuelles et juridiques touchant à la conclusion du cautionnement, et de la législation en vigueur. En général, elles ne s'en préoccupent même pas.

158. Au cours des dix dernières années, le législateur a emprunté la voie de la compassion législative⁴⁶³ à l'égard des cautions, personnes physiques. La jurisprudence, elle, considérait que, pour que l'engagement de caution soit regardé comme une dette non professionnelle, il

⁴⁶⁰ Cass. 1^{re} civ. 16 sept. 2010, n° 09-15058 ; Cass. com. 16 mars 2010, n° 09-65461 ; Cass. com. 3 févr. 2009, *JCP E* 2009, 1305.

⁴⁶¹ P. SARGOS, art., préc. p. 35.

⁴⁶² A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, les sûretés personnelles*, préc. n° 110, p. 91.

⁴⁶³ L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, préc. n° 300, p. 150.

fallait que la caution n'en retire aucun intérêt patrimonial. Il peut s'agir de professionnels tels, par exemple un agriculteur, un artisan, qui s'engage pour rendre service à un proche, sans être apte à mesurer les conséquences juridiques de son engagement parce qu'il s'agit d'un acte n'ayant aucun lien avec son leur professionnelle.

159. En général, ce sont des personnes physiques agissant dans un but étranger à leur activité commerciale ou professionnelle⁴⁶⁴. La caution personne physique, proche du débiteur principal, qui n'intervient pas dans un but professionnel ou commercial, pourrait, également bénéficier d'un régime spécial⁴⁶⁵, c'est-à-dire faire en sorte que ce type de cautions sortent indemnes de l'opération garantie. Aussi, s'agit-il de personnes intellectuellement qualifiées, mais qui ignorent tout du milieu des affaires, donc n'ayant aucune possibilité de se hisser au niveau des établissements de crédit. Ils sont souvent conjoints, ou ascendants du dirigeant de la société cautionnée. Bien qu'ils soient instruits, ils ne maîtrisent pas tous les rouages de la vie des affaires ; cela devrait suffire à leur accorder le statut de caution profane. Ce sont pour la plupart des personnes qui n'interviennent pas nécessairement à titre professionnel et les cautionnements passés entre personnes physiques et créanciers professionnels sont évidemment les plus fréquents⁴⁶⁶.

A- Les cautions profanes illetrées ou analphabètes

160. L'engagement de payer la dette d'autrui qui demeure un acte particulièrement original⁴⁶⁷, mais grave, n'est pas réservé à une catégorie particulière de personnes sous réserve de l'observation des règles régissant la capacité et le pouvoir de contracter. En effet, l'acte de cautionnement continue toujours d'être dominé par le principe de la liberté des conventions car rien ne s'oppose à ce que n'importe quelle personne prenne un engagement quelconque envers un créancier afin de lui garantir l'assurance d'un paiement. Ceci étant, le cautionnement peut être souscrit par toute personne⁴⁶⁸, même par des personnes qui ne sont pas suffisamment instruites ; et c'est en cela qu'il peut contenir une certaine dangerosité.

⁴⁶⁴ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 3, p.6.

⁴⁶⁵ M. BOURASSIN, *ibid*, n° 51, p. 27.

⁴⁶⁶ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc. n° 22, p. 23.

⁴⁶⁷ L. AYNÈS, P. CROCQ, Droit civil, Droit des sûretés, LGDJ, 9^e éd. 2015, n° 111, p. 38.

⁴⁶⁸ Sauf cas d'incapacité et de pouvoir dans la souscription de la garantie.

161. Il s'agit en général des personnes qui ne savent ni lire ni écrire : les illettrés ou analphabètes. Selon l'agence française de lutte contre l'illettrisme (ANLCI)⁴⁶⁹, le mot illettrisme est un néologisme créé en 1981 par ATD Quart monde⁴⁷⁰ afin de désigner les personnes ayant une connaissance insuffisante de l'écrit, bien qu'ayant été scolarisées. On parle alors d'illettrisme, pour des personnes qui, après avoir connu une scolarisation, n'ont pas acquis une maîtrise suffisante de la lecture, de l'écriture, des compétences de base pour être autonomes dans les situations simples de la vie courante. Cette définition permet de faire une distinction avec l'analphabétisme qui, selon toujours la même agence, désigne les personnes qui n'ont jamais été scolarisées. Les uns ont des difficultés pour lire et écrire, les autres ne savent ni lire ni écrire. Cette différence de concept présente peu d'intérêt en droit et une partie de la doctrine qui s'intéresse à la protection de ces personnes, n'opère pas de différenciation⁴⁷¹. Celles-ci, souvent confrontées à une difficulté sur la terminologie juridique, croient contracter un engagement purement moral⁴⁷². En effet, l'illettrisme ou l'analphabétisme n'étant pas un cas d'incapacité juridique, c'est bien normal que cette catégorie de personnes puisse souscrire un acte de cautionnement afin de rendre service gracieusement à un parent ou un ami⁴⁷³. Loin de les exclure, il s'avère nécessaire de trouver des remèdes à ce handicap qui souvent n'est pas sans conséquence juridique.

162. Mais, l'acte unilatéral qu'est le cautionnement dont la rédaction nécessite un écrit, impose pour cela une capacité intellectuelle, une aptitude à écrire et à lire, permettant de s'engager et de comprendre ce à quoi on s'engage. Dans une telle hypothèse, elle s'avère être un handicap juridique pour cette catégorie de personnes. Dépourvues de connaissances en général et surtout en ce qui concerne la nature de leur engagement, celles-ci souscrivent un acte se traduisant le plus souvent par un engagement irréfléchi et sans commune mesure avec leurs ressources. De même, l'éclatement de la matière, voire son éparpillement dans plusieurs sources

⁴⁶⁹ Sont concernés selon l'ANLCI, 7% de la population française en 2012 et 860 millions d'hommes et de femmes, sont dans le monde, confrontés à l'incapacité de lire et d'écrire, privés des plus simples compétences de base. Les pays industrialisés où la scolarité est obligatoire, ne sont pas épargnés.

⁴⁷⁰ Il s'agit d'une organisation d'Aide à Toute Détresse, devenu Agir tous pour la dignité Quart monde, créé en 1957 par un prêtre catholique Joseph WRESINKI dont l'objectif est l'éradication de l'extrême pauvreté. Présente dans 32 pays sur les 5 continents, cette organisation met au centre de ses priorités, la lutte contre l'illettrisme, car elle considère l'illettrisme comme l'une des premières causes de l'extrême pauvreté qui sévit dans le monde.

⁴⁷¹ Y. TANO, « L'inaptitude juridique de l'analphabète », *RID* 1986, n° 3 et 4 p. 108 et s.; J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer », *Penant* 1991, n° 805, p. 111 et s.

⁴⁷² Paris, 18 janv. 1978, *JCP* 1980. II. 19318 ; Cass. 1^{re} civ. 4 juill. 1979, *D.* 1979, IR, 536 ; Paris, 27 mars et 27 janv. 1987, *D.* 1987, somm. 44.

⁴⁷³ Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4^e éd. 2008, préc. n° 2, p. 2.

peut apparaître comme un frein ou un obstacle à sa lisibilité et à sa cohérence pour des personnes instruites a fortiori pour des illettrés. Heureusement que l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a mis fin à cette dispersion des règles en abrogeant certaines dispositions et remplacées par une seule du sein du Code civil.⁴⁷⁴

163. Souvent motivées par l'idée qu'elles ne paieront pas un jour, elles ne mesurent pas ou apprécient mal le risque qu'elles prennent. Ce qui pousse cette catégorie de cautions à s'engager, ce sont plutôt des considérations d'ordre affectif, social et économique faisant de cet engagement, une garantie patrimoniale à résonance humaine⁴⁷⁵. Cependant, il va de soi, que le dirigeant qui se porte caution de sa société, n'a pas la même compréhension que les agriculteurs positivement illettrés qui se sont engagés de la même manière au profit de leur petit-fils dirigeant une entreprise artisanale. Mais, l'analphabétisme ne pourrait être un argument en faveur d'une annulation du cautionnement comme l'a laissé entendre une cour d'appel. En effet, la juridiction d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que « *l'analphabétisme de la caution n'est pas de nature à justifier l'annulation de son engagement pour incapacité, mais que l'acte dactylographié signé par elle, qu'elle ne pouvait comprendre, ne peut valoir que commencement de preuve par écrit* »⁴⁷⁶. S'il est vrai que l'analphabétisme n'est pas un cas d'incapacité juridique, il n'en demeure pas moins que dans certaines circonstances, elle peut constituer un handicap à l'expression d'une volonté éclairée et libre.

164. Une caution qui ne sait ni lire ni écrire ne peut comprendre la portée et l'étendue d'un acte aux conséquences si graves. Alors s'impose à son égard, une pédagogie consistant à lui expliquer le contenu du cautionnement et à s'assurer qu'elle a bien compris le sens de son engagement et les obligations qui en découlent. Dans le cas contraire, son engagement de caution peut être frappé de nullité. C'est ainsi que la cour d'appel de Versailles a jugé nul pour défaut de consentement, le cautionnement donné par une personne analphabète ou atteinte d'une déficience mentale, au point de la rendre incapable de comprendre le sens d'un texte signé par elle⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ V. par exemple les nouveaux articles 2297, C. civ., édictant une mention manuscrite, 2300, C. civ., sanctionnant le cautionnement disproportionné, 2302, alinéa 1^{er} du C. civ., prescrivant une obligation d'information sur l'évolution de la dette.

⁴⁷⁵ C. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, Bibl. de droit de l'entreprise, 1980, préf. M. CABRILLAC.

⁴⁷⁶ C.A. Aix-en-Provence, 24 sept. 1992, *JCP* 1993, IV, 281.

⁴⁷⁷ C.A. Versailles, 22 avr. 1988 : *Juris-Data* n° 1988-040934

165. De même, la Cour de cassation a annulé un cautionnement au profit « *des personnes pratiquement illettrées, auxquelles le contrat n'a pas été lu avant la signature, ayant cru adhérer à une convention facilitant un prêt à autrui, sans engager leur patrimoine* »⁴⁷⁸. Aussi, pour cette catégorie de cautions, la mention manuscrite en rajoute-t-elle à la difficulté de compréhension de l'acte. En effet, l'exigence d'une mention manuscrite à peine de nullité de l'acte de cautionnement n'est pas moins un obstacle difficilement surmontable pour ces cautions dont l'inaptitude à l'écriture ou à la lecture est un frein évident à la souscription de cet engagement. On pourrait alors, légitimement se demander comme Monsieur SIMLER, si l'exigence de la mention manuscrite ne frappe pas *de facto* ces personnes d'une incapacité de se porter caution⁴⁷⁹. La solution viendrait sûrement du cautionnement authentique établi par les soins d'un notaire ou celui contresigné par un avocat⁴⁸⁰, qui à l'occasion, s'assureront que la caution s'engage en toute connaissance et qu'elle a réellement conscience de son acte. La difficulté à souscrire un cautionnement ne concerne pas que les personnes insuffisamment instruites, car des personnes bien sachant lire et écrire ne sont pas à l'abri de difficultés à souscrire un acte de caution ; le cautionnement est un acte juridique spécifique qui exige d'autres aptitudes.

B- Les cautions profanes lettrées

166. Le cautionnement aujourd'hui ne doit pas être vu comme un acte banal et facile à souscrire car il s'impose au candidat à l'acte de cautionnement une certaine capacité à comprendre les enjeux de son engagement, mais aussi à apprécier les risques encourus. Et la rédaction de *l'instrumentum* impose que la caution soit à même de s'instruire de l'acte et de pouvoir disposer d'informations sur la situation financière du débiteur, auquel cas elle pourrait s'engager.

167. Bien que souvent instruites, et au contraire des cautions illettrées ou analphabètes et ayant une certaine idée du cautionnement, ces cautions n'ont pas bien souvent une bonne compréhension de la nature du contrat, et la capacité d'apprécier les risques que renferment l'acte qu'elles s'appêtent à souscrire. À ce propos, la Cour de cassation considère que « *l'appréciation erronée des risques encourus ne constitue pas une erreur sur la substance de*

⁴⁷⁸ Cass. 1^{re} civ. 25 mai 1964, D. 1964, 626, obs. J. CHEVALLIER.

⁴⁷⁹ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 257, p.268.

⁴⁸⁰ Ces questions feront l'objet d'une étude approfondie dans la partie consacrée à la protection de la caution profane, notamment en ce qui concerne les règles de forme destinées à la protéger.

nature à vicier le consentement de la caution »⁴⁸¹. Il importe alors de tenir compte des compétences de la caution et de sa capacité à analyser les risques de l'opération⁴⁸². En effet, il peut arriver qu'un professionnel soit traité de caution profane parce qu'ignorant les risques, même si cela ne semble pas correspondre à la présomption de connaissance qui pèse sur les professionnels.

168. Il n'y a pas que les cautions illettrées ou analphabètes qui méritent d'être protégées car certaines cautions bien que sachant lire et écrire sont de vrais novices qui ne mesurent point la portée de leur engagement. Elles se révèlent être « *totale­ment étrangères au monde des affaires et fragilisées par des liens d'affection* »⁴⁸³. Se fut particulièrement le cas du prêt dans des espèces ayant donné lieu à des arrêts en date du 29 juin 2007 concernant un agriculteur agissant pour les besoins de son activité⁴⁸⁴ et une enseignante ayant souscrit, avec son mari, un prêt pour l'ouverture d'un restaurant exploité par ce dernier⁴⁸⁵. Dans ces deux décisions, bien que les cautions poursuivies fussent des personnes instruites, les hauts magistrats ont considéré qu'il appartenait aux juges du fond, de rechercher si ces dernières étaient des cautions non profanes et dans l'affirmative, vérifier si la banque créancière avait justifié avoir satisfait à son obligation de mise en garde à leur égard en raison de leurs capacités financières.

169. De façon générale, on identifie le profane par son inaptitude à apprécier par lui-même les risques de l'opération garantie par le cautionnement jugé excessif. En effet, cette catégorie de cautions se méprend très souvent sur le contenu exact et la portée réelle de son engagement du fait de leur faiblesse intellectuelle qui se matérialise par l'inaptitude à apprécier la portée de leur engagement. Elles pensent très souvent avoir souscrit un service d'amis, ce qui est vrai dans ce cas et qui n'engendrerait aucune conséquence juridique ; qu'elles ne seraient jamais appelées à honorer, ignorant ainsi le danger qui est le leur jusqu'au jour où le débiteur principal se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. « *La caution profane personne physique n'a pas toujours une conscience exacte de la nature et de la portée de son engagement : elle se laisse aller facilement à la souscription d'un engagement qui lui paraît à tort indolore* »⁴⁸⁶. C'est pourquoi le manque d'expérience de certaines cautions leur permet

⁴⁸¹ Cass. 1^{re} civ, 13 nov. 1990, *Bull. civ.* I, n° 242, *D.* 1991, somm. 385, obs. AYNÈS.

⁴⁸² J. DJOUDI et F. BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, n°11, 502.

⁴⁸³ C.A. Versailles, 23 oct. 1992, *D.* 1993, IR. 19.

⁴⁸⁴ Ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104, *Bull. ch. mixte*, n° 7.

⁴⁸⁵ Ch. mixte, 29 juin 2007, n° 06-11673, *Bull. ch. mixte*, n° 8.

⁴⁸⁶ Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préc. n° 65, p. 68.

d'échapper à leur obligation. La Cour de cassation a approuvé l'annulation pour dol d'un cautionnement souscrit au profit d'une banque en considérant que les associés de la société débitrice ne disposaient pas « *de l'expérience et des compétences nécessaires pour apprécier le risque encouru par le projet présenté* »⁴⁸⁷ ; ce qui nous permet d'affirmer que des cautions peuvent être qualifiées de profanes parce qu'elles ne possèdent aucune expérience des affaires.

§2 : Les cautions profanes en raison de leur inexpérience des affaires

170. Certaines cautions ont été qualifiées de profanes parce qu'il a été établi qu'elles n'avaient pas l'expérience⁴⁸⁸ nécessaire pour consentir un acte aussi grave que le cautionnement, qui grève la totalité du patrimoine. C'est un acte de disposition⁴⁸⁹, même éventuel, qui exige qu'on soit outillé car s'engager sur l'ensemble de son patrimoine pour payer la dette d'autrui impose une expérience certaine, surtout lorsque les sommes des enjeux sont considérables.

171. L'expérience exigée de la caution s'accompagne souvent d'autres considérations, notamment l'âge et la condition modeste⁴⁹⁰ du garant. Mais en général, l'inexpérience de la caution est retenue lorsque la caution malgré une bonne qualification professionnelle n'est pas initiée aux affaires et donc ignore les risques d'un engagement financier. Le recours à l'expérience professionnelle permet ainsi d'apporter une protection aux professionnels ayant agi en dehors de leur sphère habituelle d'activité et de compétence. C'est pourquoi « *une caution dirigeante n'est pas nécessairement une caution avertie. Des cautions dirigeantes sont ainsi assimilées à des cautions profanes dès lors qu'elles sont inexpérimentées ou qu'elles dirigent des entreprises dans des secteurs d'activité qui leur sont mal connus. Inversement, des cautions non professionnelles des affaires vont pouvoir être considérées comme des cautions averties, s'il est démontré qu'elles disposent d'autant d'informations que la banque créancière* »⁴⁹¹. On retient de cette démarche que la distinction entre consommateur ou non-

⁴⁸⁷ Com., 23 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 208 ; CA. Rennes, 13 nov. 2000, *RDBF.*, 2001, n° 222.

⁴⁸⁸ Cass. 1^{re} civ. 4 juill. 1979, *D.* 1979, IR, 336.

⁴⁸⁹ Au regard du droit des incapacités, le cautionnement est un acte de disposition : art. 2, D. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008.

⁴⁹⁰ Paris, 18 janv. 1978, *JCP* 1980, II, 19318, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-26262, dans lequel la qualification de la caution profane s'établit par le cumul de l'âge et l'expérience. Ainsi, le jeune âge de la caution révèle son inexpérience à accomplir un tel acte.

⁴⁹¹ D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 667.

professionnel et professionnel n'est, en matière de crédit et de garantie, pas éclairante⁴⁹². Ainsi, on peut demeurer professionnel et être profane car la qualité de professionnel ne vaut pas la qualité d'averti. Il en est ainsi de certains dirigeants dépourvus d'expérience des affaires et d'aptitude à prévenir et à mesurer les risques encourus en matière de crédit et de financement.

172. La fonction de dirigeant d'une société ne peut suffire à elle seule, à établir la qualité de caution avertie⁴⁹³ ; car la fonction de dirigeant n'est pas incompatible avec la qualification de caution profane. En effet, il arrive souvent que le dirigeant qui s'est porté caution pour son entreprise invoque sa qualité de caution profane pour échapper aux conséquences pécuniaires d'opérations ou de montages juridiques complexes et périlleux dont il n'avait pas mesuré la portée. Il en serait de même des associés non dirigeants ou même des proches⁴⁹⁴ qui se portent caution d'une société dirigée par un ami. Le défaut de leur implication dans la gestion de la société est un argument souvent invoqué pour soutenir leur qualité de caution profane parce qu'ils ne détiennent pas toutes les informations sur la situation de la société débitrice à même de leur permettre d'apprécier de manière éclairée leur engagement. C'est ainsi qu'il a été admis qu'un associé égalitaire et conjoint du dirigeant social, participant à l'exploitation sociale, était une caution profane⁴⁹⁵.

173. On peut comprendre que la jurisprudence refuse de déduire systématiquement la qualité de caution avertie des liens que la caution entretient avec le débiteur principal. Parce que l'appréciation de la qualité de caution profane qui en résulte le plus souvent est faite de façon subjective, qui tient compte des connaissances, fonctions et compétences de la caution. Dès lors, il nous paraît justifier de considérer que la qualité d'associé ou d'époux du dirigeant n'implique pas à elle seule celle de caution avertie. De même, en présence d'un financement réputé complexe, le dirigeant peut être considéré comme une caution profane⁴⁹⁶.

174. Par ailleurs, le cautionnement étant l'accessoire d'une obligation principale dont elle dépend et sur laquelle elle vient se greffer, ce n'est pas toujours que celle-ci est bien maîtrisée

⁴⁹² J. DJOUDI, F. BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », préc. p.501.

⁴⁹³ Cass. com. 27 nov. 2012 : *Juris-Data* n° 2012-027936 ; *JCP G* 2013, chron. 585 ; *RDBF.*, 2013, comm. 14, obs. D. LEGEAIS.

⁴⁹⁴ Cass. com. 6 févr. 2007, n° 04-15362 : *Bull. civ. IV*, n° 18 ; *D.* 2007, p. 575, obs. V. AVENA-ROBARBET ; *RTD. civ.* 2007, p. 372, obs. P. CROCQ.

⁴⁹⁵ Com., 6 févr. 2007, n° 04-15362 : *Bull. civ. IV*, n° 18, *ibid.*

⁴⁹⁶ CA Aix-en-Provence, 8^e ch., sect. C, 12 mai 2011, RG 10/03928 et 2011/194, M. Campello c/ SA BNP PARIBAS : *Juris-Data* n° 2011-013101.

par la caution qui s'engage. La complexité de ces opérations est souvent telle qu'on ne saurait se contenter du critère de la fonction de dirigeant ou de proche du débiteur pour refuser à la caution la qualité de profane. À moins qu'il ne soit établi que, par leur formation ou leur expérience de la gestion de sociétés et du monde des affaires, les cautions pouvaient être des professionnels avisés⁴⁹⁷. Si tel n'est pas le cas, des personnes qui ne disposent pas de connaissances suffisantes ni d'expérience en matière d'affaires à même de les éclairer sur la nature de leur engagement ne pourraient invoquer avec succès la qualité de caution profane. Mieux, elles se révèlent incapables d'apprécier la complexité du montage financier de l'opération servant de fondement au cautionnement et ainsi d'apprécier les risques résultant de l'acte de cautionnement. En effet, « *la pratique des affaires montre que ni les fonctions de dirigeant, ni la qualité d'associé ne suffisent à emporter ipso facto la qualité d'avertie* »⁴⁹⁸. Le recours à des critères précis permettrait de mieux appréhender cette catégorie de cautions sauf qu'en parcourant la jurisprudence on se rend compte qu'il ne se dessine pas de critères de qualification suffisants pour appréhender la caution profane.

175. Néanmoins une distinction est établie par la jurisprudence entre toutes les cautions. Ainsi, celles qui sont de simples associées sont souvent considérées comme des cautions profanes⁴⁹⁹. En matière de cautionnement consenti par un dirigeant en garantie des dettes de sa société, les critères d'appréciation sont souvent fondés sur l'âge, la formation et surtout l'expérience de la caution. Mais « *l'importante catégorie des dirigeants, cautions de leur société, est cependant difficile à situer au regard du clivage professionnel et profane : leur intérêt dans l'opération principale inciterait à les assimiler aux professionnels, mais leur qualité de personnes physiques et les risques auxquels ils s'exposent militent en sens contraire* »⁵⁰⁰. Il s'agit des dirigeants profanes de la vie des affaires⁵⁰¹, des proches du débiteur principal (conjoints et parents), des personnes exerçant une activité au sein de l'entreprise sans pour autant avoir la qualité de gérant (associés et salariés), dont le créancier est tenu de s'assurer de leur capacité financière à faire face aux engagements du débiteur en cas de défaillance. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui a estimé que « *le créancier professionnel avait engagé sa responsabilité à l'égard [d'un associé], caution*

⁴⁹⁷ Cass. com. 8 mars 2011, n° 10-30656 : *Juris-Data* n° 2011-003316, *RDBF*. 2011, comm. 90, obs. D. LEGEAIS.

⁴⁹⁸ D. POHÉ-TOKPA, La caution profane en droit OHADA : la balkanisation du cautionnement, préc. p.163.

⁴⁹⁹ Com., 11 mai 2010, n° 09-13080, préc. ; com., 10 mars 2009, inédit, n° 08-10721.

⁵⁰⁰ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, préc. n° 44, p. 39.

⁵⁰¹ Cass. com. 3 févr. 2009, n° 07-19778, *JCP G* 2009, I, 10081, p. 36, note D. LEGEAIS.

profane pour avoir accepté de celui-ci la garantie du remboursement d'un tel crédit sans s'assurer de sa capacité financière à faire face aux engagements du débiteur en cas de défaillance de ce dernier »⁵⁰².

176. Les tribunaux jugent parfois comme profanes certains dirigeants de droit non expérimentés⁵⁰³ et non réellement impliqués dans la marche de la société⁵⁰⁴ ; d'où une certaine bienveillance à leur endroit. À ce propos, un auteur a même indiqué que « *la jurisprudence distingue de longue date entre la caution profane, c'est-à-dire non expérimentée, et la caution non profane, qui désigne, non pas un professionnel, mais toute personne qui a une certaine expérience et connaissance des affaires* »⁵⁰⁵. Cette bienveillance à l'égard de cette catégorie de cautions dirigeantes était devenue nécessaire dans la mesure où « *la situation économique et la crise ont donné lieu à un nouveau type de dirigeant : le salarié, le licencié au chômage, qui décide de créer son entreprise et qui n'est pas plus au fait des affaires que quiconque. Ce dernier, caution 'profane' par excellence, se devait d'être protégé alors même que son statut de dirigeant l'aurait soumis à la jurisprudence peu protectrice existante* »⁵⁰⁶.

177. On pourrait les qualifier de caution dirigeante profane⁵⁰⁷. De même, cette considération semble s'appuyer sur l'idée dominante suivant laquelle la caution, qu'elle soit profane ou avertie, professionnelle ou consommatrice, est protégée pour une seule raison qu'elle est une personne physique qui est dans une position jugée défavorable⁵⁰⁸. Si cette analyse peut se comprendre, elle nous semble contestable car « *les personnes physiques ne sont pas nécessairement des personnes profanes* »⁵⁰⁹ à l'instar de certains dirigeants de société. De plus, « *les cautions profanes au sens de non professionnelles, ignorent les subtilités de l'activité et c'est à travers elles que l'on a tendance à analyser le cautionnement service d'ami, l'acte social et non le service économique* »⁵¹⁰ ; ce qui ne serait être la situation de toutes les personnes physiques se portant caution d'une obligation quelconque. Elles doivent être distinguées des

⁵⁰² Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 2005, n° 03-14446, *Bull. civ. I*, n° 200, p. 169.

⁵⁰³ Cass. com. 13 nov. 2012, *GP.*, 13 déc. 2012, p. 13, obs. C. ALBIGES.

⁵⁰⁴ Cass. com. 11 avr. 2012, n° 10-25904, *Bull. civ. IV*, n° 76.

⁵⁰⁵ A. CERLES, « Le point sur la protection de la caution personnelle », préc., p. 54.

⁵⁰⁶ R. BESNARD-GOUDET, « La coexistence de deux régimes pour les cautions dirigeants », *Dr. sociétés*, 2010, étude 16.

⁵⁰⁷ R. BESNARD GOUDET, *ibid.*

⁵⁰⁸ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc. n° 22, p. 26.

⁵⁰⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 99, p. 64.

⁵¹⁰ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, préc. n° 51, p. 45.

cautions intégrées ou informées des affaires du débiteur car celles-ci connaissent ou ont la possibilité de connaître la situation du débiteur principal et de prendre un risque tout en ayant le pouvoir de sauvegarder leur propre intérêt.

178. La détermination de la qualité de caution profane par les tribunaux se fait à travers un ensemble de critères liés au cas d'espèce. En effet, les juges déterminent la qualité de profane de la caution par des critères qui tiennent non seulement à la personne de la caution, mais aussi à ses fonctions et compétences professionnelles. Mais toute cette entreprise prétorienne ne permet pas de répondre avec satisfaction à la préoccupation sur le statut de la caution profane.

179. Néanmoins, à cet égard, Il en ressort que la caution profane pourrait apparaître ou être appréhendée comme toute personne proche du débiteur qui pour rendre service s'engage en qualité de caution en dépit de la méconnaissance du cautionnement et du risque ou du danger que cela comporte. Mais on ne saurait se satisfaire d'une telle approche car, en plus de la diversité de ce type de cautions, l'absence d'un critère unique d'appréciation de cette catégorie de cautions, ne favorise pas l'adoption d'une approche définitionnelle satisfaisante.

SECTION 2 : LA DIVERSITÉ DES CRITÈRES D'APPRÉCIATION

180. Appréhender une notion implique comme le soutient J.-F. RIFFARD, « qu'en soient dégagés les éléments caractéristiques »⁵¹¹. Ce n'est qu'une fois ces éléments connus, qu'il sera possible de rattacher un cas concret au concept afin de lui appliquer son régime⁵¹², autrement dit, de le qualifier. Pour caractériser la caution profane, il n'existe ni critère légal ni critère jurisprudentiel unique et déterminant. En l'absence d'un critère unique de qualification, la caution profane est souvent appréhendée par comparaison à la caution avertie, « *la caution profane se déduisant en creux de cette qualification* »⁵¹³, qui, souvent, se fonde sur une logique consumériste⁵¹⁴. La haute juridiction française exige que soit démontré et motivé avec rigueur

⁵¹¹ J.-F. RIFFARD, Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : Contribution à une rationalisation du droit français, LGDJ. 1997, n° 621.

⁵¹² J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 1, n°50.

⁵¹³ A. S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc. p. 149.

⁵¹⁴ D. POHÉ-TOKPA, « La caution profane en droit OHADA : le cautionnement à deux vitesses », *RLDA*, avr. 2016, n° 114.

et soin la qualité de caution avertie⁵¹⁵, puisqu'elle exerce son contrôle sur la qualification⁵¹⁶ ; ce qui, a pour résultat, l'accroissement du nombre des cautions profanes⁵¹⁷. Alors que « *l'une des causes majeures de l'incertitude résulte de ce que la distinction entre caution profane et caution avertie qui peut apparaître comme étant la clef de voûte du système mit en place, repose elle-même sur des bases fragiles* »⁵¹⁸. L'extension de la notion de caution profane, voire même l'accroissement du nombre des cautions profanes, d'un point de vue économique, c'est-à-dire, en ce qui concerne la relance du crédit, pourrait fragiliser la sûreté et serait même un frein à cette relance⁵¹⁹ tant souhaitée. Évidemment, cela résulte de l'admission des critères de qualification de la caution profane qui semblent créer une sorte de surprotection des cautions⁵²⁰ ; critères qui en l'occurrence nous paraissent moyennement précis et souvent peu éclairant, ayant une grande part de subjectivité⁵²¹, évoluant au gré des situations, des personnes, des risques et d'autres éléments⁵²².

181. En conséquence, il nous semble nécessaire de procéder à une hiérarchisation de ces critères afin de mieux les appliquer et mieux catégoriser la caution profane. Sans cela, il est à craindre ou redouter de voir que certaines décisions font passer exagérément certaines cautions pour des cautions profanes⁵²³. Néanmoins, on ne peut déduire des seuls liens personnels et

⁵¹⁵ On se réfère aux termes, « en se déterminant par des motifs impropres à établir que les cautions, ..., impliquées dans la vie de la société, n'avaient pas la qualité de cautions averties... », qui se retrouvent souvent dans bon nombre de décisions ayant trait à cette question ; V. *BICC*. 15 janv. 2010, n° 74 : « il convient de recenser les critères retenus par la jurisprudence afin de qualifier les cautions « averties » ou « profanes ».

⁵¹⁶ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, « Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si Mme Y... était non avertie et, dans l'affirmative, ..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale » ; les juridictions du fond sont tenus de motiver avec précision leur décision, faire état des éléments établissant la qualité de la caution avertie, au risque d'encourir la cassation : v. Cass. 1^{re} civ. 18 sept. 2008, pourvoi n° 07-17270 : *Bull. civ. I*, n° 203 ; *D.* 2008, AJ. 2343, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD. com.* 2008, p. 830, obs. D. LEGEAIS.

⁵¹⁷ A. S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc. n° 220, p. 153.

⁵¹⁸ D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 666.

⁵¹⁹ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 36.

⁵²⁰ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement. Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, éd. L'Harmattan, 2017 coll. *Le droit aujourd'hui*, préf. P. RUBELLIN, n° 28, p. 39.

⁵²¹ Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc. n° 480, p. 505.

⁵²² J. DJOUDI, F. BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », préc. p. 500.

⁵²³ A. S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc., n° 219, p. 152, qui cite comme exple. Cass. com. 6 fév. 2007, n° 04-15362, *Bull. civ. IV*, n° 18 ; *RLDC*, avr. 2007, p. 33, obs. G. MARRAUD DES GROTTES, dans lequel, quoique la caution soit la compagne du dirigeant et associée égalitaire, elle est traitée de caution profane au motif qu'elle n'était pas dirigeante de la société. Également, Cass. com., 3 févr. 2009, inédit, n° 07-19778, dans lequel la cour d'appel est censurée au motif que « l'arrêt retient que Mme X..., salariée au moins jusqu'en mars 1991 avec des salaires qui ont varié de 5 000 à 5 700 francs était la concubine du gérant, qui percevait de son côté un salaire de 6 000 francs, et que, même si Mme X... n'était pas dirigeante, elle était une caution intégrée et intéressée puisque sa qualité d'associée et de compagne du gérant lui permettait de connaître le fonctionnement et l'état financier de la société et qu'elle avait vocation à participer à ses produits financiers » : motifs « impropres à établir que Mme X... était une caution avertie ».

familiaux⁵²⁴, de mariage⁵²⁵, voire de concubinage⁵²⁶ et de proximité⁵²⁷, la qualification de caution avertie, à moins que celle-ci se soit réellement impliquée dans la gestion de la société débitrice ou possède une compétence particulière⁵²⁸, et qu'à cet effet, elle disposait de toutes les informations utiles lui permettant d'apprécier la situation de cette dernière et de mesurer le risque pris en s'engageant. Comme l'a relevé un auteur, « *le lien personnel et familial ne suffit pas à rendre la caution avertie. En revanche, le lien capitalistique favorise sans aucun doute sa qualification de caution avertie. La différence tient à ce que, dans le premier cas, les informations fournies à la caution par ses proches peuvent être erronées, tandis que, dans le second, elles sont exactes* »⁵²⁹. La qualité de la caution ne saurait dépendre de la seule nature du lien entre elle et le débiteur principal, c'est-à-dire, que les liens, qu'ils soient patrimoniaux ou non, ne suffisent pas à établir la qualité d'avertie ou non de la caution.

182. La catégorie de cautions profane n'étant pas homogène, il ne se dégage pas un critère unique permettant de la déterminer ou de mieux l'appréhender. Cependant, au regard de l'objectif de protection, il s'avère nécessaire de faire le choix de critères de détermination appropriés permettant une qualification justifiée de la qualité de caution profane. Cela passe nécessairement par la clarification du mot profane qui est associé à la caution et qui fait d'elle un contractant particulier.

183. Selon le dictionnaire Larousse, le profane peut recevoir deux sens. Ainsi, dans un premier sens, le profane serait, une personne étrangère à une religion, non initiée à un culte. Ensuite, dans un second sens, il serait une personne qui ignore les usages, les règles de quelque chose, d'une activité.

184. Le second sens a l'avantage de nous satisfaire au regard du contexte dans lequel s'inscrit notre sujet de réflexion. En effet, on pourrait au regard de cette approche, dire *stricto sensu*, que

⁵²⁴ Cass. 1^{re} civ. 16 sept 2010, inédit, n° 09-15058 ; *RDBF.*, 2010, n° 213, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et droit*, nov.-déc., n° 50, obs. N. RONTCHEVSKY ; Cass. com. 22 févr. 2017, n° 15-14915 ; Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-20.216, *GP.*, 7 juin 2016, note M. BOURASSIN.

⁵²⁵ Cass. com. 22 nov. 2011, inédit, n° 10-25920 ; *JCP G* 2012, 626, n° 4, obs. Ph. SIMLER, où la Chambre commerciale de la Cour de Cassation relève que la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant la qualification de caution avertie puisque non seulement la profession antérieure de celle-ci lui permettait de comprendre la portée des engagements pris, mais qu'elle était co-acquéreur du fonds de commerce et avait mené cette entreprise commune avec le cautionné.

⁵²⁶ Cass. com. 3 fév. 2009, inédit, n° 07-19778 ; *RDBF.*, 2009, n° 51, obs. D. LEGEAIS, préc.

⁵²⁷ Cass. com. 12 janv. 2010, inédit, n° 08-21278 ; *GP.*, 5 et 6 mai 2010, p. 19, obs. C. ALBIGES.

⁵²⁸ Cass. com. 18 janv. 2017, n° 15-12723 ; *BJS*. 2017, n° 116, p. 440, note E. SCHLUMBERGER ; *GP.*, 13 juin 2017, n° 297, p. 70, obs. M. BOURASSIN ; Cass. com. 2 nov. 2016, n° 14-2750.

⁵²⁹ Cass. com. 21 sept. 2010, inédit, n° 09-16348. *LEDB.*, 1 nov 2010, n° 03, p. 7, note M. MIGNOT

la caution profane est toute personne, étrangère à la pratique du contrat de cautionnement ou plus largement toute personne qui ignore les règles et les usages régissant le droit du crédit et des garanties, et le droit des affaires en général. Mais dans les deux sens proposés, ce qui est essentiel à retenir, c'est l'élément d'extranéité, c'est à une personne extérieure à quelque chose, à une activité dont elle ne comprend pas les subtilités. À partir d'une telle approche, il s'avère important de rechercher le critère permettant de mieux appréhender cette catégorie de cautions.

§1 : Les critères d'appréciation de la qualité de caution profane

185. La caution profane est celle qui non seulement ne connaît pas ou ne comprend pas le mécanisme et les dangers du cautionnement⁵³⁰, ne mesure pas la portée de son engagement, mais le fait pour rendre service. Dans le souci d'établir un équilibre dans les rapports entre les parties au contrat de cautionnement et renforcer la protection des cautions, la jurisprudence est parvenue à faire profiter certaines cautions dirigeantes, présumées averties⁵³¹, en raison des circonstances, du régime protecteur de la caution profane⁵³². L'inaptitude à la gestion d'une entreprise ne cache pas une sorte d'incompréhension ou de méconnaissance de la nature de l'acte de cautionnement car, il convient de ne pas confondre incompétence professionnelle et ignorance intellectuelle. Cependant, l'inaptitude à connaître et à comprendre les engagements garantis, c'est-à-dire s'imprégner de la réalité de la dette ou de l'obligation garantie, a tout de même permis souvent l'extension de la qualification de cautions profanes à certaines personnes.

186. La protection accordée à ce type de cautions est plutôt justifiée par leur incapacité à apprécier souvent la complexité du montage financier de l'opération pour laquelle la garantie est souscrite, de telle sorte que l'appréciation des risques découlant du contrat de cautionnement n'est pas à leur portée. C'est ainsi qu' a été approuvée une cour d'appel qui a « *retenu que l'investissement immobilier nécessaire à la réalisation de l'hôtel, soit plus de 21 500 000 francs, a été financé intégralement au moyen du crédit-bail litigieux, dont les charges de remboursement représentaient 43 % du chiffre d'affaires HT pour les années d'exploitation 1989 et 1990 et qu'en l'absence d'apport par MM. Y... de fonds propres suffisants, le versement des loyers dus à la société Généfim générerait nécessairement un déficit chronique très important, de sorte que l'opération cautionnée n'était économiquement pas viable, la société étant dès l'origine en état de cessation des paiements ; qu'il retient encore que la société Généfim est une*

⁵³⁰ P. SARGOS, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », préc. p. 36.

⁵³¹ Cass. com. 8 mars 2011, inédit, n° 10-30656.

⁵³² Cass. com. 5 févr. 2013, inédit, n° 11-26262.

société spécialisée et disposait de tous les paramètres d'appréciation nécessaires à l'évaluation de l'opération financée tandis que MM. Y... n'étaient des professionnels, ni de la finance, ni de l'hôtellerie ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu estimer, peu important l'auteur du montage financier, que la société Généfim, qui ne pouvait ignorer l'absence totale de viabilité de l'opération, a commis une faute en sollicitant le cautionnement de MM. Y... et en les incitant à se méprendre sur les risques réels de leur engagement »⁵³³.

187. L'incertitude des critères prétoriens⁵³⁴ et l'absence d'une définition jurisprudentielle n'éclaircissent pas suffisamment le statut de la caution profane. C'est pour cette raison que la caution profane est présentée sous différents portraits, au regard des circonstances dans lesquelles son engagement est intervenu. Dans la plupart des cas, les juridictions se réfèrent souvent aux fonctions, informations et aux connaissances⁵³⁵ des cautions pour déterminer leur qualité. Dans un tel contexte, l'identification de la caution profane s'avère difficile à établir, voire incertaine alors même que *« l'incertitude est l'ennemie des sûretés »*⁵³⁶.

188. Une caution est souvent considérée comme profane lorsqu'il est établi qu'elle ignore où est inapte à déceler les risques de l'endettement né de l'octroi d'un prêt⁵³⁷. Parfois, c'est quand il est démontré qu'elle n'a ni compétence ni expérience en matière de gestion d'une entreprise ou même en matière de financement et de crédit. Ou bien elle est appréhendée comme telle lorsqu'elle n'a aucune information lui permettant de connaître la situation du débiteur et d'apprécier la portée de son engagement. Ainsi, une mère qui a apporté sa caution pour un prêt en vue du financement de l'acquisition par sa fille d'un fonds de commerce de bar-restaurant, a été qualifiée de caution profane en ce sens que le créancier dispensateur du crédit ne démontre pas, qu'exerçant la fonction d'agent hospitalier, *« qu'elle disposait d'une expérience, d'une connaissance et d'une compétence dans le domaine de la gestion d'une entreprise, susceptibles de lui permettre d'appréhender par elle-même, d'une part les chances de succès de l'exploitation commerciale menée par la débitrice principale et donc les risques de non-remboursement du prêt par celle-ci, d'autre part, les conséquences de son engagement au regard ; qu'il s'en déduit que Mme Huguette Y...est une caution profane... »*⁵³⁸.

⁵³³ Cass. com. 23 juin 1998, n° 95-16117, *Bull. civ.* IV, n° 208, p. 171 ; *JCP E* 1998, p. 1831, note D. LEGEAIS

⁵³⁴ D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 663.

⁵³⁵ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 101, p. 93.

⁵³⁶ G. PIETTE, « les faiblesses du cautionnement », préc. p. 103.

⁵³⁷ CA. COLMAR, 21 janv. 2004, *Juris-Data* n° 2004-279725.

⁵³⁸ Cass. com. 20 oct. 2009, n° 08-20274, *D.* 2009, p. 2607, obs. X. DELPECH et p. 2971, note D. HOUTCIEFF ; *JCP* 2009, 482, note S. PIEDELIÈVRE ; *GP.*, 21 nov. 2009, p. 24, note F. GUERCHOUN ; *RLDC.*, 2009/66, p.

189. La jurisprudence, pour qualifier une caution de profane, a toujours eu recours à des critères qui varient selon l'espèce qui lui est soumise. Elle procède par une appréciation *in concreto* pour déterminer la qualité profane de la caution. Tantôt, elle se réfère à l'implication dans l'activité du débiteur principal, tantôt elle prend en compte la compétence et l'expérience dont dispose la caution dans le monde des affaires, qui au demeurant ne sont pas les seuls puisque l'âge, l'information, la formation intellectuelle, la capacité physique etc., tout y passe.

190. La notion de caution profane pourrait gagner en clarté si l'on recourt à des critères précis susceptibles de remplacer la casuistique inhérente à l'appréciation concrète⁵³⁹. Bien que les juridictions aient opté pour une appréciation au cas par cas, il se fait jour en jurisprudence de grandes tendances relativement aux critères de désignation de la caution profane, notamment ceux relatifs à la profession (A), à l'absence d'implication dans l'activité du débiteur principal (B) ou ayant trait au manque d'information (C).

A- Le critère tiré de la profession exercée par la caution

191. La profession qui peut s'entendre d'une activité organisée par laquelle on tire les ressources nécessaires à sa subsistance, pourrait dans le cas du cautionnement servir à faire une double analyse. Car, les juges pour apprécier l'ignorance ou non de la caution, se penchent souvent sur la situation professionnelle de celle-ci, ainsi que les connaissances techniques⁵⁴⁰ qu'elle possède dans le domaine des affaires et les prédispositions lui permettant de bien apprécier les affaires du débiteur. Ainsi, l'activité professionnelle de la caution est de nature à faire considérer que cette dernière n'ignorant pas la situation du débiteur cautionné, est une personne avertie lorsqu'elle s'engage en qualité de caution. C'est ce qu'a considéré la Cour de cassation, en décidant que « *Mme X...*, huissier de justice, était un professionnel du droit et qu'elle avait bénéficié par l'intermédiaire de ses mandataires, de l'appui de conseils spécialisés, ce dont il résulte que *Mme X...* était une caution avertie »⁵⁴¹.

192. A contrario, une personne qui s'engage en qualité de caution alors même que son activité professionnelle ne lui permet pas de comprendre la technicité du cautionnement pourrait se voir reconnaître la qualité de caution profane. L'exercice d'une profession permettant d'acquérir

28, obs. J.-J. ANSAULT ; *GP.*, 19 févr. 2010, p. 11, note Y. DAGORNE-LABBE ; *JCP E* 2009, n° 46, p. 22, obs. D. LEGAIS.

⁵³⁹ E. PALVADEAU, « réflexions sur la caution avertie », préc. p. 37.

⁵⁴⁰ *D.* 2001, n° 41, chron. p. 3342.

⁵⁴¹ Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2008, inédit n° 07-15172 et n° 07-15958.

une compétence et une expérience nécessaires pour déceler un risque dans l'engagement pris est un indice sérieux dans l'appréciation de la qualité de profane ou non du candidat au cautionnement. L'appréciation de cette qualité varie en fonction de la compétence technique de l'intéressé au regard du contenu du contrat. Dès lors les juges se fondent sur le critère de la profession exercée⁵⁴² pour apprécier la faiblesse de la caution. Et l'absence d'indices professionnels permet de présumer que la garantie est souscrite par une caution profane. Selon Madame BONHOMME, « *l'activité professionnelle est un indice de compétence dont la portée peut varier au gré de la complexité des opérations projetées* »⁵⁴³. On oppose alors le professionnel au profane, mais ce clivage n'a d'intérêt dans le cadre du cautionnement que si le professionnel a une activité lui permettant de pouvoir comprendre la portée de son engagement et de s'engager sans risque pour son patrimoine. Ce qui nécessairement n'est pas le cas d'un professionnel qui contracte en dehors de son champ d'activité, donc qui est potentiellement vulnérable, méritant d'être protégé. L'inexpérience de celui qui crée sa société⁵⁴⁴ ou lorsque l'opération contient une complexité particulière⁵⁴⁵, seraient des circonstances pouvant justifier la qualification de caution profane à l'endroit de celui qui souscrit la garantie. C'est ainsi que dans une décision en matière de prêt, la Cour de cassation a approuvé la qualification de client non averti retenu par les juges du fond qui considéraient « *qu'il résultait du document produit par la banque que le nouveau marché présente un caractère spéculatif en raison de la nature même des sociétés cotées et s'adresse en priorité et principalement à une clientèle très avertie, et retenu qu'il n'était pas contesté que Mme X... n'était jamais intervenue sur le nouveau marché avant les ordres litigieux du 29 février 2000 et que ni l'expérience qu'elle avait pu acquérir d'opérations sur le marché au comptant depuis 1993, ni sa qualification d'avocat titulaire d'un DEA de droit des affaires ne démontrent qu'elle était instruite des risques particuliers présentés par les opérations sur le nouveau marché* »⁵⁴⁶.

193. En somme, ce qui donne de la pertinence au critère de la profession, c'est quand il en résulte une compétence et une expérience démontrant l'aptitude de la personne à souscrire l'acte de caution, même en dehors de son domaine habituel d'activité. La compétence est mise au

⁵⁴² Cass. 1^{re} civ. 25 janv. 1989, *Bull. civ.* I, n° 43, p. 28 ; *D.* 1989, p. 253, note Ph. MALAURIE, *JCP* 1989, II, 21357, note G. PAISANT.

⁵⁴³ R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire*, préc. n° 66, p. 67.

⁵⁴⁴ C.A. Aix-en-Provence, 10 avr. 2014 : *Juris-Data* n° 2014-012269

⁵⁴⁵ C.A. Aix-en-Provence, 12 mai 2011, *Juris-Data* n° 2011-013101 ; *RDBF.*, 2011, comm. 165, préc. p. 38, obs. D. LEGEAIS.

⁵⁴⁶ Cass. com. 26 mars 2008, n° 07-11554, *Bull. civ.* IV, n° 69.

service de la gestion de l'entreprise et permet de décider pour elle. Cela laisse entendre que cette caution serait impliquée dans la gestion des affaires de l'entreprise débitrice et par là même dans l'opération garantie ; d'où il suit que sa qualité d'avertie ne ferait pas l'objet de doute, étant entendue qu'elle possède la compétence professionnelle nécessaire lui permettant de souscrire un cautionnement. Par ailleurs, tout laisse à penser qu'une caution qui ne serait pas dans cette hypothèse, c'est-à-dire, qui n'est ni intégrée dans les affaires du débiteur principal, ni impliquée dans l'opération cautionnée, dont la profession ne lui procure pas les moyens d'être suffisamment éclairée sur le cautionnement, pourrait être qualifiée de caution profane.

B- Le critère du défaut d'implication de la caution dans l'entreprise cautionnée

194. Dans certaines situations, la jurisprudence détermine la qualité de caution au regard de sa participation, de son implication dans l'affaire qui a donné lieu au cautionnement⁵⁴⁷. Ainsi, les dirigeants de la société débitrice, les associés ou les conjoints de ces dirigeants peuvent-ils être qualifiés de cautions averties, s'il est établi qu'ils ont été impliqués dans la gestion de l'entreprise débitrice. Très souvent, le critère de l'implication est retenu pour attribuer la qualification d'avertie à une caution.

195. À rebours, il en serait différent si certaines personnes qui se sont engagées en qualité de cautions auprès du débiteur sont étrangères à l'activité du débiteur et ne se sont pas immiscées, impliquées dans la gestion de l'entreprise⁵⁴⁸ ; celles-ci ne seront pas retenues comme des cautions avisées, mais plutôt profanes. Mais les hauts magistrats français indiquent que la constatation que la caution s'est immiscée dans la gestion de l'entreprise garantie ne suffit pas à justifier la qualification de caution avertie. En l'espèce, un fils qui était salarié du fonds de restauration de ses parents et qui entendait prendre la suite de l'affaire, s'était porté caution envers la banque en garantie du prêt consenti à ses parents. Poursuivi, suite au redressement puis à la liquidation judiciaire du fonds de restauration de ses parents, il invoqua sa qualité de caution profane et demandait la nullité de son engagement à l'égard de la banque, qui lui aurait fait souscrire un engagement disproportionné. La cour d'appel avait refusé d'admettre cette demande au motif que la caution s'était immiscée dans la gestion de l'entreprise. La Cour de cassation a considéré que ce « *motif était impropre à établir que la*

⁵⁴⁷ Cass. com. 21 sept 2010, inédit n° 09-16348, *LEDB*. 1 nov. 2010, n° 3, p. 7, note M. MIGNOT, préc. ; E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 37.

⁵⁴⁸ Cass. com. 3 mai 2006, n° 02-11211 : *Juris-Data* n° 2006-033320 ; *Bull. civ.* 2006, IV n° 102, p. 100 ; *JCP G* 2006, II, 10122, note A. GOURIO.

caution était avertie »⁵⁴⁹. Aussi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a-t-elle, dans un arrêt en date du 3 février 2009, censuré les juges du fond au motif que : « *l'arrêt retient que Mme X..., salariée au moins jusqu'en mars 1991 avec des salaires qui ont varié de 5 000 à 5 700 francs était la concubine du gérant, qui percevait de son côté un salaire de 6 000 francs, et que, même si Mme X...n'était pas dirigeante, elle était une caution intégrée et intéressée puisque sa qualité d'associé et de compagne du gérant lui permettait de connaître le fonctionnement et l'état financier de la société et qu'elle avait vocation à participer à ses produits financiers* » ; de tels motifs étaient « *impropres à établir que Mme X...était une caution avertie* »⁵⁵⁰. On retient que l'appréciation de la qualité de caution profane ou non avertie se fait *in concreto* en tenant compte des connaissances réelles de la caution car, tantôt le critère de l'implication se suffit à lui-même, tantôt il paraît nécessaire, mais insuffisant. La Cour de cassation dans cet attendu achève de nous convaincre sur le fait que le critère de l'immixtion dans l'opération cautionnée ne peut être pris isolément lorsque l'arrêt constate que ; « *Mme Y..., si elle avait des connaissances en matière de gestion, n'était qu'associée de la société, n'avait pas participé aux demandes de prêt et n'avait pas été signataire des actes contestés, faisant ainsi ressortir qu'elle ne pouvait être considérée, à l'occasion de ce concours, comme une caution avertie* »⁵⁵¹.

196. Il se pose une question qui est celle de savoir à quoi correspond le degré d'implication de la caution dans la gestion de l'entreprise débitrice. Il pourrait s'agir sûrement d'une participation active de la caution dans le fonctionnement et la gestion administrative et financière de l'entreprise débitrice ; participation qui lui permettrait, le cas échéant d'être au fait de la situation financière de celle-ci et d'apprécier par là même les risques de son engagement. Il s'agirait de manière plus concrète, « *des connaissances qu'elle aurait quant au fonctionnement ou à la situation financière de la société ou encore aux risques induits par son engagement* »⁵⁵². Ce critère, s'il semble être très souvent un indice sérieux et essentiel, devrait s'accompagner de la preuve que le garant connaissait bien le risque pris en s'engageant. Ce qui, en l'espèce, ne semblait pas être le cas, puisque la caution n'avait pas sans doute les compétences en gestion, suffisantes pour apprécier la portée d'un cautionnement de montant

⁵⁴⁹ Cass. com. 17 mai 2011, n° 10-14936 : *Juris-Data* n° 2011-008989 ; *RDBF.*, 2011, comm. 131, obs. D. LEGEAIS, p. 36 et 37.

⁵⁵⁰ Cass. com. 3 févr. 2009, n° 07-19778, préc.

⁵⁵¹ Cass. com. 11 avr. 2012, inédit, n° 10-25904.

⁵⁵² Cass. com. 31 janv. 2012, n° 10-27651, *RJDA*, mai 2012, n° 524, p. 472.

très élevé. Le critère de la non-immixtion de la caution dans la gestion du débiteur garanti apparaît comme un élément d'appréciation nécessaire, mais très insuffisant.

197. Néanmoins, le critère de l'implication dans l'activité du débiteur principal revêt une importance indéniable dans l'appréciation de la qualité des cautions. En effet, par son implication ou son intégration dans l'activité du débiteur, la caution est censée disposer de toutes les informations nécessaires lui permettant d'apprécier le risque de l'opération garantie et donc, d'avoir un engagement éclairé. Il en ressort que dans cette perspective, les juges ne semblent pas prendre en compte les connaissances dont disposait effectivement la caution, mais seulement son degré d'implication dans l'entreprise débitrice. Le fait pour certaines cautions de participer à l'exploitation de l'activité du débiteur principal, ne leur fournit pas toutes les informations nécessaires pour apprécier le risque de l'opération garantie. C'est en cela que doit être approuvé l'arrêt de la Cour de cassation qui a considéré que « *la compagne du dirigeant, associée égalitaire et participant à l'exploitation du fonds est une caution profane* »⁵⁵³.

198. L'implication dans l'activité du débiteur principal est un critère nécessaire puisqu'il permet de caractériser le cautionnement souscrit par une personne intégrée dans les affaires du débiteur, « *en particulier le dirigeant de l'entreprise débitrice. Ces cautions sont normalement rompues à la vie des affaires et conscientes de la portée de leur engagement* »⁵⁵⁴, ce qui les distingue de la caution profane, qui, n'étant pas versée dans les affaires de l'entreprise débitrice, n'a pas la possibilité de connaître l'évolution du sort de cette dernière et de l'infléchir de manière à sauvegarder leur intérêt. La caution, par son implication dans l'activité du débiteur, connaît la situation financière de celui-ci, sur laquelle elle dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle. Se faisant, elle ne peut reprocher à l'établissement de crédit de ne l'avoir pas informé de la situation financière qu'elle-même n'était pas censée ignorer. C'est ce qui est illustré dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 13 février 2007⁵⁵⁵. Il ressort de ces faits qu'en 1993, trois personnes se sont portées cautions envers une banque des engagements de la société Compagnie maritime des chargeurs polynésiens, qu'elles avaient constituée, au titre de prêts qui lui ont été consentis pour l'aménagement et l'achat d'équipements d'un navire. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a assigné les cautions en paiement. Saisie, la cour d'appel a retenu la responsabilité de la banque et l'a condamnée au

⁵⁵³ Cass.com., 6 févr. 2007, n° 04-15362, *Bull. civ. IV*, n° 18, *BJS*, juin 2007, p. 713, note J.-F. BARBIÈRI

⁵⁵⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 98, p. 63.

⁵⁵⁵ Cass. com. 13 févr. 2007, inédit, n° 05-18633.

paiement de dommages-intérêts d'un montant égal à la somme qui lui était due puis ordonner la compensation des créances réciproques, aux motifs qu'il était impossible pour les cautions, avec leur seul salaire, de faire face à la dette de la société en plus de leurs obligations personnelles, importantes au regard de leurs charges de famille, et que la banque a commis des fautes à l'égard des personnes dont elle sollicitait le cautionnement, en leur faisant souscrire des engagements dont elle ne pouvait ignorer le caractère disproportionné au regard de leurs facultés financières, et qu'en raison de la fragilité de l'entreprise cautionnée, elle aurait dû les alerter sur le risque de devoir, à court terme, faire face à leurs engagements. La Cour de cassation a censuré la cour d'appel, en considérant que *« dès lors qu'elle avait constaté que les cautions étaient associés fondateurs de la société cautionnée dont ils possédaient les trois quarts du capital et directement intéressée au fonctionnement de l'entreprise puisque M. X... était le chef mécanicien du navire, M. Ly Y... le capitaine et M. Z... le directeur de la société débitrice »*, il était suffisamment démontré leur implication dans l'activité cautionnée, la banque n'était pas tenue de mettre en garde de telles cautions averties. Ce même critère a servi de fondement à l'annulation d'un cautionnement signé par un père au profit d'une société dont son fils était le gérant, après avoir constaté que la caution qui *« n'était pas versée dans les affaires »*⁵⁵⁶, était étrangère à la société débitrice principale.

199. L'absence d'implication de la caution dans l'activité du débiteur principal est un critère qui permet souvent aux juridictions de qualifier celle-ci de caution profane. Ainsi, sont souvent considérés comme cautions non averties, les simples associés de l'entreprise débitrice, les salariés, de même que les proches du débiteur principal, sauf si les uns et les autres ont été impliqués dans la gestion de l'entreprise débitrice⁵⁵⁷. Le défaut d'implication est important dans la détermination de cette qualité de caution profane parce qu'elle empêche cette caution d'obtenir les informations nécessaires à un engagement éclairé. Cela voudrait dire que le défaut d'implication de la caution dans les affaires du débiteur aboutit à un manque d'informations, susceptible de l'éclairer dans sa prise de décision.

C- Le critère résultant du défaut d'informations de la caution

⁵⁵⁶ Cass. com. 13 nov. 1990, *RJDA*, janv. 1991, n° 50, p. 58 et s.

⁵⁵⁷ Cass. com. 3 mai 2006, n° 02-11211 ; *contra*, Cass. com. 17 mai 2011 : *Juris-Data* n° 2011-008989 ; *RDBF*. 2011, comm. 131, obs. D. LEGEAIS.

200. L'information est devenue dans l'époque contemporaine, l'un des moyens de protection les plus répandus des contractants. Car, bien informé et même en situation de vulnérabilité, le contractant a la latitude de mieux, s'engager en acceptant le risque en toute conscience et connaissance de cause. Cependant, on ne peut reprocher au cocontractant, dispensateur de crédit par exemple, de n'avoir pas renseigné le garant sur des informations dont celui-ci avait la possibilité de connaître, destinées à l'éclairer sur son engagement⁵⁵⁸. C'est-à-dire qu'en cas de partage d'informations, le droit n'a pas vocation à protéger malgré lui la personne qui prend part à un acte juridique. En matière de cautionnement, la caution peut tout comme le créancier, sinon mieux que lui connaître la solvabilité du débiteur, partant le risque de devoir payer en cas de défaillance de ce dernier. Néanmoins, « *l'information sur le contexte du cautionnement ou sur le débiteur principal a gagné le débat juridique* »⁵⁵⁹, et est souvent exigée du créancier au profit de la caution dans un souci de protection de cette dernière.

201. Toutefois, les juridictions distinguent entre les cautions profanes ou non averties qui doivent bénéficier d'informations sur le débiteur qu'elles n'ont pas ou ne peuvent avoir, voire qu'elles ignorent et celles qui, étant averties, peuvent s'en dispenser. En effet, cette distinction des cautions selon l'information qu'elles détiennent et qui est censée les éclairer sur la nature de leur engagement, voire même sur les risques qu'elles peuvent prendre, se justifie par l'égalité entre certaines cautions et le créancier dispensateur de crédit, chacun détenant les mêmes informations sur le débiteur principal. On peut légitimement penser que ce type de cautions est parfaitement informé des risques pris en s'engageant. Cela contraste avec la situation de la caution profane, qui, dépourvue d'informations sur la situation du débiteur principal, n'a pas la latitude de mesurer avec exactitude le risque qu'elle doit supporter.

202. En réalité la distinction entre les critères du défaut d'implication dans les affaires du débiteur garanti et le défaut d'information sur sa situation ne nous semble pas essentielle. En effet, l'un étant au service de l'autre, rien ne peut justifier leur autonomie car, l'implication dans l'activité du débiteur sert comme moyen d'information de la caution avant tout engagement. Autrement dit, il nous semble cohérent de penser qu'une caution intégrée dans l'activité de l'entreprise débitrice est une caution assurément informée de sa situation. Cette analyse ne semble pas être celle adoptée par la Cour de cassation puisque dans l'arrêt précité en date du 3 février 2009, la chambre commerciale a censuré la cour d'appel qui avait considéré

⁵⁵⁸ Cass. com., 16 févr. 1982, n° 80-13901, *Bull. civ.* IV, n° 61.

⁵⁵⁹ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, préc. n° 323, p. 228.

que « *même si Mme X... n'était pas dirigeante, elle était une caution intégrée et intéressée puisque sa qualité d'associée et de compagne du gérant lui permettait de connaître le fonctionnement et l'état financier de la société et qu'elle avait vocation à participer à ses produits financiers* ». La censure dont a fait l'objet la décision des juges du fond ne nous paraît pas satisfaisante dans la mesure où, les hauts magistrats considèrent la compagne du dirigeant et associé égalitaire, de caution profane au motif qu'elle n'était pas dirigeante de la société alors qu'il n'est pas discuté qu'elle était bien intégrée dans la société, ce qui lui permettait d'être informée sur l'état financier de ladite société.

203. L'information a des vertus protectrices indéniables pour les cautions, surtout lorsque le candidat à l'acte de cautionnement n'est pas dans un lien économique avec le débiteur principal. En effet, la caution n'étant pas débitrice d'une dette propre, il arrive souvent qu'elle ne soit pas en relation économique avec la société débitrice. De ce fait, elle se voit priver de la possibilité de connaître ni le risque garanti ni suivre l'évolution de l'opération garantie aussi utilement qu'elle pourrait le faire si elle participait activement à l'opération principale⁵⁶⁰. On comprend alors l'importance de la position des cautions auprès du débiteur principal, mieux leur implication dans les affaires de celui-ci, permettant en général d'accéder à l'information nécessaire à éclairer à leur engagement et à mieux les instruire du risque qui pourrait en découler. Cette affirmation, devenue un classique dans les attendus des hautes juridictions, démontre à quel point l'information est un moyen incontournable dans l'appréciation de la qualité des cautions et de leur protection ; est souvent formulée comme suit : « *...Sans rechercher si eu égard à la taille de la société et à leur participation dans celle-ci, les cautions, associés et parents du gérant, ne disposaient pas de tous les renseignements utiles pour apprécier l'opportunité de leurs engagements, et dès lors que ces cautions ainsi averties n'ont pas prétendu ni démontré que la caisse aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'entreprise, des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées...* ».

204. L'importance de l'information n'a pas échappé au législateur français qui à l'occasion de ses réformes ponctuelles concernant le cautionnement, n'a pas manqué d'y faire référence. En effet, à maintes occasions, il l'a multipliée, mais de façon désordonnée, brouillant souvent son rôle et son importance comme moyen de protection des cautions faibles. La volonté de faire de l'information une technique, voire un moyen efficace de protection de la caution, démontre

⁵⁶⁰ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL., Droit des sûretés, préc. p. 40.

l'évolution de la pensée contemporaine qui s'est affranchie de la règle selon laquelle il reste à chacun un devoir envers lui-même d'assurer sa propre information⁵⁶¹. L'importance capitale de l'information pour la caution est justement soulignée par un auteur, qui laisse entendre que, « *si l'information de la caution est aujourd'hui au centre de toutes les attentions, c'est qu'elle se trouve au croisement de deux questions fortement empreintes de politique juridique et de philosophie du droit : d'une part, celle de l'information et de la transparence, 'regardées comme la panacée des tensions sociales' et d'autre part, celle de la protection de la caution, véritable 'mot d'ordre législatif et prétorien de ces vingt-cinq dernières années* »⁵⁶². Mais l'une des critiques qu'on peut adresser à ce devoir d'information comme envisagé par le législateur est, le fait qu'il profite à toutes les cautions. C'est-à-dire, le candidat à l'acte de caution, qu'il soit profane ou pas, peu importe sa qualité, il doit bénéficier de l'information, dès lors qu'il est une personne physique.

205. L'information a pour vertu d'éclairer la caution sur la situation du débiteur, mais aussi sur l'opportunité et la pertinence de son engagement⁵⁶³. Cependant, il nous semble important de souligner que l'information devrait être due lorsqu'il peut être démontré l'impossibilité ou l'incapacité de fait de la caution⁵⁶⁴ d'accéder par elle-même à l'information. Par ailleurs, se fonder sur le critère de l'information pour apprécier la qualité de la caution n'est pas sans limites lorsque par exemple, « *l'obstacle de la lecture et de l'écriture de la langue du contrat empêche souvent la compréhension de son contenu et de son sens pour une bonne frange de la population (...). Souvent à la tête de petites entreprises qu'elles ont créées, elles ne disposent pas toujours tous les moyens requis pour avoir toutes les informations nécessaires à un consentement éclairé ou pour apprécier le risque de l'opération garantie* »⁵⁶⁵. Autrement dit, l'information qui n'est pas adaptée n'est pas suffisante pour éclairer la caution, car elle doit avoir en plus les capacités intellectuelles de comprendre l'information fournie⁵⁶⁶.

⁵⁶¹ L. M. MARTIN, « L'information de la caution », Aspects de droit privé en fin du XX^e siècle, in *Études réunies en l'honneur de Michel JUGLART*, LGDJ, 1996, n°4, p. 156.

⁵⁶² F.-X. LICARI, « Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information qui incombe à l'établissement de crédit », *JCP G* 2002, II, 10043.

⁵⁶³ R. BONHOMME, Instruments de crédit et de paiement, Introduction au droit bancaire, préc. n° 61, p. 60.

⁵⁶⁴ L. M. MARTIN, « L'information de la caution », préc. n° 7, p. 157.

⁵⁶⁵ D. POHÉ-TOKPA, « La caution profane en droit OHADA », préc. n° 21, p. 168.

⁵⁶⁶ Cass. com. 21 sept. 2010, n° 09-16348, préc.

206. Une difficulté provient de la situation des associés non dirigeants qui s'engagent en qualité de caution d'une société dont la gestion est confiée à un proche. N'étant pas impliqués dans la gérance de la société débitrice, cet associé caution invoque souvent sa qualité de profane parce que ne disposant pas de toutes les informations pour un engagement éclairé. Ainsi, il a été admis qu'un associé égalitaire, conjoint du dirigeant social et participant à l'exploitation sociale, est une caution profane⁵⁶⁷. C'est la preuve que le critère de l'implication à lui seul ne saurait suffire si elle ne permet pas la détention d'informations sur la société débitrice. C'est pourquoi il est nécessaire de mettre en évidence un critère prédominant, qui se dégage de chaque circonstance et susceptible de fédérer cet ensemble non homogène.

§2 : Le critère prédominant dans l'appréciation de la qualité de caution profane

207. Certaines distorsions apparaissant dans la technique de faisceau de critères, invite à une hiérarchisation des critères d'appréciation. En effet, s'agissant de personnes profanes qui souscrivent un acte aussi grave que le cautionnement, la compréhension de cet acte apparaît comme une donnée très importante et nécessaire. Car, la compréhension d'un acte en facilite la souscription et d'ailleurs, on ne peut valablement s'engager par acte sans en comprendre la nature, la portée et les conséquences. Ainsi, le critère de la compréhension de l'acte par la caution profane s'impose comme un critère nécessaire permettant de qualifier l'auteur de l'acte. À côté de ce critère, les critères de la compétence particulière⁵⁶⁸ et de l'expérience de la caution pour mesurer le risque pris semblent devoir être des critères prédominants, surtout en ce qui concerne les cautions dirigeantes profanes.

208. Il nous apparaît que la compétence et l'expérience sont au service de la compréhension d'un acte ; ce sont ces qualités qui nous permettent d'avoir une lisibilité parfaite, une bonne compréhension de ce pour quoi notre engagement est sollicité. En tout état de cause, l'appréciation de la catégorie de cautions profanes se situe à deux niveaux d'exigence qu'il faudrait trancher. Soit, on considère que la caution est profane lorsqu'elle ne dispose pas de compétences juridiques à même de lui permettre de comprendre ce qu'une opération de cautionnement signifie juridiquement⁵⁶⁹. Soit, on n'exige qu'elle ait moins une compétence

⁵⁶⁷ Cass.com., 6 févr. 2007, p. 713 : la caution associée égalitaire a été considérée comme profane parce que n'étant pas dirigeante de la société débitrice principale.

⁵⁶⁸ Cass. com. 11 déc 2007, inédit, n° 05-21234.

⁵⁶⁹ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 37.

juridique qu'une simple connaissance permettant d'apprécier les risques et la portée de son engagement.

A- La compréhension de l'acte de cautionnement

209. Comme nous l'avons souligné précédemment, s'engager valablement par un acte suppose qu'on n'en perçoive le sens, les conséquences et la portée réelle. Ce critère est valable pour tout engagement contractuel quel qu'il soit, à *fortiori* pour un engagement de caution souscrit par un novice⁵⁷⁰ qui, souvent, ne retire rien de son acte. En effet, il ne s'agit pas sûrement de savoir ou de comprendre ce qu'est un cautionnement⁵⁷¹, mais plutôt de comprendre la nature, le mécanisme de la souscription d'un tel engagement.

210. La caution profane est celle qui, sans être souvent informée, intervient pour rendre gracieusement service un ami, un conjoint ou un parent⁵⁷², duquel elle ne retire aucun avantage particulier ou patrimonial, si ce n'est une satisfaction morale d'avoir aidé ou d'avoir été utile à un proche. La compréhension par elle des modalités de son engagement devient dès lors inéluctables pour mieux appréhender les risques pouvant résulter de son engagement. Il s'agit d'une personne néophyte, qui au pire ne dispose d'aucune connaissance du droit du cautionnement alors que par son engagement elle est censée « *couvrir le risque de la défaillance du débiteur principal* »⁵⁷³, mais au mieux qui ne se préoccupe pas de la situation du débiteur cautionné. Pourtant, on peut douter qu'elle ait des moyens d'évaluer le risque du cautionnement. Car, la légèreté avec laquelle la caution souscrit souvent le cautionnement, nous incite à observer une attitude prudente quant à sa compréhension de ce qui constitue son engagement. En effet, comme l'a écrit Madame FENOUILLET, « *L'engagement est donc souvent pris à l'aveugle, la caution manquant des informations essentielles (...) ou consenties à la légère dans l'illusion que l'engagement ne recevra pas exécution (la perspective de réalisation du risque est lointaine et la caution n'a que sa signature à donner ; aucune autre chose ne doit être remise au créancier lors du contrat, qui pourrait attirer l'attention de la caution sur son*

⁵⁷⁰ D. VILLANI, « Les cautions "informées" sont-elles soumises à un régime particulier ? », préc. p.291.

⁵⁷¹ Paris, 9 avril 1992, *JCP G* 1992, I, 3626, n° 1, note Ph. SIMLER, où le juge considère que « le cautionnement étant à la portée de toute intelligence moyenne et la notion même de cautionnement se retrouvant dans la pratique de nombreuses sociétés humaines, la caution est mal fondée à exciper son ignorance ».

⁵⁷² M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : perspective d'évolution du cautionnement en droit OHADA, préc., n° 105, p. 85.

⁵⁷³ D. FENOUILLET, « Le code de la consommation ou et pourquoi et comment protéger la caution », préc. p. 305.

engagement) »⁵⁷⁴. C'est pourquoi « *l'inconscience avec laquelle certains engagements de cautions sont souscrits ou l'énormité de ces engagements conduisent à se demander si les intéressés ont compris la portée réelle de l'acte* »⁵⁷⁵.

211. La qualification de la caution profane passe ainsi par la compréhension par celle-ci de son acte, c'est-à-dire est caution profane, celle qui n'a pas une réelle compréhension de ce à quoi elle s'engage à cause du fait qu'elle ne dispose pas des informations à même de l'y conduire et de l'éclairer sur le sens et la portée de son acte. C'est ainsi que les connaissances dont dispose la caution sont souvent prises en compte par les juges pour lui accorder ou non la qualité de caution profane. C'est en cela que la Cour de cassation considère qu'« *il doit être tenu compte de la qualité, des fonctions et des connaissances de la caution, de ses relations avec le débiteur, ainsi que des caractéristiques de la dette* »⁵⁷⁶. Ce critère exigeait des juges de vérifier si la caution était suffisamment intégrée à l'entreprise débitrice garantie pour avoir « *conscience de la nature et de l'entendue de son engagement* »⁵⁷⁷. Cependant, bien qu'intégrées et intéressées aux affaires du débiteur principal et détenant toutes les informations nécessaires à la compréhension de leur engagement, elles ne disposent pas des compétences leur permettant de lire ces informations⁵⁷⁸ et de comprendre la portée réelle de leurs engagements.

212. On comprend dès lors que toutes les cautions ne sont pas logées à la même enseigne car, elles ne sauraient être exactement toutes compétentes et mieux informées. Dès lors, les professions ou fonctions exercées ne sont plus employées comme critères suffisants, ni même prioritaires. Ce sont davantage les compétences concrètement envisagées de la caution qui gouvernent la qualification de la caution⁵⁷⁹, notamment la compétence particulière en matière de garantie et de crédit.

B- La compétence particulière en matière de garantie

213. L'analyse de la jurisprudence permet d'établir que la caution avertie se reconnaît souvent à son activité professionnelle, dès lors que celle-ci lui donne la possibilité d'apprécier

⁵⁷⁴ D. FENOUILLET, *ibid.*

⁵⁷⁵ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 134, p. 144.

⁵⁷⁶ Cass. com. 15 nov. 1982, n° 81-13.405 : *Bull. civ.* IV, n° 349.

⁵⁷⁷ Cass. com. 15 nov. 1988, n° 87-11626 : *Bull. civ.* IV, n° 310 ; D. 1990, p. 3, note P. ANCEL.

⁵⁷⁸ L. HUPRELLE, La caution dirigeante, Thèse préc. n° 17, p. 37.

⁵⁷⁹ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 253, p. 96.

la portée de son engagement. Ce qui, en l'occurrence, ne serait pas le cas de la caution dirigeante profane. Ainsi, la caution est qualifiée de profane lorsqu'elle ne dispose pas de compétence particulière lui permettant de lire les informations liées à son engagement et d'en comprendre la portée réelle. On n'en veut pour preuve, un arrêt de la cour d'appel de Caen⁵⁸⁰ qui a reconnu la qualité de cautions profanes à un couple, cautions dirigeantes qui ont acquis un fonds de commerce à la suite de leur licenciement pour motif économique. Ces cautions ne disposaient d'aucune compétence en gestion d'entreprise ou même en comptabilité car l'établissement de crédit- auprès duquel elles avaient sollicité le prêt pour cette acquisition- leur avait spontanément proposé une formation en analyse financière. En effet, il est indéniable que la compétence professionnelle permet à la caution une compréhension saine du risque que doit supporter le débiteur principal garanti. A contrario, celles qui sont dépourvues de toute compétence particulière leur permettant de comprendre un tel engagement et les conséquences graves qui pourraient en découler, se verraient à n'en point douter bénéficier de la mansuétude des tribunaux. Ce critère permet ainsi d'établir une « *distinction entre les dirigeants néophytes et les dirigeants assez expérimentés qui peuvent apprécier la portée des engagements qu'ils souscrivent* »⁵⁸¹.

214. Les dirigeants de société sont le plus souvent considérés comme des personnes averties, quand ils s'engagent en qualité de caution au profit de leur société. Car, on considère que le profane est l'individu qui ne connaît pas, qui ne sait pas une chose alors même que la compétence est la qualité attribuée à tout sachant par son parcours de formation ou la qualité de celui qui a acquis un savoir-faire dans un domaine particulier. Ce critère de la compétence nous semble être celui qui permet au mieux l'appréciation ou la qualification de la caution profane. Alors, il peut être admis que ceux qui exercent une profession qui ne leur confère pas de compétence particulière dans un domaine spécifique et bien déterminé surtout en matière de financement et de garantie pourraient, à travers ce critère, se voir reconnaître la qualification de caution profane lorsque les circonstances le permettent. Néanmoins, la qualité de professionnel, voire la fonction de dirigeant, ne s'oppose pas en cette matière à la reconnaissance d'une vulnérabilité qui mérite protection. Cependant celui qui dispose d'une compétence et d'une expérience avérées en matière de garanties, de crédit, en somme dans le domaine des affaires

⁵⁸⁰ Caen, 1^{ère} ch. civ. com., 20 juin 2002, RG n° 01/00148 ; Cass. com. 23 juin 1998, *JCP E* 1998, 1831, note D. LEGEAIS. Dans cette affaire, l'établissement de crédit était spécialisé dans le financement de l'hôtellerie alors que le dirigeant était profane en la matière.

⁵⁸¹ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 102, p. 96.

en général, est naturellement avisé. C'est ce qu'illustre l'arrêt rendu le 18 janvier 2017, où la Cour de cassation a approuvé la décision rendue par les juges du fond, qui retient que « *le parcours professionnel de M. X... démontre qu'il a assumé des fonctions de responsabilité nécessitant des compétences techniques et commerciales, qu'il a suivi une formation spécifique à la reprise d'entreprise, qu'il s'est personnellement chargé de la constitution et du suivi des dossiers de financement en vue de l'opération de reprise complexe qu'il a montés ainsi que des négociations nécessaires à l'obtention des financements ; qu'en l'état de ces motifs, dont elle a déduit que M. X... était une caution avertie* ».

215. Il va de soi que toute personne ne disposant pas de ces qualités, même informée, ne sera pas en mesure de souscrire un engagement éclairé, et mieux appréhender le risque que comporte son engagement. Dans une telle hypothèse, elle pourrait être considérée comme une caution profane. La difficulté que rencontre souvent cette catégorie de cautions, c'est moins la réception de l'information que la compréhension de cette information. L'expérience et la compétence servant à comprendre l'information en permettant de déceler les risques susceptibles d'entraver l'engagement de caution, comme elle n'en possède pas ; alors elles font une mauvaise appréciation de ce à quoi elles s'engagent. Si tel n'est pas le cas, la caution est considérée comme avertie parce qu'en raison de ses compétences, elle est censée bien connaître et comprendre les engagements qu'elle prend⁵⁸². Ainsi, a-t-il été jugé que le titulaire d'un diplôme universitaire en technique de commercialisation était par ses compétences et son expérience une caution avertie. Car, « *considérant que si la société X était la première société qu'il créait et animait, M. Y. était titulaire d'un diplôme universitaire de techniques de commercialisation qui lui avait permis d'occuper des postes commerciaux dans des sociétés importantes et des emplois de directeur régional et de responsable de franchise dans deux autres entreprises ; que le projet de prêt de trente pages accompagné d'annexes chiffrées qu'il a élaboré à l'attention de la banque est un document particulièrement charpenté et argumenté qui révèle de sa part des compétences manifestes en matière de gestion d'entreprise ; que son expérience et ses compétences lui permettaient d'apprécier tant la situation de l'entreprise qu'il reprenait que ses perspectives de développement ; que la banque n'avait à l'égard de la caution avertie qu'il était ainsi aucune obligation de mise en garde sur les risques qu'il prenait* »⁵⁸³.

⁵⁸² Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 2008, n° 07-15172 et n° 07-15958, *Bull. civ. I*, n° 263, un huissier de justice, professionnel du droit a été qualifié de caution avertie.

⁵⁸³ C. A. Paris, 7 mai 2009, RG n° 07/02652.

216. À travers ces décisions, il nous apparaît que la prépondérance du critère de compétence ne fait l'ombre d'aucun doute car, les critères du défaut d'implication dans l'activité du débiteur et celui du défaut d'information de la caution posent inéluctablement la question de la compétence en matière de souscription du contrat de cautionnement.

217. Lorsqu'une caution peut démontrer qu'elle n'a ni compétence ni expérience dans le domaine des affaires, elle est qualifiée de caution profane. Il en a été ainsi du cas d'un ex-salarié qui à la suite d'une reconversion professionnelle, a fondé sa propre entreprise⁵⁸⁴. Alors « *le critère subjectif de compétence – que l'on pensait suranné – semble de retour : poussé à l'extrême, il confine ici un critère de spécialité, autrement dit de compétence cloisonnée, excessivement favorable à l'extension du droit spécial* »⁵⁸⁵. Pour que le critère de compétence s'affirme davantage, il nous semble nécessaire qu'il soit appliqué de manière très stricte afin de le circonscrire à l'objet de la matière qui en cause. En se référant à ce critère, on pourrait alors appréhender la caution profane comme celle qui n'a pas la compétence pour connaître et comprendre l'engagement qu'elle prend d'autant plus que c'est cette compétence qui lui permet d'avoir une connaissance et une compréhension raisonnable de l'engagement qui est le sien et du risque qui y est lié. Ainsi comme l'a écrit Monsieur IVAINER, « *le profane est celui qui participe à des titres divers aux utilités des techniques qu'il est présumé ignorer et qu'il est dispensé de s'approprier. Il est, par définition, inapte à vérifier à la fois la qualité des produits et des services, et la compétence de celui qui lui apparaît comme un technicien averti* »⁵⁸⁶. Dès lors, il est exigé une compétence en matière financière, mais particulièrement en matière de garantie et de crédit se rapportant à la formation, à l'expérience et au domaine d'activité de la caution. C'est pourquoi ils sont considérés de manière générale comme des cautions averties et sauf circonstances exceptionnelles, les dirigeants, les cautions de leur société.

218. À ce propos, la cour d'appel d'Angers a considéré comme caution avertie un agriculteur, caution de son épouse, débitrice principale, elle-même agricultrice⁵⁸⁷, démontrant qu'il s'agirait d'une compétence particulière permettant d'apprécier les risques de l'opération. La jurisprudence exige, ainsi, l'analyse de la compétence, de l'aptitude à comprendre le sens ou la

⁵⁸⁴ Cass. com. 11 avr. 2012, *GP.*, sept. 2012, p. 18, obs. C. ALBIGES.

⁵⁸⁵ N. PICOD, « Droit de la consommation et droit commun : le temps des interférences... », *JCP E* 2016, n°20, 1300, p. 37, note ss. Cass. 3^e civ. 4 févr. 2016, n° 14-29347 : *Juris-Data* n° 2016-001589.

⁵⁸⁶ T. IVAINER, « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », *JCP G* 1972, I, 2495, cité par C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 79, p. 87.

⁵⁸⁷ CA. Angers, 30 sept. 2008 : *Juris-Data* n° 2008-376118 ; *JCP G* 2009, IV, 1879.

portée des actes⁵⁸⁸, car le « *degré de vigilance exigible d'une partie contractante croît en proportion des compétences acquises* »⁵⁸⁹. Elle considère désormais que la fonction de dirigeant à elle seule n'est pas constitutive de la qualification de caution avertie, s'il « *n'est pas démontré que [le dirigeant] avait des compétences particulières en matière financière le qualifiant pour mesurer les enjeux et les risques de l'opération* »⁵⁹⁰. Cette position de la jurisprudence est de nature, nous semble-t-il, à restreindre le cercle des cautions profanes, lorsqu'elle exige que soit démontrée une compétence particulière en matière de financement et de crédit, à défaut, le dirigeant caution serait une caution profane. Cela nous conforte dans l'idée que la compétence particulière en matière de financement, de crédit et de garanties est le critère déterminant de la qualification de la catégorie de cautions profanes. Néanmoins, comme l'a écrit Monsieur SIMLER, « *les subtiles distinctions dans l'appréciation du caractère averti ou non des cautions ne sont pas à l'abri de la critique, en raison d'un inévitable arbitraire dans les hypothèses où l'hésitation est légitime. Elles sont aussi par elles-mêmes génératrices d'un contentieux supplémentaire* »⁵⁹¹.

219. On pourrait, dans une perspective de réduction du contentieux en ce domaine, faire peser sur les cautions intégrées dans l'activité du débiteur principal, une présomption de connaissance et de compétence et à l'inverse une présomption d'ignorance pour les autres, en prenant en compte leurs fonctions dans l'entreprise garantie ; mais surtout les compétences intrinsèques dont disposent celles-ci.

220. Le critère de la compétence nous paraît mieux adapté et correspondre à la détermination du statut de la caution profane, bien que « *les mesures protectrices prévues exclusivement pour les cautions profanes, ont, toutes pour objet de pallier non pas les carences juridiques de la caution, mais l'ignorance de la portée de son engagement* »⁵⁹². En toute hypothèse, il ne nous semble pas excessif d'affirmer que la caution profane prend un engagement particulièrement risqué eu égard à la compétence nécessaire pour la souscription d'un acte aux conséquences patrimoniales graves, dont le besoin d'encadrement est indéniable. La prise en compte de la qualité de la caution afin de mieux la protéger nous paraît souhaitable afin de ne pas décourager

⁵⁸⁸ C. MANARA, « L'abus par le consommateur de son droit », *LPA* mai 1998, p. 4

⁵⁸⁹ Cass. com. 10 mai 1994, *CCC*. 1994, comm. n° 155, note LEVENEUR.

⁵⁹⁰ Cass. com. 27 nov. 2012 : *Juris-Data* n° 2012-027936 ; *JCP G* 2013, chron. 585, n° 6, obs. Ph. SIMLER ; *RDBF.*, 2013, comm. 14, obs. D. LEGEAIS.

⁵⁹¹ Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc. n° 469, p. 491.

⁵⁹² E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 37.

les garants et préserver le recours au cautionnement. D'autant que la qualification de la caution profane permet d'assurer l'équilibre du contrat, qui s'intègre dans « *la fonction plus générale des sûretés qui est d'assurer le crédit* »⁵⁹³.

⁵⁹³ E. PALVADEAU, *ibid.*

Conclusion chapitre 2

221. La caution profane ne se laisse pas facilement appréhender au regard de la diversité de ce type de cautions, mais également, en raison de l'incertitude des critères souvent retenus par la jurisprudence. Néanmoins, il ne faut pas abandonner cette qualification et ne pas renoncer à clarifier la situation de cette catégorie de cautions dont l'engagement ayant servi de modèle aux rédacteurs du Code civil continue de se répandre fortement dans un contexte socio-économique complexe. De même, la détermination du statut de la caution profane fonctionne comme un moyen d'équilibre du rapport contractuel.

Conclusion Titre 1

222. La pratique du cautionnement est marquée par la diversité des personnes qui le souscrivent. Plusieurs catégories de cautions coexistent sans que le législateur ne l'ait prévu. La loi s'est toujours préoccupée de catégoriser les cautions selon qu'elles sont des personnes morales ou selon qu'elles sont des personnes physiques. Alors que, la jurisprudence ne se contente pas de cette distinction lorsqu'elle statue sur le contentieux relatif à la souscription ou à l'exécution du cautionnement. Elle tient compte des connaissances, des fonctions et des compétences des cautions pour leur accorder ou refuser une protection. La distinction légale ne reflète pas la réalité de la diversité des cautions. Il semble alors nécessaire de procéder à la consécration d'une nouvelle distinction relative à la qualité de la caution qui intègre la caution profane, en raison de la fonction attachée à cette qualité.

TITRE 2

LA FONCTION ATTACHÉE À LA CATÉGORIE DE LA CAUTION PROFANE

223. L'identification de la caution profane est justifiée par une asymétrie de compétences existante entre les parties à l'acte de cautionnement. Celle-ci explique la tentation d'un rééquilibrage du contrat⁵⁹⁴ en faveur de la caution profane lorsque cette dernière souscrit un engagement jugé démesuré au regard de ses capacités financières. La détermination de la qualité de caution profane par le juge fonctionne comme un moyen de rééquilibrer la relation entre la caution et le créancier (Chapitre 1) lorsque celui-ci est un professionnel du crédit, entendu que le contrat de cautionnement étant naturellement déséquilibré ; déséquilibre qui peut nuire à la caution, lorsque celle-ci est profane.

224. Mais cette recherche d'équilibre entre les parties au contrat de cautionnement⁵⁹⁵, assurée par la qualification de caution profane, ne devrait pas « *aboutir à intervertir le déséquilibre entre ces deux acteurs en surprotégeant la caution. Autrement dit, la caution ne doit bénéficier d'un régime protecteur que si elle le mérite, si elle perd le rapport de force* »⁵⁹⁶. Si tel est le cas, l'équilibre du contrat participe pertinemment à l'efficacité du cautionnement car, la qualification de caution profane s'insère dans une fonction plus générale qui est celle de faciliter l'engagement de la caution. La volonté d'équilibrer le rapport des parties est certes souhaitable, néanmoins, elle n'est pas sans conséquences sur le droit du cautionnement (Chapitre 2).

⁵⁹⁴ Ph. THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », préc., p. 54.

⁵⁹⁵ G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement. Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA, préc.

⁵⁹⁶ E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc., p.37.

CHAPITRE 1

LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

225. La préoccupation d'un contrat équilibré est devenue une question contemporaine très importante dans les rapports des parties contractantes contrairement à une époque très ancienne. En effet, pour Monsieur LIBCHABER, « *le droit français ne s'est jamais soucié de l'appréciation de la contrepartie, parce que l'idée d'équilibre du contrat n'entraîne pas dans ses préoccupations. L'explication tient au choix d'une attitude subjectiviste, qui se refuse à exiger qu'un échange soit objectivement équilibré pour chacune de ses prestations* »⁵⁹⁷. De même, les hauts magistrats ont laissé entendre que « *l'existence d'un déséquilibre entre les prestations respectives des parties ne prive pas le contrat de sa force obligatoire* »⁵⁹⁸. Il s'agit bien de la confirmation du principe de l'indifférence de la lésion en droit commun⁵⁹⁹.

226. Néanmoins, au-delà du défaut d'équivalence entre les prestations réciproques qui ne fait pas en principe l'objet de sanction, il arrive que soit mis en cause un déséquilibre d'une autre nature entre contractants de forces inégales. C'est par exemple le cas du cautionnement disproportionné ou excessif dont peut se rendre responsable le créancier professionnel à l'égard de la caution profane. Selon Monsieur ALBIGES, « *lorsque la jurisprudence statue en droit du cautionnement, un équilibre, en général délicat à obtenir, est recherché entre la protection des intérêts des cautions, directement affectés par un élément extérieur à l'engagement de celles-ci, et la préservation de l'efficacité de la sûreté, afin de préserver les intérêts des créanciers qui souhaitent pouvoir solliciter un tiers à l'engagement principal pour obtenir le recouvrement de leur créance* »⁶⁰⁰.

227. Le déséquilibre entre l'étendue de l'engagement de la caution et la consistance de son patrimoine, rendu possible à cause de l'inégalité structurelle et naturelle qui existe dans ce type

⁵⁹⁷ R. LIBCHABER, « Les mésaventures de la contrepartie », *Mélanges en l'honneur du Professeur C. L. De LEYSSAC*, éd. LexisNexis 2018, p. 318.

⁵⁹⁸ Cass. civ. 28 oct. 2003, inédit, n° 02-13580.

⁵⁹⁹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du droit civil*, préc. n° 428, p. 350.

⁶⁰⁰ C. ALBIGES, « La caducité et le contrat de cautionnement : état des lieux et perspectives », préc., p. 2 ; D. LEGEAIS, « L'imprévisible droit des garanties personnelles », préc. p. 667 où l'auteur écrit que « Le choix des règles applicables au cautionnement devient dès lors très aléatoire. Il l'est d'autant plus que les juridictions du fond plus volontiers en considération des intérêts des cautions alors que d'autres privilégient l'efficacité du cautionnement ».

de rapport (Section 1), nécessite un meilleur encadrement au profit de l'efficacité du contrat (Section 2).

SECTION 1 : LES RAISONS DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

228. En conformité avec les principes de liberté et d'égalité contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lesquels les « hommes naissent libres et égaux en droit », « *le droit des contrats a exigé la reconnaissance d'une égalité théorique et abstraite entre tous les contractants* »⁶⁰¹. Le Code civil se fonde sur la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, mais ne semble pas exiger une parfaite égalité entre contractants, condition de validité de l'échange contractuel. Il tenait pour juste le contrat⁶⁰², par le seul fait qu'il avait été négocié et conclut par des parties égales en droit⁶⁰³. Cela apparaissait comme « *l'illustration d'une conception idéale du contrat, vu comme un accord d'égaux et organisé en conséquence* »⁶⁰⁴.

229. La protection de la partie faible dans le rapport contractuel s'imposa et a amené les juges à tirer des conséquences de l'inégalité de fait⁶⁰⁵, des arguments pour restreindre la liberté contractuelle en corrigeant certains déséquilibres du contrat. De même qu'il existe « *des contrats réglementés en fonction des inégalités entre les parties, ou des caractéristiques structurelles gouvernant leurs relations* »⁶⁰⁶, certains contractants ont vu ainsi, leur liberté s'amenuiser au profit de règles qui constituent l'ordre public de protection⁶⁰⁷. Cet effort jurisprudentiel de rééquilibrage des rapports entre homme de métier et profanes⁶⁰⁸ innerve aujourd'hui tous les domaines du droit des contrats parce que l'inégalité des parties structure la vie sociale. À ce propos, Monsieur LIBCHABER explique à juste titre que « *la vie sociale actualisant constamment la lutte des forts contre les faibles, tout contrat serait fatalement marqué de cette disproportion origininaire, et refléterait jusque dans son économie propre les*

⁶⁰¹ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 3, p. 15.

⁶⁰² J.-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred FOUILLÉE », *RTD. civ.* 2007, 281.

⁶⁰³ R. LIBCHABER, « les mésaventures de la contrepartie », préc. p. 321.

⁶⁰⁴ R. LIBCHABER, *ibid.*, p. 320.

⁶⁰⁵ J.-J. BARBIERI, Vers un nouvel équilibre contractuel, préc. p. 73.

⁶⁰⁶ R. LIBCHABER, « les mésaventures de la contrepartie », préc. p. 321.

⁶⁰⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, T. 2, n° 116, cité par G. CAS, D. FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, PUF 1986, p. 2.

⁶⁰⁸ G. CAS, D. FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, *ibid.* p. 5.

inégalités qui marquaient la relation des parties. L'échange contractuel ne serait ainsi que la réplique des déséquilibres sociaux initiaux, de sorte qu'un objectif de rééquilibrage se révélerait aussi nécessaire à la prise en compte des contrats concrets qu'en amont, à celle des inégalités humaines »⁶⁰⁹.

230. L'inégalité entre les protagonistes du contrat de cautionnement, inégalité subjective⁶¹⁰ se traduisant par l'usage légitime d'une position de force de la part du créancier et aboutissant à l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse, est la source du déséquilibre entre les parties contractantes. Dès lors, « *la détection d'un déséquilibre, sa correction éventuellement, n'est envisageable qu'après qu'une inégalité entre les parties y a été détectée* »⁶¹¹. Ainsi, dans un rapport contractuel de forces inégales- découlant des compétences respectives des parties⁶¹², comme peut l'être le cautionnement, la volonté de la caution peut être abusée parce qu'elle n'a pas la capacité ni de négocier ni de refuser l'acte que son cocontractant lui a fait souscrire⁶¹³. D'ailleurs, le fait d'accepter de souscrire à un échange contractuel déséquilibré pourrait s'appréhender comme un désavantage qui lui a été imposé⁶¹⁴, se manifestant de diverses manières (§ 1), fait l'objet de sanctions (§ 2), nécessaires au rééquilibrage du contrat.

§1 : Les manifestations du déséquilibre existant entre les parties

231. Selon Madame PÉGLION-ZIKA, le déséquilibre est « *un manque de proportion ; il est synonyme de disparité ou d'inégalité. La disparité, tout comme l'inégalité, est une absence d'égalité, une disproportion* »⁶¹⁵. La relation contractuelle qui lie la caution profane au créancier professionnel de crédit est de toute évidence naturellement déséquilibrée eu égard à l'inégalité des parties contractantes et favorisées par une dissymétrie de leur d'information⁶¹⁶. Ainsi, « *La prise en compte de l'inégalité des parties assure une protection indirecte de l'équilibre contractuel et en prévient l'apparition puisqu'elle sanctionne la source* »⁶¹⁷.

⁶⁰⁹ R. LIBCHABER, « les mésaventures de la contrepartie », préc. p. 321.

⁶¹⁰ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 80, p. 86.

⁶¹¹ R. LIBCHABER, « Les mésaventures de la contrepartie », préc. p. 333.

⁶¹² O. LITTY, L'inégalité des parties et durée du contrat, études de quatre contrats d'adhésion usuels, Thèse, Paris I, LGDJ 1999, coll. Bibl. de droit privé, T. 322, n° 13, p. 17.

⁶¹³ G. LOISEAU, « Les vices du consentement », préc. p. 19.

⁶¹⁴ R. LIBCHABER, « Les mésaventures de la contrepartie », préc. p. 324.

⁶¹⁵ C.-M. PÉGLION-ZIKA, La notion de clause abusive, préf. L. LEVENEUR, éd. LGDJ 2018, n° 307, p. 209.

⁶¹⁶ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, Droit de la consommation, préc. n° 51, p. 55.

⁶¹⁷ L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, Thèse préc. n° 392, p. 269.

232. Le nouveau droit des contrats issu de la réforme du 10 février 2016 témoigne de la volonté et du souci du législateur d'organiser les réponses que la jurisprudence a pu trouver pour répondre au déséquilibre contractuel dans les rapports entre des parties de forces inégales. Dans l'hypothèse qui est la nôtre, il est important de rappeler que le cautionnement est un contrat unilatéral. *« Ainsi, la caution accepte de payer la dette du débiteur principal au profit du créancier ; il le fait, pour ce qui est de la caution profane, au nom de l'amitié ou de la fraternité. Pour elle, il s'agit d'apporter une aide hypothétique et abstraite à un proche. À titre de sûreté personnelle, le cautionnement oblige à répondre à toute défaillance du débiteur principal. Sans oublier la forme de contrat d'adhésion que revêtira à coup sûr le cautionnement. Dans cette perspective, comment concevoir une quelconque égalité entre le créancier professionnel et la caution profane qui, généralement, ne comprend pas les modalités de son engagement et comment, donc, envisager la démonstration théorique de la formation d'une telle obligation juridique par l'intervention de deux volontés individuelles »*⁶¹⁸.

Il en résulte que la supériorité informationnelle, intellectuelle et financière⁶¹⁹ du créancier professionnel empêche ou du moins dilue l'expression de la volonté réelle de la caution profane. Les deux parties n'ayant pas un égal accès aux informations sur la situation du débiteur cautionné ; quand on sait que la connaissance de la situation de celui-ci participe à l'équilibre du contrat, cette inégalité d'accès à la situation du débiteur cautionné provoque une sorte de déséquilibre des parties dans la possession de l'information capitale pour leur engagement.

233. L'acte de caution est naturellement « déséquilibré en valeur »⁶²⁰ dès sa conclusion parce qu'il n'est pas assorti au profit de celui qui le souscrit d'une contre-prestation matérielle correspondante ou équivalente à l'avantage conféré au créancier. Cela est d'autant plus vrai qu'il est aménagé dans l'intérêt du créancier, sans que la caution, lorsqu'elle est profane, puisse espérer un avantage équivalent au sacrifice qu'elle consent. D'ailleurs, elle n'agit pas dans son intérêt propre, donc n'attend rien en retour si ce n'est pour rendre service à un proche, c'est-à-dire de la gratitude. La caution profane est partie à un contrat structurellement déséquilibré, dans lequel il s'appauvrit sans contrepartie ou pour une contrepartie dérisoire au regard de sa propre prestation. Ainsi, ce qui crée le déséquilibre dans ce rapport contractuel, c'est la volonté

⁶¹⁸ A. BÉLANGER, G. TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement, *Les cahiers de droit*, vol. 47, n° 3, sept. 2006, p. 434.

⁶¹⁹ A. BÉLANGER, G. TABI TABI, *ibid*, p. 434.

⁶²⁰ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, préc. n° 24, p. 51.

de rendre gracieusement service, voire l'intention libérale au profit d'un tiers, qui explique le déséquilibre entre les prestations contractuelles.

234. Le défaut d'équilibre constatable dans le rapport contractuel entre une caution profane et un professionnel du crédit est matérialisé par l'accès à l'information d'une part et à la formation du contrat de cautionnement lui-même, d'autre part.

A- Le déséquilibre quant à l'accès à l'information

235. Le rapport entre les parties au contrat de cautionnement est souvent caractérisé par un déséquilibre dans l'accès à l'information, surtout, lorsque la caution est profane et le créancier professionnel du crédit. En effet, dans cette hypothèse, les deux parties n'ont pas les mêmes possibilités ou les mêmes moyens d'accéder ou de connaître l'information car il y'a une inégalité d'accès des deux parties à l'information. À ce propos, Monsieur THÉRY a pu écrire que, « *Tout créancier, et plus encore le créancier professionnel qui dispose du temps et des moyens, fera flèche de tout bois pour se garantir. Quitte parfois à se raccrocher à un fêtu de paille, mais pour qui a constamment en tête le risque de naufrage, tout est bon* »⁶²¹. On comprend par-là que le créancier quel qu'il soit dispose d'informations aussi bien sur le débiteur cautionné que sur la caution susceptibles de l'éclairer sur tous les aspects du contrat et même, sur la situation du débiteur, alors que la caution, elle, en est très souvent dépourvue. Dans un tel contexte, il est nécessaire de faire en sorte que le créancier doté « *d'une puissance informationnelle* »⁶²² ne profite de la faiblesse de la caution profane dont l'engagement en toute transparence renforce l'équilibre du contrat. Car, « *Le manque d'information pour l'une des parties constitue une source de déséquilibre contractuel dans la mesure où cette partie ne pourra contracter en toute connaissance de cause* »⁶²³.

236. La jurisprudence retient la responsabilité du créancier professionnel de crédit fondée sur la disproportion existant entre l'engagement contracté par la caution et ses ressources, qui est une inadéquation entre le montant de son engagement et ses capacités de remboursement. Le déséquilibre dont il s'agit ici, et qui peut être source de responsabilité imputable au créancier, concerne plutôt l'accès à l'information quant aux conséquences de l'engagement de la caution, mais également au succès de l'opération financée et cautionnée, voire la viabilité du projet pour

⁶²¹ Ph. TÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », préc. p. 53.

⁶²² J-P. CHAZAL, « De la puissance en droit des obligations », n° 542 et s. p. 414 et s.

⁶²³ L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, préc. n° 391, p. 266.

lequel la caution accepte de donner sa garantie. Projet pour lequel, le créancier et la caution, en raison des qualités qui sont les leurs, ne sont pas égaux au regard de l'information sur le contenu du contrat ; ce qui justifie l'exigence d'une obligation d'information à la charge du créancier. En effet, la protection de la caution passe par un partage d'informations avec le créancier professionnel du crédit, ou en cas de risque plus grave, par une mise en garde. Cette obligation est susceptible de peser sur le créancier lorsque la caution a la qualité de profane puisque les deux protagonistes n'ont pas un accès égal à l'information sur la situation du débiteur garanti. Le déséquilibre dans ce cas, correspond à « *un besoin, un manque de connaissances, autrement dit une faiblesse* »⁶²⁴, car la dangerosité et le déséquilibre du cautionnement proviennent souvent d'une asymétrie d'informations entre le créancier professionnel dispensateur de crédit et la caution profane.

237. Le créancier professionnel du crédit qui accepte de faire confiance au débiteur dispose de tous les moyens pour connaître l'état des comptes, sinon la capacité financière de l'entreprise débitrice et sa capacité de remboursement en fonctions desquelles, elle lui accorde le crédit nécessaire à son développement ou à son implantation. Elle est parfois, dans certaines hypothèses, impliquée dans le projet et à ce titre, conseille souvent l'entreprise débitrice. Ainsi, dispose-t-elle d'un avantage considérable sur la caution quant à la situation financière et économique du débiteur et de ses perspectives de croissance ; avantage qui se traduit par une situation de déséquilibre faussant le jeu d'appréciation de l'opportunité de l'engagement des parties. Il est évident que la caution profane ne peut pas, par elle-même, accéder aux informations concernant la situation du débiteur ou même de l'opération pour laquelle elle est sollicitée à donner sa garantie. Le débiteur, qui sollicite en général l'engagement de la caution, ne révèle pas toujours tous les contours de l'obligation, surtout les risques qu'elle peut comporter pour la caution au risque de la voir refuser de s'engager. Alors il apparaît tout à fait indiquer que celui qui a intérêt à la garantie, c'est-à-dire le créancier soit tenu d'en informer la caution, ou en cas de gravité de la mettre en garde en attirant son attention sur les dangers auxquels elle s'expose.

238. En cas de partage d'informations, la protection de la caution ne s'impose pas dès l'instant où celle-ci, étant bien informée et se rendant compte de sa vulnérabilité et du manque de viabilité du projet, l'accepte en connaissance de cause ; alors le dispensateur de crédit ne peut se voir reprocher le fait de ne l'avoir pas dissuadé. Mais en ce qui concerne la caution

⁶²⁴ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 78, p. 86.

profane, il n'est pas exagéré de dire que celle-ci se trouve dans une position informationnelle vulnérable⁶²⁵ en raison du caractère accessoire de son engagement ; ce qui justifie que la jurisprudence maintenant la loi⁶²⁶ par sa généralisation impose au créancier une obligation d'informer la caution à différents stades du contrat.

239. La généralisation de l'obligation d'information précontractuelle prévue par le nouvel article 1112-1 du Code civil, appliqué en matière de cautionnement, renforce l'idée d'une « *bilatéralisation du contrat* »⁶²⁷ et constitue un moyen de rééquilibrage du contrat au profit des cautions⁶²⁸. Cette information devrait porter, nous l'espérons sur tous les faits importants dont le créancier a connaissance et qui sont susceptibles d'éclairer la caution sur la prise de risque que constitue son engagement. L'inégalité des parties des contractantes, qui fonde l'exigence d'une obligation d'information à la charge du créancier professionnel du crédit par exemple, est une réponse à la faiblesse de la caution profane dans le rapport contractuel.

1- Déséquilibre lié à la faiblesse de la caution

240. La prise en compte de la faiblesse de l'une des parties au contrat pour remédier aux déséquilibres contractuels est admise aujourd'hui sans difficulté parce que l'idée d'une protection en destination de la partie faible est entrée dans l'esprit du droit⁶²⁹. La faiblesse qui caractérise l'état de la caution profane est celle qui concerne principalement ses capacités intellectuelles. Ainsi, s'agit-il d'une personne ignorante, incompetente, inférieure, impuissante et inexpérimentée parce que ne possédant pas les connaissances requises pour apprécier totalement le contrat et les conséquences de celui-ci.

241. La caution profane dans son rapport avec le créancier professionnel est dans une situation de faiblesse qui explique les déséquilibres qu'il peut y avoir dans le contrat et cette faiblesse résulte aussi bien de sa carence personnelle que de sa position par rapport au contrat principal, pour lequel son engagement est sollicité. En effet, c'est parce qu'elle s'engage à garantir une obligation qui n'est pas la sienne et dont elle n'en a pas une saine connaissance qu'elle mérite d'être protégée en tant que personne vulnérable susceptible de se laisser abuser

⁶²⁵ A. PARENT et E. MACKAAY, préc. p. 32.

⁶²⁶ V. ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, notamment l'art. 1112-1 du C. civ.

⁶²⁷ M. SÉJEAN, La bilatéralisation du contrat de cautionnement, préc.

⁶²⁸ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc, n° 162, p. 95.

⁶²⁹ H. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Paris, 2^e éd. Pedone 1904, p. 7 et 16, cité par C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc., n° 9, p. 22.

par des clauses de renonciation des mesures protectrices. Sa faiblesse étant liée à son ignorance et à son incompetence, il va s'en dire que dans le cadre d'un contrat d'adhésion comme l'est souvent le cautionnement, le créancier ayant une position contractuellement dominante, pourrait en profiter pour lui faire souscrire un contrat déséquilibré, excessif au regard de sa situation personnelle. Selon Monsieur MOULY, « *aujourd'hui, sur le terrain favorable de la liberté contractuelle, les créanciers ont construit un cautionnement rigoureux et dangereux pour la caution, fort différent de celui proposé par le Code civil* »⁶³⁰. C'est pourquoi le législateur et le juge utilisent des moyens tels que le formalisme, l'information et la proportionnalité pour tenter d'équilibrer les rapports entre certaines cautions et leurs créanciers. En éclairant suffisamment la caution profane sur les conséquences de son acte, on s'assure qu'elle a bien compris ce à quoi elle s'engage, et qu'elle dispose des moyens pour y faire face. Par de telles attitudes, on parvient à un équilibre du contrat pour le bonheur de toutes les parties.

242. S'il semble indéniable que de telles techniques juridiques sont de nature à éclairer le consentement de la caution profane, elles participent aussi à la sécurité du créancier. Car une caution bien informée et qui s'engage en connaissance de cause est une sécurité idéale pour le créancier, une efficacité de la garantie recherchée par celui-ci. Elles s'analysent comme un mode, mode préventif des déséquilibres qui passe par la réduction du déséquilibre contractuel, en « *luttant contre l'abus contractuel ou en reconnaissant des droits à la partie faible* »⁶³¹, en l'espèce la caution profane. L'équilibre du contrat passe par un nivellement des forces, ce qui n'est pas le cas lorsque « *la supériorité technique, intellectuelle et économique* »⁶³² du créancier professionnel de crédit empêche toute discussion loyale et crée une situation d'exploitation de la situation de faiblesse de la caution profane. La caution profane ignorant les subtilités de l'acte, ne comprenant pas le sens des clauses contenues dans l'acte ou le plus souvent ne les lisant même pas lorsqu'elle n'a pas un accès difficile à la lecture ; elle ne peut que s'engager dans un contrat inégalitaire entraînant un déséquilibre entre l'étendue de son engagement et la consistance de ses revenus et de son patrimoine.

243. L'équilibre contractuel est consécutif à l'égalité des parties lors de la formation du contrat, c'est-à-dire lorsqu'un contrat paraît équilibré, c'est souvent le fruit de parties contractantes avisées, ayant discuté sur un pied de stricte égalité parce que chacune possède

⁶³⁰ C. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, préc, n° 8, p. 19.

⁶³¹ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 10, p. 23 et 24.

⁶³² C. BOURRIER, *ibid.*

une compétence ou une certaine connaissance de ce qui constitue la substance du contrat du contrat. Cette situation idéale est la traduction d'accords entre contractants réputés aguerris, les uns n'étant pas moins faibles que les autres ; et cela amenuise le risque d'être abusé par son cocontractant.

244. Par ailleurs le déséquilibre qui se manifeste entre les parties est également dû au fait que dans cette relation contractuelle, la caution est soumise au créancier par son engagement au profit d'un tiers selon les termes de l'article 2288 du Code civil qui dispose que, « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation... ».

2- La soumission de la caution profane à la volonté créancier

245. Le contractant étant considéré comme la loi des parties, les parties peuvent prévoir toutes causes susceptibles de limiter, de différer ou d'éteindre leur obligation principale. Ainsi, est-il possible en principe pour la caution de prévoir expressément des clauses liées à des événements de nature, soit à éteindre son obligation de garantie⁶³³, soit à la libérer de son engagement. Il s'agit des « clauses dites de caducité »⁶³⁴ dont la survenance est susceptible de remettre en cause l'engagement de la caution. Selon Monsieur ALBIGES, « *lorsqu'une caution souhaite que le contrat de cautionnement conclu s'éteigne en raison d'un terme extinctif déterminé, il lui appartient de prévoir, dans l'acte convenu, la cessation automatique de son engagement. Le respect d'un certain formalisme lors de la rédaction de telles clauses s'impose aux parties afin de garantir une pleine efficacité de la stipulation et d'éviter toute équivoque. À ce titre, les mobiles, présents lors de la conclusion du contrat, doivent être expressément stipulés. De plus, la conclusion de ce dernier étant liée à des circonstances particulières, la caution doit précisément mentionner que toute modification de celles-ci aura pour incidence de la libérer de tout engagement* »⁶³⁵. Si de telles hypothèses sont envisageables et se présentent comme des moyens de libération de la caution de son engagement, nous craignons qu'elles ne puissent profiter à toutes les cautions. En effet, la caution profane plus que toute autre est soumise au créancier, du moins à la volonté de celui, même si, on est très loin de l'époque de la caution otage⁶³⁶, la position du créancier professionnel dans le rapport contractuel est largement dominante. La crainte de faire perdre au débiteur soit un prêt ou un financement quelconque,

⁶³³ Voir la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement, C. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, préc.

⁶³⁴C. ALBIGES, « La caducité et le contrat de cautionnement : états des lieux et perspectives », préc. n° 6, p. 2.

⁶³⁵ C. ALBIGES, *ibid.*, n° 7, p. 3.

⁶³⁶ C. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, préc. n° 1, p. 3.

l'empêche de recourir à de telles clauses et au risque de faire planer des doutes sur sa capacité à garantir le débiteur et à inspirer confiance au créancier. La caution, lorsqu'elle est profane, elle subit le contrat plus qu'elle n'agit. Elle est dans une situation passive et attentiste qui caractérise sa soumission au créancier professionnel, lequel lui dicte ses attentes et les modalités de son engagement sans qu'elle ne puisse en discuter.

246. La soumission est très renforcée à tel point que la disparition des raisons de l'engagement de la caution n'est pas de nature à remettre en cause son obligation. En effet, la qualité de dirigeant, d'associé, de conjoint, de parent ou d'ami, constitue un élément déterminant qui rend légitime l'engagement d'une personne à garantir la dette d'un tiers. La haute juridiction⁶³⁷ a toujours considéré que la disparition de telles circonstances n'entravait pas l'action du créancier contre la caution. Sont souvent invoquées à juste titre la sécurité et l'efficacité de la garantie pour justifier le maintien de l'obligation de la caution à l'égard du créancier. Ainsi, se soumettre à son cocontractant, c'est accepter ses injonctions, satisfaire ces *désirata* ; en somme, c'est, s'engager à accomplir sa volonté en privilégiant ses intérêts au détriment des siens.

247. L'image que renvoie le contrat de cautionnement, traduit l'absence d'une pleine liberté ou une relative liberté dans la formation du contrat où une partie se le voit imposer. L'article 2288 précité appréhende la caution comme la personne qui se soumet au créancier en vue de satisfaire l'obligation contractée par elle. Ce texte qui définit davantage la caution que le cautionnement l'appréhende dans un rapport de soumission vis-à-vis du créancier qui semble nier l'aspect contractuel du cautionnement. Dans cette hypothèse, la volonté de la caution semble moins s'exprimer que dans n'importe quel acte contractuel.

B- Le déséquilibre quant à la formation du contrat

248. Par attachement au principe dogmatique⁶³⁸ de l'autonomie de la volonté, on suppose que le contrat est équilibré par le seul fait qu'il a été accepté, selon la volonté des parties. Mais, dans le souci d'imposer un minimum de justice contractuelle⁶³⁹, ce principe admet certains aménagements fondés sur l'idée qu'une partie est souvent en état de faiblesse, et de ce fait est

⁶³⁷ Pour la qualité de dirigeant : Cass. com. 17 juill. 1978, n° 76-15391, *Bull. civ. IV*, n° 200 ; Cass. com. 3 nov. 1988, n° 86-10497, *Rev. Soc.* 1989, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. com. 14 oct. 2008, n° 07-16.947, *JCP*2008, I, 211, n° 5 obs. Ph. SIMLER ; pour la qualité d'associé : Cass. com. 15 oct. 2002, n° 93-20.262, *RJDA* 2003, n° 142 ; pour le conjoint : Cass. com. 13 janv. 1981, n° 79-11339, *Bull. civ. IV*, n° 32.

⁶³⁸ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., LGDJ, 2016, n° 183, p. 146.

⁶³⁹ A. BÉNABENT, *Droit des obligations* *ibid.*

souvent contrainte à accepter un contrat trop déséquilibré. Dès lors, « *longtemps perçu comme le fruit d'un compromis qu'avaient su façonner deux volontés d'antagonismes, libres et égales, le contrat est progressivement devenu le lieu d'un nécessaire équilibre* »⁶⁴⁰. Ainsi, lorsque certaines clauses sont de fait imposées par la partie forte et qui sont susceptibles de créer un déséquilibre important dans le contrat, l'intervention judiciaire devient nécessaire pour restaurer un certain équilibre et faciliter l'exécution des obligations.

249. Le cautionnement n'est pas à l'abri d'une telle intervention judiciaire lorsque les parties à cet acte ne discutent pas à armes égales, d'une part, et que l'engagement de la caution est considéré comme excessif⁶⁴¹, d'autre part. En effet, la conclusion du contrat de cautionnement met en rapport deux parties contractantes de forces inégales dont le contenu est souvent la matérialisation de l'expression de la prééminence d'une seule volonté⁶⁴² : celle du dispensateur de crédit. Cette prééminence d'une seule volonté n'est pas, nous semble-t-il, de nature à respecter et à assurer l'équilibre du contrat. Parce que, la formation d'un contrat comme le cautionnement requiert à n'en point douter des qualités intrinsèques, des informations et une compétence dont il nous semble que la caution profane en dispose rarement⁶⁴³. C'est pour cette raison que dans ce cas particulier, l'exigence de proportionnalité apparaît comme un instrument au service de l'équilibre contractuel⁶⁴⁴, un moyen d'équilibrer l'engagement de la caution en rapport avec ses ressources. C'est également un moyen de lutter contre le comportement excessif de la partie forte quand on sait que lorsque la caution est profane, elle n'est pas à l'abri d'engagements excessifs de nature à compromettre l'efficacité du cautionnement, à empêcher son exécution raisonnable.

250. L'adoption de la qualité de profane dans le droit du cautionnement permet de recourir à la proportionnalité afin de restaurer un certain équilibre dans les prestations en raison du contrat, mais plus particulièrement un réajustement de l'engagement en faveur du garant victime de la démesure ou d'une garantie considérée comme excessive. S'il est vrai que l'introduction de la

⁶⁴⁰ *RTD. civ. préc.* p. 100, obs. J. MESTRE.

⁶⁴¹ Le principe de la proportionnalité introduite en droit du cautionnement, notamment par le Code de la consommation participe de cette volonté du législateur d'apporter un certain équilibre dans les rapports entre le créancier professionnel du crédit et la caution jugée faible et vulnérable.

⁶⁴² C. JAMIN, « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », *Études offertes à Jacques GHESTIN*, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ 2001, p. 450.

⁶⁴³ D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *préc.*

⁶⁴⁴ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, éd. 2000, p. 6.

proportionnalité profite à la partie faible, il n'en demeure pas moins qu'elle participe à juguler le déséquilibre qui met en péril la pérennité de la relation contractuelle⁶⁴⁵.

251. La libre expression de la volonté des parties lors des négociations est censée jouer un rôle éminent dans le rééquilibrage des intérêts en présence. Cette affirmation ne semble pas être le cas lorsqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion, qui, selon l'article 1110 du Code civil, est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées d'avance par l'une des parties. Il s'agit d'un contrat qui, selon les propos de Monsieur FAVARIO, « *est théoriquement conclu entre deux personnes juridiquement capables et responsables, même si l'analyse de la puissance économique de chacune nuance sérieusement le propos* »⁶⁴⁶.

252. La formation du contrat de cautionnement mettant en rapport un créancier professionnel, expérimenté et une caution profane qui en pratique épouse la forme d'un contrat d'adhésion n'est pas le lieu d'expression et de rencontre de volontés libres, donc de rapport équilibré. En ce sens que « *la justice ne procède pas naturellement du contrat, car les contractants ne sont ni libres ni égaux : leur égalité nominale dissimule leur inégalité réelle. Il arrive souvent que les obligations ne soient pas librement consenties, mais imposées par le plus fort au plus faible* »⁶⁴⁷.

253. Au regard des déséquilibres que recèle la souscription d'un contrat de cautionnement par une personne profane au profit d'un créancier professionnel de crédit, la théorie générale du contrat ne permet pas d'expliquer de façon satisfaisante que la formation du contrat dans cette hypothèse est le fruit de l'expression de deux volontés libres et égales. Le Code civil ne semble pas fournir les moyens de réduction du déséquilibre pouvant exister entre l'engagement de la caution et les ressources dont elle dispose car, il ne vise expressément le déséquilibre que dans trois hypothèses : les actes conclus par un incapable⁶⁴⁸, la vente d'immeuble consentie pour un prix inférieur aux 7/12 de la valeur réelle⁶⁴⁹ et enfin le partage dans lequel une partie reçoit moins de trois quarts de sa part normale. C'est plutôt dans le droit spécial de la consommation

⁶⁴⁵ S. LE GAC-PECH, *ibid.*, p. 6.

⁶⁴⁶ T. FAVARIO, « Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », *RDBF.*, mai-juin 2010, p. 22.

⁶⁴⁷ V. RANOUIL, « L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept », PUF, 1980, p. 133.

⁶⁴⁸ V. art. 1149, al. 1^{er} du C. civil : « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion... »

⁶⁴⁹ V. l'art. 1674 du Code civil : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value ».

qu'on peut rechercher la trace d'une solution. En effet, les articles L. 314-18 et L. 332-1 issues de la loi du 1^{er} août 2003...en général, la recherche d'équilibre dans la relation unissant la caution profane au créancier professionnel de crédit consiste à gommer les clauses contractuelles excessives qui font supporter unilatéralement à la caution une charge trop lourde et inadaptée à l'objet et au contenu du contrat. Elle devrait permettre une adéquation entre l'engagement pris par la caution profane, c'est-à-dire la souscription de la garantie et les ressources dont elle dispose pour son exécution. Mais si telle n'est pas souvent le cas, c'est justement en raison de la disparité des forces économiques (1) qui s'expriment lors de la rencontre des volontés, à travers l'inégalité des moyens (2).

1- La disparité des forces économiques

254. La souscription d'un cautionnement est un acte économique majeur qui intéresse des protagonistes dont les forces économiques ne sont pas toujours les mêmes. En effet, par le fait qu'il constitue un instrument de crédit, il facilite le développement du crédit et par là même s'impose comme un instrument économique de premier plan. En général, dans l'hypothèse qui concerne notre sujet, le créancier est le rédacteur de l'acte de cautionnement auquel la caution profane adhère sans discussion. Ainsi, « *l'inégalité des partenaires, plus particulièrement leur différence de puissance économique, est source de déséquilibre contractuel et aboutit à des situations choquantes tant sur le plan moral que juridique. C'est pourquoi le droit positif essaie de dépasser la vision archaïque de contractants libres, égaux et souverains dans leurs discussions contractuelles* »⁶⁵⁰. En raison de ce contexte et loin de tout libéralisme, ce n'est pas excessif que de vouloir protéger la caution malgré elle, voire contre elle-même⁶⁵¹.

255. L'absence de négociations et de discussion du cautionnement⁶⁵² qui d'ailleurs ne convient pas à ce type de contrat se caractérise par la disparité de forces économiques entre les contractants : le créancier étant plus fort économiquement et techniquement⁶⁵³, cette position avantageuse lui permettant d'imposer toute clause qu'il souhaite à la caution. Justement, cette disparité de forces économiques évidentes amplifie nécessairement le déséquilibre structurel lors de la formation du contrat de cautionnement. Assurément, il peut arriver que le créancier en tire profit pour contraindre la caution à s'engager dans des conditions sans commune mesure

⁶⁵⁰ L. POUDRIER-LEBEL, « La libération de la caution par la faute du créancier », préc. p. 943.

⁶⁵¹ A. PRŮM, « Protéger les cautions contre elles-mêmes », *RDBF*. 2003, p. 263 et s. ; D. ROMAN, « À corps défendant : La protection de l'individu contre lui-même », préc. chron. p. 1284.

⁶⁵² C. MOULY, « Abus de caution », préc. p. 25.

⁶⁵³ C. MOULY, *ibid.*

avec sa situation financière et économique, afin de mieux se garantir. La caution profane dans une telle hypothèse, appose sa signature par nécessité et, sous l'empire d'un abus de force économique, se voit contraindre de le faire pour éviter au débiteur principal, la perte d'une opportunité.

256. En revanche, la situation de la caution professionnelle est différente car, c'est elle, qui est à l'initiative de la rédaction de l'acte de cautionnement et, qui à l'occasion pourrait avoir la même attitude que le créancier professionnel de crédit. Par ailleurs, malgré cette disparité qui existe entre les parties contractantes, la loyauté et la bonne foi doivent présider et gouverner l'environnement contractuel de sorte à ne pas profiter de sa situation de puissance et de domination économique pour exploiter une partie faible. Dès lors la bonne foi devient un instrument d'équilibre contractuel en faveur du contractant en position de faiblesse⁶⁵⁴. Ainsi, conformément au Code civil, on peut considérer que si le montant de l'engagement de la caution est supérieur à celui de la dette garantie, il y'a manifestement un avantage excessif, donc abus de la part du créancier. On pourrait nous rétorquer que ce dépassement a pour but de prévenir les intérêts moratoires, légaux et les frais de justice et de recouvrement de la créance. Alors, il ne serait pas juste de dire que la caution s'engage à payer la dette du débiteur puisqu'au moment de son engagement, ce montant n'est pas celui dont il devra s'acquitter au moment des poursuites.

257. Toutes les mesures visant à assurer la protection de la caution profane ont le mérite de poser de manière claire et précise l'absence d'égalité des parties lors de la formation du contrat. C'est moins une question d'incapacité que de force économique, car, comme le dit si bien Monsieur BARBIÉRI, « *le fait de ne pas être un incapable majeur et de ne plus être un mineur ne garantit pas nécessairement un échange à parts égales* »⁶⁵⁵.

258. Le cautionnement est devenu le lieu d'expression de forces économiques puissantes qui par son entremise exprime leur puissance au détriment des garants, et cela en raison du fait que le contrat tire son fondement de l'autonomie de la volonté et de l'égalité des parties contractantes, postulat du droit civil qui avait « *des difficultés à appréhender le déséquilibre contractuel* »⁶⁵⁶. Pour y remédier, il est nécessaire de concevoir un moyen en vue de rééquilibrer

⁶⁵⁴ J.-F. BARBIÉRI, Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, préc. p. 67.

⁶⁵⁵ J.-F. BARBIÉRI, Vers un nouvel équilibre contractuel ?, préc. p. 268.

⁶⁵⁶ D. BAZIN-BEUST, Droit de la consommation, 3^e éd. Gualino 2018-2019, p. 19.

les rapports de force. Ce, d'autant plus que les cautions profanes, contractants faibles, vulnérables et démunis face à des professionnels, qui peuvent être souvent déloyaux, « *se trouvent dans une situation où elles ne contractent pas à armes égales, où le créancier lorsqu'il est professionnel a une mainmise sur le contrat et où les relations sont structurellement déséquilibrées* »⁶⁵⁷.

259. Le cautionnement dans le contexte de notre sujet, met en relation deux contractants dont l'un, le créancier est soit un professionnel et le rédacteur de l'acte, soit une personne avisée et l'autre, la caution profane, dont l'acte et son contenu lui sont inconnus. Dans cette hypothèse, le caractère habituel de la rédaction de l'acte de cautionnement fait du créancier un spécialiste, un « sachant » ayant la connaissance et la maîtrise du contrat qu'il propose. On n'attend alors rien de lui, de la diligence et de la loyauté à l'égard de son contractant, consistant à l'éclairer suffisamment sur les contours de son engagement. Cette exigence de transparence au profit de la caution profane tranche avec la situation d'une caution non profane, contractant présumé averti, compétent, motivé et rompu aux affaires. Elle trouve donc sa source dans le déséquilibre des connaissances entre les contractants et consiste à compenser l'inégalité de compétence des protagonistes du contrat qui renseigne de fort belle manière sur l'inégalité des moyens de contracter.

2- L'inégalité des moyens de contracter

260. La caution profane est celle des cautions qui ne dispose pas des moyens intellectuels et techniques pour une saine appréciation de son engagement de caution. Cette faiblesse dans l'appréciation de son engagement est accentuée dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs : l'exercice de la puissance économique du professionnel lui permettant d'imposer au consommateur dans un acte établi unilatéralement par lui et soumis à l'adhésion du consommateur, « *toute une série de dispositions souvent complexes et orientées vers le seul intérêt du rédacteur : le consommateur, qui souvent n'en mesure pas la portée, n'a pas de réel pouvoir de négociation* »⁶⁵⁸. Mais, ce qui caractérise ce type de rapport, c'est plutôt le déséquilibre des moyens permettant aux deux parties de mieux apprécier et prévoir leurs engagements respectifs.

⁶⁵⁷ D. BAZIN-BEUST, *ibid.*, p. 20.

⁶⁵⁸ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd. LGDJ, 2016, n° 191, p. 154.

261. Pour pouvoir parvenir à un équilibre dans cette hypothèse, il est nécessaire de procéder à la catégorisation des contractants, qui consiste en réalité à considérer les déséquilibres (techniques, intellectuels, financiers...) qui existent entre les parties. Le déséquilibre qui penche au profit du professionnel de crédit est un indice sérieux dans la détermination de la qualité du contractant qui le subit. Cette méthode nous impose à chercher à savoir si le contractant est un spécialiste ou s'il ne l'est pas, ce qui se résume à l'examen de son état d'ignorance. Face à un contrat déséquilibré, il n'est pas inutile de se demander si le contractant est un spécialiste ou un profane. Mais nous pensons qu'on pourrait présumer de la qualité de profane d'un contractant lorsque l'acte contractuel est manifestement déséquilibré à son égard.

262. Dans le cas du cautionnement, la caution serait présumée profane lorsqu'elle aurait accepté un engagement de caution manifestement déséquilibré au regard des moyens intellectuels, techniques et financiers dont elle dispose. Cette présomption pourrait être renversée ; à charge pour le créancier de démontrer que la caution au moment de son engagement disposait de tous moyens lui permettant de comprendre l'acte contractuel signé et que c'est en connaissance de cause qu'elle a pu souscrire un tel contrat. Une telle analyse semble difficile à faire, car l'article 1171 du Code civil dispose à juste titre que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Ce texte interdit toute clause du contrat qui introduit un déséquilibre dans les relations des parties dans le contexte d'un contrat d'adhésion. Vu que le rapport contractuel unissant le créancier à la caution profane n'échappe pas à la qualification de contrat d'adhésion, c'est tout aisément qu'il se verra appliquer cette disposition. Cette disposition à n'en point douter devrait bénéficier à la caution profane et par là même attirer l'attention du créancier lorsqu'il fait souscrire un cautionnement. En effet, s'il veut pouvoir bénéficier de la garantie, il devrait faire preuve de vigilance de sorte à ne pas créer une distorsion entre la dette ou l'obligation garantie et l'engagement de la caution. Cependant à y réfléchir, on se demande si cette disposition pourrait recevoir une application en matière de sûretés, notamment en ce qui concerne le cautionnement. Car, la clause qui crée ou qui est susceptible de créer un déséquilibre significatif, pour qu'elle puisse être réputée non écrite, elle ne doit porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Ainsi, on n'est en droit de se demander quelle serait en matière de cautionnement, la clause qui pourrait créer un déséquilibre susceptible d'être sanctionné.

§2 : L'appréciation du déséquilibre susceptible de sanction

263. Il existe en droit français comme dans de nombreux systèmes juridiques, des tendances législatives et jurisprudentielles visant à protéger un contractant contre les abus qui pourraient être commis par l'autre partie au contrat, notamment lorsque celle-ci est professionnelle par une sorte de protectionnisme contractuel⁶⁵⁹. L'instauration d'un équilibre contractuel s'insère dans une exigence plus générale, se traduisant par la recherche d'une « éthique contractuelle », impose une sorte d'équité dans les prestations des parties contractantes. Elle répond à une aspiration du droit des contrats pour une règle d'équilibre entre les prestations, les droits et obligations des parties⁶⁶⁰ car le « *contrat serait un instrument d'équilibre des patrimoines* »⁶⁶¹. En tenant compte de la source du déséquilibre, qui est l'inégalité des parties à un échange contractuel, c'est le refus de tout déséquilibre en s'assurant en amont que la relation des parties ne se noue pas dans un contexte perçu comme inégalitaire⁶⁶². On peut clairement affirmer que la lutte contre le déséquilibre contractuel fait partie des objectifs du législateur⁶⁶³.

264. Le cautionnement qui, lorsqu'il est souscrit au profit d'un établissement de crédit, prend la forme d'un contrat d'adhésion au regard de l'article 1110 nouveau du Code civil. Si l'inégalité est le tissu de la matière, il faut bien reconnaître que dans le droit actuel, elle connaît un aménagement par une sorte de rééquilibrage du contrat de cautionnement à l'initiative souvent des juridictions. En effet, il est constant que la satisfaction recherchée par l'une des parties ne devrait pas entraîner l'appauvrissement corrélatif de l'autre. Dès lors, apporter des correctifs au déséquilibre du contrat permet de parvenir à un réajustement des prestations puisque la disproportion des prestations créée soit une impossibilité d'exécution soit met en péril la viabilité du lien contractuel⁶⁶⁴. L'efficacité du cautionnement passe par l'encadrement du déséquilibre pouvant exister entre « *la simplicité de la souscription (...) et la rigueur d'exécution (...)* »⁶⁶⁵ de la garantie. Le déséquilibre à réduire ou bien le déséquilibre à prendre en considération est celui qui crée une grave distorsion entre l'étendue de l'engagement de la

⁶⁵⁹ C. LARROUMET, S. GROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica 8^e éd., 2016, T. 3, n° 432, p. 415.

⁶⁶⁰ Y. PICOD, *proportionnalité et cautionnement*, préc. p. 844.

⁶⁶¹ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, préc. n° 74, p. 87.

⁶⁶² R. LIBCAHABER, « *Les mésaventures de la contrepartie* », préc. p. 324.

⁶⁶³ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc. n° 428, p. 350.

⁶⁶⁴ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préc. p. 5, note 1.

⁶⁶⁵ O. CUPERLIER ; A. GORNY, cités par M. ZIO, préc. n° 502, p. 293.

caution et ses revenus et patrimoine (A), nécessitant un seuil à partir duquel le déséquilibre devient intolérable (B).

A- La nature du déséquilibre

265. Le déséquilibre est susceptible d'apparaître dans les relations contractuelles qui réalisent un échange économique entre les parties. Néanmoins, l'article 1168 du Code civil dispose que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Cette disposition qui rejette toute sanction du défaut d'équivalence économique⁶⁶⁶, c'est-à-dire un déséquilibre portant sur la valeur des prestations, énonce une limite au contrôle de l'équilibre contractuel. En effet, les contrats dans lesquels les parties contractantes s'obligent de manière réciproque les unes à l'égard des autres⁶⁶⁷, sauf exceptions légales, ne peuvent faire l'objet d'annulation pour défaut d'équivalence des prestations.

266. Bien que le défaut d'équivalence entre les prestations réciproques constitue un déséquilibre, il demeure un type particulier de déséquilibre contractuel qui n'est pas susceptible de sanction dans les contrats synallagmatiques. Aussi, l'équilibre contractuel ne signifierait-il pas à cet égard une équivalence économique des prestations. Dès lors, le déséquilibre ne peut exister que dans les contrats commutatifs dans lesquels « chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ». À cet égard, les contrats unilatéraux dans lesquels une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci⁶⁶⁸ ne semblent pas être concernés par un quelconque déséquilibre. De même il serait exclu dans les contrats à titre gratuit, toute idée d'équilibre puisqu'ils sont par nature déséquilibrés, l'un des contractants étant obligés envers son contractant sans que celui-ci doive lui fournir une contrepartie. Le cautionnement est une relation contractuelle unilatérale dans lequel certes, il n'existe pas d'équivalence entre les prestations réciproques des parties, mais qui, souvent est souscrit à titre gratuit ; alors comment apprécie-t-on le déséquilibre dans ce type de contrat ?

267. En droit du cautionnement, le législateur considère qu'il existe un déséquilibre entre les parties à l'acte lorsque le créancier a la qualité de professionnel⁶⁶⁹. C'est ainsi que la chambre

⁶⁶⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, La réforme du droit des obligations, préc. n° 428, p. 351.

⁶⁶⁷ V. art.1106, al. 1 du C. civ.

⁶⁶⁸ V. article 1106, al. 2 du C. civ.

⁶⁶⁹ Art. L. 332-1 du C. cons. « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses

commerciale a décidé dans un arrêt en date du 13 novembre 2007, que les créanciers non professionnels ne commettent pas de faute lorsqu'ils font souscrire à une caution un engagement supposé excessif⁶⁷⁰. Mais bien plus que la qualité du créancier, c'est plutôt la disproportion des engagements de la caution au regard de ses capacités financières qui est considérée comme l'expression visible du déséquilibre à sanctionner. En effet, le contrat de cautionnement est déséquilibré lorsqu'il attribue au créancier un avantage sans commune mesure⁶⁷¹ avec les capacités financières de la caution. Ce déséquilibre peut être révélateur du fait que le créancier ait profité « *d'une façon déloyale de la situation de dépendance, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation contractuelle de la caution* »⁶⁷². Car, on estime qu'une personne avertie ne peut raisonnablement s'engager pour garantir des obligations dont il est évident que ses revenus et patrimoine ne suffiront pour y faire face, à moins que le créancier ait accepté l'engagement de la caution pour d'autres qualités⁶⁷³, plutôt que la consistance de son patrimoine.

268. Lorsqu'il existe un déséquilibre entre la « *simplicité de la souscription et la rigueur d'exécution* »⁶⁷⁴ du cautionnement, ce dernier doit être privé d'effet entre les parties. Mais pour se faire, le déséquilibre en cause doit être manifeste, c'est-à-dire une disproportion qui va au-delà de ce qui peut être qualifié de raisonnable. En réalité, ce déséquilibre ne devrait pas être de sorte qu'il empêche la caution de s'exécuter ou bien même que l'exécution par cette dernière puisse nuire gravement à son patrimoine. La disproportion manifeste entre l'étendue de l'engagement de la caution et l'ensemble de ses revenus et patrimoine ne correspond pas à un défaut d'équivalence des prestations comme prévu par l'article 1168 du Code civil puisque le cautionnement n'est pas une relation contractuelle réalisant un échange économique réciproque ou une contrepartie équivalente entre les obligations supportées par chacune des parties. Par ailleurs, le cautionnement épousant très souvent la forme d'un contrat d'adhésion⁶⁷⁵, il est en principe concerné par le champ d'application de l'article 1171 du Code civil, qui permet de contester les clauses susceptibles d'affecter l'équilibre du contrat.

biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation »

⁶⁷⁰ Cass. com. 13 nov. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 236.

⁶⁷¹ V. l'article 1143 du Code civil qui caractérisant la contrainte économique comme une violence par laquelle, son auteur tire « un avantage manifestement excessif ».

⁶⁷² M. ZIO, *Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation*, préc. n° 502, p. 293.

⁶⁷³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 263, p. 177.

⁶⁷⁴ O. CUPERLIER, A. GORNY, préc. n° 1, p. 1680.

⁶⁷⁵ C. MOULY « *Abus de caution* », préc. p. 14.

269. En exigeant préalablement un contrat d'adhésion comme condition d'application du texte suscité, le législateur fournit aux cautions, un moyen de contester toute clause de nature à déséquilibrer le contrat, surtout si le créancier est une banque. Mais bien qu'il vise les contrats d'adhésion, l'article 1171 du Code civil, en son alinéa 2 dispose que « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». C'est-à-dire que, pour que la clause soit réputée non écrite, le déséquilibre significatif ne doit pas être purement économique, un défaut d'équivalence entre les prestations des parties. En matière de cautionnement, il ne devrait pas être invoqué un déséquilibre portant sur la valeur de la garantie fournie par la caution.   cet égard, il nous apparaît que cette disposition trouverait difficilement application en matière de cautionnement, car elle ne semble pas avoir été conçue pour s'appliquer au droit des s ret s⁶⁷⁶. De plus, cet article pourrait être d'un intérêt limité en matière de cautionnement puisque certains textes sp ciaux⁶⁷⁷ sanctionnent déjà dans une proportion importante les clauses qui créent un déséquilibre significatif dans les rapports entre professionnels et consommateurs. L'article 1171 du Code civil pourrait être par exemple d'une efficacité moindre que l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui prévoit que « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Parce qu'en application de ce texte, il est list  des clauses présumées abusives⁶⁷⁸ d'une part, et l'existence d'une commission des clauses abusives favorisent l'identification des clauses de nature à créer un déséquilibre significatif, incitent du coup, les consommateurs qui en sont victimes⁶⁷⁹, d'autre part.

270. L'existence d'un avantage excessif dont tire profit le créancier, matérialisée par des clauses jugées abusives, peut être démontrée dans un contrat unilat ral⁶⁸⁰, tel que le cautionnement. Néanmoins, en ce qui concerne cette garantie, les moyens permettant de lutter contre les clauses abusives créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ne trouvent pas très souvent d'échos auprès des juridictions⁶⁸¹, le litige relatif aux

⁶⁷⁶ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. né 147, p. 121.

⁶⁷⁷ V., notamment Les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L'article L. 441-1 (anc. L. 442-6, I, 2 ) du Code de commerce.

⁶⁷⁸ V. l'art. R. 212-1, anc. art R. 132-1 du C. cons..

⁶⁷⁹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, La réforme du droit des obligations, préc. né 444, p. 366 et s.

⁶⁸⁰ A. GOU ZEL, « Sûretés et clauses abusives », *R.DBF.* 2017, p. 31.

⁶⁸¹ Sauf, Cass. 2  civ. 19 février 2019, inédit, né 08-15727, où l'art. L. 132-1 du C. cons. a été jugé inapplicable au regard du « rapport direct entre [le cautionnement en cause] et l'activité professionnelle » de la caution ; Paris, 17 juin 2016, RG né 14/23482

clauses abusives est « *même inexistant, devant la Haute juridiction en matière de cautionnement* »⁶⁸². De même l'article L. 442-1 (ancien article L. 442-6, I, 2°) du Code de commerce, contrairement à l'article 1171 du Code civil, peut concerner un déséquilibre purement économique, un défaut d'équivalence entre les prestations économiques puisqu'il prévoit qu'engage la responsabilité, « ... le fait, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ; de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». En sus, l'article 1171 du Code civil, répute non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif, ce qui a pour résultat, une appréciation objective du déséquilibre dans le contrat et non dans l'attitude du contractant, qui en bénéficie.

271. Il apparaît que le déséquilibre susceptible d'être sanctionné en matière de cautionnement, notamment dans la relation entre un créancier professionnel de crédit et une caution profane, est la disproportion entre le montant de l'engagement de la caution et ses revenus et patrimoine comme prévu par les dispositions du Code de la consommation⁶⁸³ : l'excès dans la souscription de la garantie, c'est-à-dire l'énormité du montant de l'engagement de la caution rapportée à la faiblesse des moyens financiers dont dispose cette dernière pour honorer son engagement. Il s'agit en réalité de sanctionner un comportement abusif du créancier, qui s'analyse en une faute⁶⁸⁴ : le déséquilibre étant apprécié subjectivement. Dans ce cas, le droit spécial est plus adapté et efficace pour sanctionner le déséquilibre dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Dès lors, tout dépassement de ses capacités qui mettrait en péril les finances ou le patrimoine de la caution devient intolérable. Toutes stipulations⁶⁸⁵ contractuelles qui seraient de nature à affecter l'équilibre du contrat de cautionnement peuvent être contestées.

272. Le contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif est limité aux seuls contrats d'adhésion car sa sanction ne serait justifiée que dans les contrats non négociés, les contrats d'adhésion, puisque seuls ceux-ci recèlent un rapport de force inégalitaire⁶⁸⁶. Il s'agit d'une

⁶⁸² M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 237, p. 142 et s. note 3.

⁶⁸³ V. notamment l'art. L. 332-1 du C. cons.

⁶⁸⁴ Cass. com. 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188 : jurisprudence *Macron*.

⁶⁸⁵ Il s'agit de la stigmatisation des clauses abusives en droit commun du contrat, existant dans d'autres disciplines telles que le droit de la consommation et le droit de la concurrence.

⁶⁸⁶ T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217 ; F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », *GP.*, 30 avr. 2015, p. 24.

volonté du législateur de protéger le contractant, « *figé institutionnellement dans une position de faiblesse* »⁶⁸⁷ ; ce qui est évidemment la situation de la caution profane. La sanction du déséquilibre significatif permet ainsi de parvenir au rétablissement d'une forme d'égalité entre les parties contractantes ; l'inégalité des parties se justifiant par une asymétrie dans les droits et actions offerts aux contractants⁶⁸⁸. L'intensité du déséquilibre pouvant porter atteinte à l'exécution du contrat, la fixation d'un seuil au-delà duquel le déséquilibre devient intolérable, nous paraît nécessaire.

B- La nécessité d'un seuil du déséquilibre

273. Le déséquilibre du contrat est nocif pour l'exécution des obligations des parties contractantes, surtout de celles de la caution, étant entendue que le cautionnement est un contrat unilatéral ; seule la caution est tenue de la principale et importante obligation : celle de payer. Aucune clause à l'initiative du créancier ne doit créer un déséquilibre de nature à rendre la situation de la caution objectivement intenable⁶⁸⁹, c'est-à-dire le déséquilibre ne devrait pas être tel qu'il met la caution, qui s'engage dans l'impossibilité de faire face à son engagement avec ses biens et revenus⁶⁹⁰. Le déséquilibre porte atteinte à l'économie du contrat lorsque la caution ne peut, de toute évidence, honorer son engagement à l'échéance. Quelle donnée essentielle permet d'apprécier le déséquilibre entre l'étendue de l'engagement de la caution et l'ensemble de ses biens et ressources ?

274. Sanctionner le déséquilibre nécessite la détermination d'un seuil au-delà duquel la disproportion sera considérée comme excessive. La fixation d'un seuil au-delà duquel, on peut considérer le cautionnement comme manifestement déséquilibré nous paraît donc s'imposer. Car faute de seuil, le caractère manifeste de la disproportion est apprécié avec un certain libéralisme⁶⁹¹. Puisqu'un pouvoir d'appréciation souveraine est confié aux juges du fond, les décisions peuvent varier d'une espèce à une autre sans aucune cohérence. À ce propos, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui en « *appréciant souverainement les facultés contributives [d'une caution] au regard, notamment, des perspectives de développement de l'entreprise qu'elle avait créée a estimé que le cautionnement souscrit par cette dernière n'était*

⁶⁸⁷ G. CHATEPIE, M. LATINA, La réforme du droit des obligations, préc. n° 442, p. 304.

⁶⁸⁸ G. CHATEPIE, M. LATINA, *ibid.*, n° 442, p. 305.

⁶⁸⁹ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 268, p. 99.

⁶⁹⁰ Cass. com. 28 févr. 2018, inédit, n° 16-24841.

⁶⁹¹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 175, p. 147.

pas disproportionné à ses biens et revenus »⁶⁹². Dans cette décision, la haute juridiction insiste sur le caractère souverain de l'appréciation, purement mathématique, de la disproportion⁶⁹³. Le juge userait de son pouvoir d'appréciation pour distinguer ce qui relève d'un engagement manifestement disproportionné ou non, ce qui empêchera une unification des pratiques⁶⁹⁴. Dans l'arrêt *Macron* par exemple, l'engagement était cinq fois supérieur au patrimoine de l'avaliste. Mais cela ne constitue pas un seuil minimal, ni s'applique toutes les situations. L'appréciation du seuil de la disproportion, pouvant varier d'une espèce à une autre, devient par conséquent imprévisible. On peut citer à titre d'illustration deux espèces relativement similaires, dont les décisions rendues étaient opposées. En effet, a été jugé manifestement disproportionné un cautionnement d'un montant de 24 000 (vingt-quatre milles) euros consenti par le gérant d'une société dont l'avis d'imposition produit aux débats révélait qu'il percevait annuellement 10 391 (dix mille trois cent quatre-vingt-onze) euros et n'avait aucun revenu de patrimoine⁶⁹⁵. En revanche, il n'a pas été retenu le caractère disproportionné d'un engagement de 20 000 (vingt milles) euros souscrit par une caution dont le salaire mensuel était de 1 500 (mille cinq cents) euros et qui remboursait déjà un emprunt⁶⁹⁶.

275. L'appréciation quantitative des éléments de la disproportion faite par les juridictions du fond est soumise au contrôle des hauts magistrats⁶⁹⁷, ce qui permet sûrement de donner aux juges du fond une ligne directrice claire à même de limiter l'insécurité juridique. Ainsi, l'appréciation des juridictions du fond doit avoir pour objet « *les biens et revenus déclarés par la caution dont le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude* »⁶⁹⁸. De même, l'évaluation de la disproportion doit tenir compte de l'ensemble des éléments composant le patrimoine de la caution, c'est-à-dire, l'actif (biens et revenus), le passif (les dettes). Le contrôle des éléments d'appréciation de la disproportion par la cour régulatrice repose sur l'idée qu'une simple disproportion ne peut être prise en considération ; seule une disproportion ayant un caractère très grave devrait être sanctionnée. Néanmoins, la haute cour

⁶⁹² Cass. 1^{ère} civ. 4 mai 2012, n° 11-11461 ; *Bull. civ.* I, n° 97.

⁶⁹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND *Droit des sûretés*, n° 276, p. 185.

⁶⁹⁴ J.-D. PELLIER, *La réforme du droit des sûretés en marche ! préc.*

⁶⁹⁵ Paris, 15^e ch., section B, 1^{er} juin 2007, RG n° 05/22456.

⁶⁹⁶ Toulouse, 9 mai 2006, RG n° 05/04198.

⁶⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2012, inédit, n° 11-20192, a été censuré pour manque de base légale l'arrêt de la cour d'appel qui omis certains éléments dans l'appréciation du patrimoine de la caution ; Cass. com. 31 janv. 2012, inédit, n° 10-27651 approuvant les juges du fond, qui pour apprécier le caractère non disproportionné de l'engagement ont pris en considération d'autres éléments qui n'avaient pas été mentionnés par les cautions.

⁶⁹⁸ Cass. com. 14 déc. 2010, n° 09-69807, *Bull. civ.* IV, n° 198 ; Cass. com. 22 mai 2013, inédit, n° 12-15030 ; Cass. com. 10 mars 2015, inédit, n° 13-15867 ; Cass. com. 24 janv. 2018, inédit, n° 16-15118.

se réfère au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁶⁹⁹, lorsqu'une personne s'est portée caution solidaire à hauteur de 300 000 (trois cents milles) euros de l'engagement pris par une société alors que le montant de ses biens et revenus s'élevait à 215 760 (deux cent quinze mille sept cent soixante) euros, en réaction à l'argument formulé par le pourvoi selon lequel « la disproportion manifeste entre l'engagement de la caution et la valeur de ses biens et revenus ne peut résulter du seul fait que le premier soit supérieur à la seconde ».

276. Le déséquilibre contractuel résultant d'un engagement excessif de la caution au regard de ses revenus et patrimoine est lié à un critère quantitatif dont la mise en œuvre n'est pas facile. Parce que, ce critère ne fournit pas un élément précis à partir duquel, on peut estimer que l'engagement est disproportionné. Il faut alors être plus audacieux⁷⁰⁰, afin de mettre fin aux différences d'appréciation et faciliter l'intervention judiciaire pour rectifier les excès⁷⁰¹, qui ne manqueront dans ce rapport contractuel, en fixant un seuil mathématique de disproportion. À ce propos, un auteur propose « *d'exiger que le montant maximal du cautionnement ne dépasse pas, au moment de la souscription, le montant des revenus de la caution au cours des 12 (douze) ou 24 (vingt-quatre derniers mois)* »⁷⁰². Cette proposition est une piste intéressante, mais radicale car elle soustrait le patrimoine dans l'évaluation des capacités financières de la caution. Ce qui a, pour conséquence, de priver du droit de se porter caution, toute personne possédant un patrimoine très important, mais disposant de peu de ressources. Elle limite le crédit d'une part, et elle s'oppose à la pratique par laquelle la caution est tenue de renseigner la valeur de ses actifs et le montant de ses dettes, d'autre part. On peut néanmoins trouver dans cette proposition un élément de satisfaction relativement à la période à prendre en compte pour fixer le seuil à ne pas franchir. Ainsi, la considération des revenus d'une année nous paraît intéressante si elle repose sur les revenus annuels nets, faciles à prévoir. La proposition faite

⁶⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ. 18 oct. 2017, inédit, n° 16-25929. En l'espèce la caution avait fait figurer sur la fiche de renseignements remplie par elle-même, son revenu annuel et comme seul et unique patrimoine les parts qu'elle détenait dans la société cautionnée. La Cour de cassation a décidé que les contrats doivent être négociés et formés de bonne foi ; que, pour apprécier les ressources et le patrimoine de la caution qui s'engage envers lui, le banquier est fondé à se fier, sans être tenu de les vérifier, aux informations que la caution lui donne, avant de contracter, dans la fiche de renseignements qu'elle lui remet après l'avoir elle-même remplie ; qu'en relevant, pour décider que l'engagement souscrit par la caution est manifestement disproportionnée aux moyens qu'elle avait d'y faire face à l'époque où elle s'est engagée, que la banque n'a pas accompli de vérification même sommaires sur la situation financière de la société cautionnée et, par conséquent, sur la valeur de la participation au capital de cette société dont la caution s'est faussement prévalu dans la fiche de renseignements qu'elle a remise, après l'avoir elle-même complétée, à la banque avant de contracter, la cour d'appel a violé les articles L. 341-4 du code de la consommation (devenu article L. 332-1, du Code de la cons.) et 1134, alinéa 3 (devenu 1104, al. 1er, nouveau) du C. civ.

⁷⁰⁰ J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés en marche ! », préc

⁷⁰¹ R. LIBCHABER, « Les mésaventures de la contrepartie », préc. p. 333.

⁷⁰² Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement », *Mélanges en l'honneur de J. CALAIS-AULOY*, D. 2004, p. 843.

paraît rigide certes, mais « *elle est souvent la contrepartie de la prévisibilité et donc de la sécurité* »⁷⁰³, recherchée du contrat de cautionnement.

277. Le déséquilibre qui frappe le cautionnement résulte bien de l'inégalité des parties au contrat, mais également de l'inégalité structurelle du rapport contractuel dont l'encadrement pourrait amoindrir le déséquilibre susceptible de mettre en péril l'exécution de l'obligation de la caution.

SECTION 2 : L'ENCADREMENT DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

278. Remédier au caractère inégalitaire du rapport entre le créancier professionnel de crédit et la caution profane, c'est trouver un équilibre entre les obligations des parties (rechercher une balance entre prestations, au moment de la formation du contrat en se préoccupant de la force respective des contractants) qui se traduit par la responsabilisation de la partie forte à travers la mise à sa charge d'une obligation, notamment celle d'informer le cocontractant faible. Ainsi, le but des juges lorsqu'ils exigent ou affirment l'existence d'une obligation d'information, c'est de parvenir à compenser l'inégalité de compétence des contractants⁷⁰⁴, en protégeant la partie faible. Selon Monsieur BARBIÉRI, « *La recherche d'un équilibre contractuel touche à la fois l'intérêt général – le souci d'une justice contractuelle ressentie par tous dans des circonstances comparables- et la protection du particulier-postulat d'une compensation des forces...La sanction ne consiste plus en effet à faire disparaître le contrat, mais à l'adapter conformément à cette balance qui symbolise l'équité et le raisonnable* »⁷⁰⁵. C'est, en quelque sorte, parvenir à un rééquilibrage des forces intellectuelles et économiques⁷⁰⁶.

279. Le souci de protéger la partie faible au contrat a conduit à introduire dans le rapport contractuel, l'idée de justice contractuelle⁷⁰⁷ permettant de considérer le déséquilibre comme portant atteinte à la validité et à l'exécution du contrat. Cette indifférence autrefois à l'égard des déséquilibres contractuels était guidée par l'impératif de sécurité juridique qui commandait de ne pas apporter de modification à la loi des parties : le contrat. Mais « *l'idée selon laquelle un déséquilibre et une injustice contractuelle valent mieux qu'un désordre social n'est plus*

⁷⁰³ J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés est en marche ! », *ibid.*

⁷⁰⁴ C. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, préc. n° 78, p. 86.

⁷⁰⁵ J.-J. BARBIÉRI, Vers un nouvel équilibre contractuel ? préc. p. 195

⁷⁰⁶ J.-J. BARBIÉRI, *ibid.*, p. 586.

⁷⁰⁷ V. LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, préc. n° 3, p. 19.

vraiment de saison »⁷⁰⁸. Car, désormais, la tendance est à l'atténuation des effets les plus vifs de l'inégalité économique qui sépare les contractants⁷⁰⁹. En effet, l'intervention prétorienne d'une part et le développement croissant des règles spéciales protégeant certaines catégories de personnes témoignent de la réalité de cette opinion. La maxime '*Qui dit contractuel, dit juste*', qui présidait l'examen de la plupart des contrats de droit privé ne correspond plus à la réalité contemporaine de l'environnement contractuel. Aussi bien le juge et le législateur font preuve de réalisme en dépassant le postulat libéral sur lequel repose le Code civil de 1804. L'évolution des relations contractuelles contemporaines conduit à constater que ce postulat, en vertu duquel chaque partie est présumée capable de défendre ses intérêts, est inadapté à la réalité »⁷¹⁰. Car, la domination croissante d'une des parties au contrat résulte de la complexification de l'instrument contractuel et de la spécialisation individuelle⁷¹¹.

280. La Cour de cassation a adopté une position relativement équilibrée entre les intérêts du créancier et ceux de la caution. Ce souci de rééquilibrage dans le droit des sûretés personnelles, notamment du cautionnement n'est guère surprenant. Dans la mesure où, cette garantie fait courir un risque spécifique, celui de la défaillance d'autrui⁷¹². De même, l'introduction d'un équilibre dans le contrat de cautionnement résulte de la volonté de protéger la caution profane considérée comme la partie faible du contrat⁷¹³.

281. Le souci du législateur contemporain est de trouver un mode préventif de déséquilibres contractuels provenant de l'exploitation d'un état de dépendance ou de nécessité du contractant faible et de parvenir à des rapports équilibrés entre les parties contractantes. Parce que, il semble être guidé par l'esprit d'équilibre entre l'impératif social de protection de l'intégrité du consentement et l'exigence économique de sécurité des conventions⁷¹⁴. Cette volonté affichée de rééquilibrer le rapport contractuel se justifie par la nécessaire protection de la partie vulnérable et faible, qui est souvent la caution. Le rééquilibrage du contrat consiste à trouver un équilibre entre deux contractants de forces économiques inégales en vue du maintien du lien

⁷⁰⁸ D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Dr. et patr.* mars 1988, n° 58, p. 58 et s.

⁷⁰⁹ J.-J. BARBIERI, *Vers un nouvel équilibre contractuel ?*, préc. p. 39.

⁷¹⁰ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, préc. n° 7, p. 26.

⁷¹¹ M.-A. PEROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Thèse Université Grenoble, 1956, p. 21, cité par J.-J. BARBIERI, *Vers un nouvel équilibre contractuel ?*, Thèse préc., p. 585.

⁷¹² Ph. THÉRY, *la différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés*, préc. 1, n° 92, p. 54.

⁷¹³ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 2^e éd. Litec, 2011, avant-propos.

⁷¹⁴ G. LOISEAU, « les vices consentements », préc. p. 17.

d'obligation, voire d'assurer l'exécution des obligations issues des engagements contractuels. Au regard de l'utilité sociale du contrat, il est tout à fait compréhensible que le droit de la consommation ait considéré qu'un déséquilibre excessif des prestations soit frappé d'une sanction ; surtout que *« la caution n'est pas débiteur d'une dette qui lui est personnelle, elle n'est pas en relation économique avec le créancier. Elle ne peut ni connaître le risque garanti ni suivre l'évolution de l'opération garantie aussi utilement qu'elle pourrait le faire si elle participait activement à l'opération »*⁷¹⁵.

282. La solution qui consiste à prendre en compte la connaissance effective par la caution de l'état du débiteur cautionné a pour but de rétablir l'équilibre dans les relations du créancier d'avec la caution puisqu'elle n'est toutefois pas de nature à placer les créanciers dans un état d'insécurité juridique⁷¹⁶. L'article 1104 du Code civil dispose que *« les conventions doivent être exécutées de bonne foi »*. Ce texte permet aux juges de parvenir à restaurer l'équilibre des conventions.

283. L'interprétation par le juge de certaines dispositions du Code civil portant sur les conditions de validité, de formation et d'exécution des contrats, explique la prise en compte de la réalité du phénomène du déséquilibre des rapports contractuels entre créancier professionnel et caution profane. L'immixtion du juge dans le rapport contractuel à l'effet de corriger le déséquilibre apparaît comme une donnée souhaitable car, *« on réalise, sauf à se tromper, que mises à part quelques dérives, le juge exerce son pouvoir modérateur avec modération ; en tout cas, la Cour de cassation veille à ce qu'il en soit ainsi »*⁷¹⁷ ; et compte tenu du rapport inégalitaire dans lequel se trouvent les protagonistes, même si cette intervention n'est pas toujours la bienvenue pour une partie de la doctrine. En effet, certains y voient une atteinte portée au contrat engendrant une *« crise du contrat »*⁷¹⁸ ; mais sans cette ingérence du juge, la loi contractuelle risque d'apparaître comme celle du plus fort. Dès lors, il est important de faire en sorte que le plus fort n'écrase pas le plus faible en recourant à un équilibre entre les intérêts des parties, qui est une sorte de *« justice contractuelle »*.

284. Le rééquilibrage du contrat nécessite qu'on exige un peu plus au professionnel de crédit, considéré comme un sachant, une personne avisée, en rapport contractuel avec une caution

⁷¹⁵ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, Droit des sûretés, préc.

⁷¹⁶ Cass.1^{re} civ. 4 fév. 2003, *JCP E* 2003, II, 1469, note L. De GENTILI-PICARD.

⁷¹⁷ D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », préc. p. 58.

⁷¹⁸ H. BATTIFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Arch. de ph. droit*, T. XIII, Sirey 1968, p. 13.

profane, considérée comme une personne ignorante et faible ; hypothèse qui matérialise le choix entre force obligatoire du contrat et force des signataires. C'est pourquoi, le législateur pour concilier les deux, et assurer un équilibre dans les rapports entre cautions et créancier, recourt à l'information d'une part, et à la règle de proportionnalité, d'autre part.

§1 : L'information, garantie d'un équilibre contractuel

285. La quête d'un équilibre dans les actes contractuels tend à la satisfaction d'un idéal de justice contractuelle qui intéresse l'intérêt général⁷¹⁹, même si elle se situe dans la rencontre d'intérêts particuliers, souvent antagonistes. Elle semble correspondre à une volonté de moralisation de l'environnement contractuel. Ainsi, l'opinion selon laquelle les contractants sont libres et égaux lors de la formation et de la mise en œuvre du contrat doit s'effacer au profit d'une approche réaliste, adaptée au caractère inégalitaire des rapports contractuels contemporains⁷²⁰, dont le cautionnement du profane au profit d'un créancier professionnel de crédit n'y échappe.

286. Le partage d'informations entre les cocontractantes est un moyen d'assurer l'équilibre contractuel au profit des cautions profanes. En effet, le défaut d'information de la caution profane sur l'étendue de son engagement traduit une sorte de rupture d'égalité d'accès au contenu du contrat et à la situation du débiteur cautionné de sorte qu'il ne lui soit pas possible d'apprécier la portée de son engagement. Ainsi, la dissymétrie dans les capacités d'information laisse apparaître une rupture flagrante d'égalité dans la situation respective des parties. De ce fait, il est impérieux de faire en sorte que la stipulation contractuelle soit accessible au contractant, c'est-à-dire visible au sens physique, mais encore compréhensible⁷²¹. La remise d'un exemplaire du contrat principal et du contrat de caution et leur rédaction en des termes précis et clairs semblent permettre d'apporter une réponse à cette difficulté. Il nous apparaît clairement que le renouveau du formalisme et la "solennisation du contrat" tentent de répondre à une telle préoccupation. L'information que devait transmettre le créancier professionnel à la caution profane et qui permettrait d'assurer l'équilibre du contrat consiste pour lui à fournir à son cocontractant les éléments d'appréciation dont dépend son consentement, mais qu'elle n'est

⁷¹⁹ J.-J. BARBIÉRI, Vers un nouvel équilibre contractuel ?, préc. p. 256.

⁷²⁰ V. LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, préc. n° 13, p. 37.

⁷²¹ J.-J. BARBIÉRI, Vers un nouvel équilibre contractuel ? *ibid.* p.40.

pas en mesure de connaître ou de vérifier elle-même⁷²² ; étant entendu que « l'exigence d'un consentement éclairé vise à éliminer les contrats déséquilibrés »⁷²³.

287. La caractéristique du déséquilibre contractuel dans les rapports créancier professionnel de crédit et caution profane relève de ce que Madame LASBORBES a appelé les « *contrats déséquilibrés en pouvoirs* ». Pour elle, ce sont des « *contrats dont l'existence est la conséquence directe de l'inégalité intellectuelle, technique, économique ou juridiques des parties au moment de la conclusion, de l'exécution ou l'extinction de la relation contractuelle* »⁷²⁴.

288. Nous souscrivons entièrement à cette approche définitionnelle dans la mesure où il nous semble que l'inégalité qui est la source du déséquilibre est très prégnante dans le cautionnement consenti par un profane au profit d'un créancier professionnel de crédit. Celui-ci qui, en raison de sa compétence, des informations en sa possession et de sa puissance économique est en pouvoir de « dicter sa loi » à la caution, dont la volonté de rendre service à un proche, la prive de toute possibilité de discussion et qui souvent la contraint à y adhérer. C'est pourquoi, pour lutter contre le déséquilibre qui résulte des rapports entre les parties contractantes de poids et de taille différentes, la jurisprudence a eu massivement recours à l'accroissement de l'information, loyalement dispensée par celui qui détient l'information, le professionnel, à celui qui l'ignore, le profane⁷²⁵. C'est-à-dire faire peser sur la partie qui dispose d'une information capitale susceptible de déterminer le consentement de l'autre, servant à rétablir l'égalité informationnelle⁷²⁶. En effet, la caution profane et le créancier professionnel ne sont pas dans la situation de deux contractants égaux qui confrontent leurs intérêts légitimes dans une négociation ; d'où la nécessité pour l'une d'entre elles de bénéficier d'informations quant au contenu et à la portée de l'engagement.

289. Cette exigence d'informations est utile lors de la phase précontractuelle car elle permet d'instaurer une sorte d'égalité entre les parties au moment de la formation, surtout lors des négociations. Il s'agit alors de fournir ou de délivrer à la partie qui ne sait pas une information déterminante de son consentement. C'est ce que prévoit l'article 1112-1, alinéa 1 du Code civil issue de la nouvelle loi portant réforme du droit des contrats lorsqu'il dispose que « Celles des

⁷²² A. WEILL, Droit civil, T. II., Les obligations, Dalloz, 2^e éd. 1975, p. 197, cité par J.-J. BARBIERI, *ibid.*, p. 54.

⁷²³ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 4^e éd., 1996, n° 150.

⁷²⁴ V. LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, préc. n° 14, p. 37.

⁷²⁵ J.-J. BARBIERI, Vers un nouvel équilibre contractuel ?, préc. p. 77.

⁷²⁶ L. FIN-LAGER, L'équilibre contractuel, préc. n° 393, p. 269.

parties qui connaissent une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doivent l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Cette obligation se fonde sur l'inégalité des parties à l'acte contractuel dans le domaine de l'information, qui engendre un déséquilibre dans le contrat⁷²⁷. Elle est essentielle à l'équilibre des relations contractuelles, eu égard au fait qu'elle s'inspire des principes de loyauté et de bonne foi contractuelle.

290. La volonté de la jurisprudence, puis du législateur de rétablir l'égalité des parties au contrat, a des conséquences sur l'équilibre contractuel. En effet, l'information donnée à la caution profane, considérée comme la partie faible du rapport contractuel, lui évite de prendre un engagement sans au préalable connaître tous les éléments nécessaires de l'acte contractuel. Obliger le professionnel à informer le profane constitue à n'en point douter un moyen de prévenir toutes sortes de déséquilibres. C'est pourquoi, « *prenant conscience de ce que l'inégalité dans l'information peut, tout autant que l'inégalité économique, nuire à l'équilibre du contrat, sensible aussi à l'idée qu'il faut mieux prévenir que guérir, la jurisprudence a progressivement imposé à certains contractants l'obligation d'informer leur partenaire* »⁷²⁸. La volonté de rétablissement de l'égalité est plus accrue face à l'existence de catégories spécifiques de contractants, qui se voient souvent accorder des droits dérogatoires en raison de leur situation de faiblesse présumée face à un professionnel⁷²⁹. Ceci permet à cette catégorie de contractants, parmi lesquels on peut classer la caution profane, de s'engager en toute connaissance de cause parce qu'elle aurait donné un consentement, nécessaire à la préservation de ses intérêts. Si l'information s'avère nécessaire pour l'équilibre du contrat de cautionnement, elle paraissait insuffisante. C'est pourquoi un délai de réflexion au profit de la caution profane est une mesure opportune. En effet, à l'instar de ce que prévoit le droit de la consommation, il peut être prévu au profit de la caution profane un délai de réflexion lui permettant de se rétracter ou de se repentir⁷³⁰ de l'offre faite par le créancier et acceptée par elle. Ainsi, avant de donner un quelconque consentement ou d'adhérer à l'acte de cautionnement, la caution pourrait bénéficier de ce temps de réflexion qu'il mettra à profit pour se faire, soit expliquer la nature et le contenu de l'engagement, soit se faire conseiller sur l'opportunité d'un tel engagement et les risques qui en ressortent ; d'où la possibilité pour cette dernière de revenir par exemple sur sa

⁷²⁷ *Contra.* D. BERTHIAU, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Thèse, Paris II, 1997, n° 236 et s.

⁷²⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 7^e éd., Dalloz, n° 250.

⁷²⁹ D. BERTHIAU, *ibid.* n° 254.

⁷³⁰ L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, préc. n° 394, p. 271

promesse de garantie. En accordant ainsi des possibilités de réflexions supplémentaires à la caution profane, en raison de sa faiblesse, face au professionnel, on aboutit à un rétablissement de l'égalité des parties à l'acte contractuel. Selon Madame FIN-LANGER, « *cette égalité par le droit constitue un moyen préventif de lutte contre les déséquilibres contractuels, puisqu'elle garantit une meilleure réflexion(...) au moment de la conclusion du contrat. En disposant d'une volonté plus éclairée, la partie considérée comme faible peut défendre ses intérêts sur un pied d'égalité avec le professionnel et aboutir à un contenu du contrat harmonieux et équitablement réparti* »⁷³¹. L'ensemble de ces mécanismes ont pour vocation d'éclairer le consentement de la caution profane en lui permettant l'expression d'une volonté réelle, libre et dénuée de toute influence car, « *il ne suffit pas de protéger l'intégrité du consentement, il faut lui fournir les moyens d'un choix raisonnable ; ce qui suppose qu'il bénéficie d'une information suffisante (...)* »⁷³².

291. L'information est nécessaire à la formation d'un engagement sérieux et raisonnable. Au contraire, en l'absence d'un temps de réflexion, et d'informations, la conclusion du contrat de cautionnement dans un contexte de nécessité et d'envie de rendre service, le déséquilibre du contrat est inéluctable et s'avère souvent préjudiciable pour la caution profane. Protéger la volonté de la caution par le biais de mécanismes préventifs est un moyen indirect de pallier les déséquilibres du contrat en garantissant d'une certaine manière l'équilibre du contrat⁷³³. C'est-à-dire que la défaillance de la volonté réelle exprimée étant une des causes du déséquilibre, en protégeant le consentement en tant que la libre expression de la volonté, on évite les risques de déséquilibre du contrat. Pour se faire, il apparaît inéluctable d'appréhender ce sur quoi doit porter l'information.

A- L'objet de l'information

292. L'information pour assurer l'équilibre du contrat, donc créer un rapport égalitaire et équilibré entre les parties contractantes doit nous semble-t-il, porter sur le contenu du contrat et sur l'opportunité de celui-ci. Pour se faire, il faut rendre le professionnel, le sachant, débiteur d'un devoir d'informer le profane sur ce qui constitue la substance du contrat, au regard de l'inégalité dans l'information des parties contractantes. Il ne s'agit donc pas de le retenir de

⁷³¹ L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, préc. n° 394, p. 272.

⁷³² J. STOUFFLET, « La protection du consommateur », *Études offertes au professeur Emérentienne De LAGRANGE*, 1978, p. 235 et 237, cité par L. FIN-LANGER, *ibid.*

⁷³³ A. SÉRIAUX, Droit des obligations, 1^{re} éd., n° 8.

façon systématique, mais de tenir compte de la qualité des parties et de la forme du contrat car, « celui qui s'engage est réputé dans une situation d'infériorité par rapport à celui qui stipule... »⁷³⁴. Dans une telle perspective, la caution profane semble être le contractant qui pourrait en bénéficier, sans oublier d'indiquer que son engagement contractuel en pratique est un acte d'adhésion. Si la volonté est le moteur indispensable⁷³⁵ à tout engagement de caution, l'information dans ce sens, servira à éclairer la volonté de la caution et à en assurer son expression libre et réfléchie. En effet, lorsqu'un profane contracte avec un professionnel, c'est naturel que systématiquement, on pense à cette inégalité d'information sur le contenu du contrat, qui oblige le contractant professionnel à un devoir d'information à l'égard de son cocontractant. Cette obligation dont le créancier professionnel est débiteur, s'explique par le fait que la caution profane ne participe ni ne contribue à la détermination du contenu du contrat qui en l'espèce lui est imposé. Cela justifie l'idée d'un devoir d'éclairer l'autre partie sur l'opportunité de la convention, dont celui qui en maîtrise la technique, en est débiteur⁷³⁶.

293. C'est ainsi que le banquier, créancier professionnel de crédit, est tenu d'informer la caution profane sur la viabilité du projet garanti, étant entendu qu'il a accès aux informations portant sur le montage et la réalisation de ce projet ; ce qui n'est pas le cas du garant. De même, il devrait l'en dissuader de se porter garant s'il a des doutes sur la faisabilité de l'activité à laquelle la caution se porte garante et même sur la capacité financière de la caution elle-même, a garanti un tel projet. Lorsqu'il s'établit une égalité d'information entre les parties contractantes parce que celle qui sait la partage avec celle qui ignore, cela est de nature à assurer une sorte d'équilibre dans les rapports entre celles-ci. C'est ainsi que, la Cour d'appel de Bordeaux a-t-elle prononcé la nullité d'un cautionnement souscrit, sous la pression exercée par un Notaire, par des beaux-parents au secours de leur gendre, lui également notaire, qui était sous la menace de poursuites disciplinaires et financières. Les juges ont retenu une erreur sur la substance de l'engagement qui nous semble consistait en une erreur sur l'étendue de l'engagement. On constate une réaction en faveur de la caution qui se justifie et s'appuie sur la distinction opérée entre professionnels et profanes.

294. C'est pour cette raison, qu'une protection mieux élaborée des cautions profanes semble indispensable car les très nombreuses clauses de renonciation insérées dans les contrats de

⁷³⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, préc. n° 426.

⁷³⁵ J.-J. BARBIERI, vers un nouvel équilibre contractuel ?, préc. p. 270.

⁷³⁶ J.-J. BARBIERI, *ibid.*, p. 80.

cautionnement apparaissent souvent abusives et ne sont pas toujours comprises par les cautions et qui découvrent le sens qu'après les poursuites engagées en paiement contre elles. Dans cette optique, la volonté de protection impose une qualification de la convention. Ainsi, l'inégalité de fait qui oppose le rédacteur des conditions du contrat de cautionnement, en l'occurrence le créancier professionnel de crédit et de celui qui y adhère, permet de qualifier le cautionnement de contrat d'adhésion en pratique.

B- La justification de l'information comme moyen d'équilibre du contrat

295. L'information qu'un créancier doit à son contractant, lui assurant d'être éclairé sur le sens et la portée de son engagement, n'est propre ni au cautionnement ni aux sûretés ; elle provient du droit des contrats⁷³⁷. Néanmoins, elle est utile au cautionnement puisqu'elle semble être un moyen indispensable pour assurer un équilibre dans la relation des parties, surtout lorsque la caution est profane et le créancier, un professionnel de crédit, tel par exemple un établissement bancaire. En effet, on n'a pu considérer par le passé que nul n'était tenu de renseigner son cocontractant⁷³⁸. Mais à travers le constat que l'inégalité économique, de même que l'inégalité dans l'information porte atteinte à l'équilibre du contrat, la jurisprudence⁷³⁹ est parvenue de manière progressive, à exiger de certains contractants une information au profit de leur partenaire, avant que le législateur ne s'en préoccupe⁷⁴⁰.

296. À travers l'information, on n'assure une sorte d'égalité des parties quant à la compréhension des modalités du contrat. L'information qui est due à la caution profane lui permettra de savoir à quoi elle s'engage, de connaître le sens et la portée de son engagement et d'être en mesure d'apprécier les risques inhérents à son étendue ; l'information étant modulée en fonction de la personne du contractant et de sa qualification, de même qu'au mode de conclusion du contrat. L'information, assure à la caution profane, un consentement éclairé, en créant un cadre idéal de formation du contrat, dans lequel se rencontrent deux volontés réellement exprimées entre parties égales. Parce qu'ayant collaboré ou coopéré à la

⁷³⁷ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 242, p. 93.

⁷³⁸ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil français, tome II, n° 183, cités par L. M. MARTIN, « L'information de la caution », préc. n° 4, p. 156.

⁷³⁹ Cass. 1^{ère} civ. 12 juill. 2005, *Bull. civ.* I, n° 124 : la découverte du devoir de mise en garde en matière de crédit.

⁷⁴⁰ Plusieurs textes comportaient cette exigence d'information dont les plus importants sont : L. article 48 de la loi bancaire du 1^{er} mars 1984, devenu l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier mettant à la charge de certains créanciers une obligation d'information des cautions ; la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique imposant à tout créancier professionnel une information à toute caution personne physique ; L'article 2293, alinéa 2 du Code civil, issu de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions ; article L. 111-1 du Code de la consommation, qui impose que le cautionnement soit conclu dans des conditions qui permettent à la caution consommateur de saisir la pleine mesure de son engagement ; l'article 1112-1 du C. civ. édictant une obligation précontractuelle générale d'information.

détermination du contenu du contrat, caractérisé par une répartition harmonieuse des droits, obligations et prestations⁷⁴¹, c'est-à-dire l'équilibre du contrat. Vue sous cet angle, l'information caractérise l'exigence d'une morale contractuelle, reflet d' « *un aspect du devoir traditionnel de ne pas mentir, d'aider son prochain* »⁷⁴². C'est pour cette raison que l'une des parties contractantes, notamment le créancier, « *en situation de sachant et de puissant* »⁷⁴³ est débiteur d'informations à l'égard de la caution profane.

297. Au regard de l'inégalité qui existe entre les parties, les informations, lorsqu'elles portent sur la substance du contrat, les risques encourus et la compréhension du lien contractuel, en assurent l'équilibre. Il s'agit là d' « *une des manifestations de cet esprit de solidarité qui caractérise notre époque, par réaction contre l'individualisme du XIX^e siècle* »⁷⁴⁴. Mieux que de s'en remettre à la force de la volonté autonome qui, « *loin d'assurer l'égalité des parties et l'équilibre contractuel, cultive plutôt la loi du plus fort en perpétuant les inégalités et les déséquilibres* »⁷⁴⁵. Ainsi au postulat volontariste reposant sur l'égalité supposée des parties se substitue la protection du contractant vulnérable, faible, et la promotion de l'équilibre contractuel⁷⁴⁶.

298. En considération du principe de liberté contractuelle, la détermination de l'équilibre du contrat est le fait de parties réputées libres et égales ; alors même que l'impossibilité pour la caution de négocier le contrat peut la contraindre à accepter un déséquilibre contractuel excessif défavorable. L'information influence moins l'équilibre dans le contrat, c'est-à-dire l'équilibre entre les prestations des contractants, que l'équilibre induit par le contrat. Ainsi, la sanction envisagée sera celle qui concerne le déséquilibre impliqué par le contrat, tel le cautionnement excessif au regard des ressources et patrimoine de la caution⁷⁴⁷.

299. La supériorité informationnelle, technique et intellectuelle évidente du créancier, rend la réalité peu reluisante. Dès lors, il est apparu nécessaire pour la jurisprudence, puis le

⁷⁴¹ L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, préc. n° 396, p. 273.

⁷⁴² M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, préf. J. GHESTIN, Bibl. droit privé Tome 221, LGDJ, 1992, n° 31, p. 25.

⁷⁴³ K. RODRIGUEZ, « L'obligation d'information de la caution par le banquier », *LPA*, 30 avril 2019, n° 86, p. 97 et s.

⁷⁴⁴ M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD. civ.* 1945, n° 1, p. 8.

⁷⁴⁵ A. BÉLANGER, G. TABI TABI, préc. p. 454.

⁷⁴⁶ S. LE GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA* 16 août 2016, p. 6 et s.

⁷⁴⁷ Cass. com. 17 juin 1997, où la responsabilité de l'établissement bancaire a été retenue pour avoir fait souscrire à un dirigeant social, en l'espèce un aval manifestement disproportionné à ses revenus.

législateur, d'apporter des limites à la liberté contractuelle afin de sauvegarder les intérêts du contractant considéré comme le plus faible : substituer au déséquilibre initial entre les parties un certain équilibre dans la relation contractuelle. Pour y parvenir donc, il a fallu imposer au créancier, au bénéfice de la caution, une obligation d'information. L'information devenant ainsi, un moyen privilégié d'équilibrer le contrat.

300. Le déséquilibre du contrat peut provenir aussi d'une attitude abusive ou déloyale du professionnel, c'est-à-dire un manquement de contracter de bonne foi, se matérialisant par la disproportion entre le montant de l'engagement de la caution et ses ressources. Dans un tel contexte, l'exigence de proportionnalité s'impose comme un moyen d'équilibrer le rapport contractuel.

§2 : La proportionnalité contractuelle, source d'équilibre

301. L'intervention judiciaire face à un déséquilibre flagrant, consiste à lutter contre l'anormal et le choquant, mais n'établit pas une équivalence absolue des prestations⁷⁴⁸. En effet, l'intrusion du principe de proportionnalité dans le contrat répond à cette préoccupation, lorsqu'il est constaté une disparité flagrante entre l'engagement pris par la caution et la consistance de son patrimoine. Il s'agit d'une aspiration à corriger la disparité qui existe entre l'engagement du donneur de sûreté et ses ressources, qui par là même assure la bonne exécution de la garantie. De manière générale, le principe de proportionnalité conforte l'équilibre dans la relation des parties contractantes⁷⁴⁹.

302. Le rapport contractuel entre la caution profane et le créancier professionnel de crédit étant par nature déséquilibré, le recours à la proportionnalité vole au secours du contrat dans la mesure où elle permet à la caution de garantir l'obligation dont elle peut assumer et assurer le paiement. Pour Monsieur PICOD, en droit des sûretés, ce principe répond à une double finalité, à savoir parer à l'épuisement du crédit, c'est-à-dire éviter une immobilisation inutile du patrimoine compte tenu du but à atteindre, d'une part et éviter le surendettement et l'exclusion des garants, d'autre part. Dans le cas particulier de la caution profane, il nous semble qu'elle vise plutôt à éviter un engagement démesuré du patrimoine de la caution qui pourrait être source d'endettement et de ruine, donc d'exclusion. Par ce moyen, on évite ou on prévient tout endettement excessif de la partie faible. Dans une telle hypothèse, il ne devrait pas profiter

⁷⁴⁸ J.-J BARBIERI, vers un nouvel équilibre contractuel ?, préc. p. 138.

⁷⁴⁹ A.-X. BRIATTE, Financement et pratique du crédit, éd. LexisNexis, 2017, n° 737, p. 189.

qu'aux seules cautions profanes, mais à toutes les cautions personnelles dans la mesure où il s'agit de prévenir la souscription d'une garantie excessive. Cependant, à bien y réfléchir, il semble juste que cette règle soit interprétée en faveur de cette catégorie de cautions car c'est parce qu'on est profane qu'on ne mesure pas le risque pris en s'engageant et que de ce fait notre engagement est souvent démesuré.

303. La disproportion dans la souscription d'un engagement de caution peut relever de la volonté exprimée par une caution avertie dans un intérêt encore plus appréciable. Et les interventions législatives et prétoriennes témoignent de l'intérêt de cette règle au profit ou en faveur des cautions personnelles. Par ailleurs, il ne s'agit pas ici de s'assurer de la solvabilité de la caution profane qui reste déterminante pour le créancier professionnel. Il s'agit plutôt de se rendre compte de ce qu'elle dispose des moyens pour faire face à ses engagements de caution car on peut tout à fait être solvable et prendre des engagements disproportionnés, même si cela est un indice probable d'une insolvabilité future. Ainsi, la proportionnalité fonctionne comme un moyen pour atténuer ou chasser le déséquilibre qui s'établit dans le contrat au détriment de la caution profane.

304. Le droit du cautionnement ne pouvait rester insensible à cette quête d'équilibre contractuel déjà présente dans le droit de la consommation, droit spécial qui met en relation professionnels et profanes. Dans les rapports entre caution profane et créancier professionnel, l'idée de proportionnalité exige que le cautionnement soit proportionnel à l'engagement du débiteur principal. C'est-à-dire que le montant de l'acte de cautionnement doit répondre à la capacité financière du donneur de sûreté. L'importance de cette règle est donc relative à l'engagement de la caution au regard de ses ressources. En effet, elle n'a d'intérêt qu'au regard de l'engagement de la caution profane d'avec la consistance de son patrimoine. Car, il s'agit de faire en sorte que la caution profane s'engage en proportion de ses capacités financières afin qu'elle ne souscrive pas à un engagement ruineux. C'est aussi, une règle de protection du patrimoine de la caution profane, qui lui évite un endettement démesuré en lui permettant de faire face à son engagement. Dans cette perspective, elle apparaît à la fois protectrice des intérêts de la caution profane ainsi que de ceux du créancier et assure par la même l'efficacité de la garantie souscrite.

305. Il semble que c'est à cette hypothèse que la Cour de cassation, a fait allusion ou application. Ainsi, ces premières illustrations apparaissent dans les années 90 où dans un arrêt

en date du 3 mars 1987⁷⁵⁰, la chambre commerciale de la Cour de cassation indiquait aux juges du fond de rechercher la responsabilité civile de la banque, qui avait fait souscrire à une caution un engagement sans aucune proportion avec ses capacités financières. Par ailleurs, on pourrait estimer comme l'a souligné la Cour d'appel de Paris, que l'on ne peut valablement s'engager par un consentement éclairé et effectif que si le cautionnement n'est manifestement pas disproportionné⁷⁵¹. Mais la prise en compte de la disproportion comme portant atteinte au consentement doit se faire dans des circonstances exceptionnelles et éviter que des cautions y recourent systématiquement pour tenter de remettre en cause des engagements pris en toute conscience et en toute connaissance de cause. Ainsi, l'approche subjective de la proportionnalité semble être celle qu'il faut emprunter en se référant comme le fait souvent la jurisprudence à la situation personnelle de la caution et sa capacité à se renseigner et à mesurer l'énormité de son engagement. C'est en cela que la proportionnalité devrait être réservée aux seules cautions profanes. L'inconscience de la caution de la disproportion de son engagement pourrait être alors, retenue et lui permettre de remettre en cause ce dernier en cas disproportion flagrante entre les ressources dont elle dispose et le montant de son engagement. Cependant, elle serait bien fondée à agir sur ce fondement que si elle a mis le créancier professionnel de crédit dans les conditions lui permettant d'attirer son attention sur le caractère disproportionné de son engagement. En effet, si la caution profane à la demande du créancier n'a pas fourni les renseignements ou du moins a fourni des renseignements inexacts de sorte qu'il n'ait pas été possible à son cocontractant de l'éclairer sur la disproportion de son engagement ; alors son action peut souffrir de contestation.

306. Le lien contractuel, dans ce type de rapport, ne peut pas être regardé comme la résultante d'intérêts antagonismes librement et âprement négociés, coïncidant avec l'idée de justice⁷⁵². Aussi, ne s'agit-il pas d'une opposition tranchée entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, mais un concours de deux volontés à l'effet de produire un résultat au profit d'autrui en garantissant les droits et intérêts de chacune des parties. Ce qui, de toute évidence, les oblige à une certaine union, une obligation de coopération ou de collaboration⁷⁵³. C'est pourquoi on peut voir dans l'arrêt *Nahoum*, rendu le 8 octobre 2002⁷⁵⁴, le passage d'une obligation négative

⁷⁵⁰ Cass. com. 3 mars 1987, *Bull. civ.* IV, n° 58.

⁷⁵¹ X.- F. GRIGNON-DERENNE, « À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant » *D.* 2001, p. 1382.

⁷⁵² Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP*, 1988, I, 3318.

⁷⁵³ Y. PICOD, *ibid.*

⁷⁵⁴ Cass. com. 8 oct. 2002, *JCP E*, 2002, n° 1730, note D. LEGEAIS, *JCP G*, 2003, II, 10017, comm. Y. PICOD.

de ne pas contracter en cas de disproportion vers une obligation d'information en cas de rupture d'égalité⁷⁵⁵ entre les contractants. Le contrat dans ce cas de figure est un instrument d'échanges entre les parties contractantes, qui dès lors empêche le créancier professionnel de crédit de tirer profit d'une quelconque défaillance de la caution profane au stade de la formation du contrat. Il s'analyse en une sorte de solidarité ou du moins en appel à la solidarité des parties contractantes (A) qui, pour le coup, poursuivent des intérêts dont le caractère divergent est beaucoup atténué, voire même dilué. Par ailleurs ce « solidarisme contractuel », qui exige du créancier la préservation des intérêts de la caution, emporte une exigence de bonne foi dans la constitution de la garantie (B).

A- L'exigence de solidarité des parties au contrat

307. « *Le solidarisme contractuel* » matérialise l'idée que le contrat est un instrument de justice commutative et non pas l'expression de la suprématie du droit subjectif⁷⁵⁶. Car, on estime justement que le rapport contractuel est un cadre « *de transparence, de coopération et de collaboration mutuelle des parties, et peut être même de fraternité et de solidarité* »⁷⁵⁷. Personne ne saurait remettre en cause la part très importante de la volonté dans la formation de l'acte de cautionnement. Mais, la difficulté c'est son expression libre lorsque dans un rapport naturellement déséquilibré, la caution profane n'a pas une réelle maîtrise du contrat. C'est pourquoi, il faut rejeter l'idée que le contrat de cautionnement, dans cette hypothèse, est comme tout contrat, un heurt entre des propositions antagonistes, une lutte entre des intérêts contraires⁷⁵⁸.

308. La relation entre la caution profane et le créancier professionnel de crédit doit être le lieu permettant d'associer la liberté dont on jouit et la raison⁷⁵⁹ qui est censée nous habiter. Cette relation contractuelle, à l'évidence, devrait admettre ce que le professeur BARBIERI a appelé, une large part « *d'affectio cooperationis* » à l'image de *l'affectio societatis* dans le contrat de société. L'engagement de la caution profane ne doit pas être un contrat individuel à l'image d'autres rapports contractuels, le lieu d'un échange antagoniste dans le sens où les intérêts contradictoires des protagonistes rentrent en opposition. Il doit être un cadre contractuel

⁷⁵⁵ Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement, le mythe de sisyphé », préc. p. 854.

⁷⁵⁶ J.-J. BARBIERI, Vers un nouvel équilibre contractuel ?, préc. p. 17.

⁷⁵⁷ C. WILLEMS, « De la mise en garde à la dissuasion contractuelle », *Dr et patr.* n° 109, nov. 2002, p. 32.

⁷⁵⁸ J.-J. BARBIERI, Vers un nouvel équilibre contractuel, préc. p. 599.

⁷⁵⁹ J.-J. BARBIERI, *ibid.*

« *d'union et de solidarité, au lieu du choc désordonné de deux égoïsmes* »⁷⁶⁰. Car, cautions et créanciers interviennent, pour les unes, faciliter au débiteur l'obtention d'un crédit, pour les autres, faire crédit au même débiteur en s'assurant que celui-ci s'en acquittera. Dans un tel contexte, il est justifié d'exiger de la partie qui bénéficie d'un tel engagement de ne pas laisser l'autre partie, s'engager en compromettant lourdement et durablement son avenir financier. En cela, l'exigence de proportionnalité est d'intérêt indéniable en ce sens qu'elle contribue à l'équilibre de la garantie tout en révélant l'esprit de solidarité dans la souscription du contrat. Cette solidarité qui requiert du créancier qu'il n'accepte pas l'engagement d'une caution dont l'exécution pourrait entraîner son appauvrissement, ne devrait pas viser que le seul créancier. En effet au regard de l'exigence de solidarité qu'engendre la règle de la proportionnalité, la caution doit exprimer sa solidarité avec le créancier en lui communiquant des informations à même de lui permettre de mieux évaluer, voire apprécier sa solvabilité. Il s'agit en pratique d'un partage d'informations entre les protagonistes pouvant faciliter un engagement éclairé des uns et des autres. Mais dans un rapport de forces inégales comme l'est la relation entre le créancier et la caution profane, la solidarité du créancier d'avec la caution profane est celle qui est la plus recherchée. En effet, l'engagement pris par cette catégorie de cautions, s'il est illimité ou dépasse ses facultés de remboursement, peut l'endetter à vie⁷⁶¹. Ce qui paraissait normal puisque le cautionnement était conçu pour protéger le créancier. Mais la protection du créancier ne doit pas être excessive d'une part, et ne devrait pas primer sur celle de la caution profane, d'autre part.

309. La recherche d'un équilibre dans la relation contractuelle des parties, conduit nécessairement à atténuer l'excès de protection dont peut bénéficier le créancier. L'exigence d'un cautionnement équilibré quant à son montant par exemple est une sorte de limite à la commission d'un abus de la part du créancier lorsqu'il sollicite un cautionnement. Le créancier ne doit pas exiger plus que ce qui est nécessaire pour se garantir. La juste proportion est la matérialisation d'une justice contractuelle, mais également un esprit de solidarité envers son contractant ; qui s'engage en raison de ses capacités financières. L'étendue de l'engagement de la caution profane doit être en rapport avec ses ressources et son patrimoine. Mieux que l'esprit de collaboration ou de solidarité, il doit être exigé du créancier de la modération quand il sollicite l'intervention d'une caution profane.

⁷⁶⁰ C. JAMIN, « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », préc. p. 448.

⁷⁶¹ D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 170, p. 140.

B- La modération dans la souscription du cautionnement

310. Lorsque la caution décide de s'engager dans des conditions qui apparaissent totalement déséquilibrées au regard des ressources dont elle dispose, la bonne foi exige que le créancier l'en dissuade. Dans une telle hypothèse, la bonne foi semble se traduire par une obligation de dissuader la caution de s'engager⁷⁶². Il ne s'agit pas par cette obligation de délivrer à la caution profane un conseil qui lui laisserait toute latitude de choisir de s'engager ou de ne pas s'engager comme le ferait un banquier face à son client emprunteur. Ainsi, le professionnel de crédit devra s'ingérer dans les affaires de la caution ; à ce titre, il devra s'informer de l'opportunité de cet engagement de caution et s'assurer que l'engagement de la caution est adapté à ses capacités financières. Ce comportement du professionnel de crédit non seulement pourrait le mettre à l'abri de toute responsabilité, mais lui assurer la certitude de voir le donneur de garantie respecter son engagement ; en somme s'assurer de l'efficacité de la garantie souscrite. Le professionnel de crédit par cet agissement, démontre sa loyauté dans la formation du contrat, nécessaire à la moralisation de celui-ci. À ce propos, la Cour d'appel de Paris⁷⁶³ avait considéré, dans une affaire où la caution était la mère du gérant d'une SNC, que l'établissement bancaire avait manqué à son devoir de loyauté et engagé sa responsabilité en s'abstenant de dissuader la mère de s'être portée caution, au regard de son âge et de ses capacités de remboursement dérisoires par rapport à son engagement. Dans le même sens, la Cour de cassation⁷⁶⁴ a approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité d'un établissement bancaire à l'égard d'une caution hypothécaire ; qui était la mère du débiteur ayant acquis un fonds de commerce et avait été trompée sur la rentabilité de ce fonds et disposait des revenus disproportionnés au moment de l'opération. Cependant pour que l'exigence de bonne foi soit au service de la proportionnalité de l'engagement de la caution, il appartient à la caution de communiquer au professionnel de crédit, toutes informations utiles et pertinentes permettant une bonne et saine appréciation de ses capacités et perspectives de remboursement. Car, il nous semble que ce n'est pas être de bonne foi que de dissimuler à son cocontractant des éléments utiles et pertinents lui permettant d'apprécier l'opportunité de la garantie.

311. Par ailleurs, s'il s'avère que la caution espérait tirer un avantage pour lui-même de cette opération de cautionnement ; raison pour laquelle elle s'est gardée de mettre l'organisme de

⁷⁶² Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement, le mythe de Sisyphe », préc. p. 856.

⁷⁶³ C. A. Paris, 27 avr. 2001, 15^e ch., sect. B, Rivière c/SA Champex.

⁷⁶⁴ Cass. com. 1^{er} juill. 2003, inédit, n° 00-18154.

crédit dans la capacité d'apprécier l'opportunité de l'engagement ; alors il nous semble qu'il ne peut être reproché à celui-ci un comportement anormal de déloyauté. Cependant, vu qu'il s'agit dans notre hypothèse de cautions désintéressées, dont l'engagement est totalement à l'abri de toute volonté d'enrichissement prévisible ; la déloyauté du professionnel de crédit pourrait être retenue. Il nous semble qu'il est exigé de la part du banquier créancier, une modération dans la souscription du cautionnement des cautions profanes. En effet, il pèse sur le créancier professionnel une obligation de vigilance qui lui impose de s'assurer que les garants sont capables de respecter leurs obligations découlant du contrat. L'idée de garanties raisonnables semble être le fondement de cette obligation. C'est pourquoi l'acceptation par le professionnel de crédit de garanties disproportionnées est, dans certaines circonstances, jugée fautive. Cette obligation est fondée sur une exigence de bonne foi qui est prégnante dans le droit du cautionnement et caractérisée par le développement de l'obligation légale d'information. Il s'agit en réalité plutôt d'un devoir de dissuader la caution de s'engager dans des conditions totalement déséquilibrées au regard des ressources dont elle pourrait disposer. Ce devoir de dissuasion prend la forme dans cette hypothèse d'un devoir de conseil, qui laisse la latitude à la caution d'opérer un choix.

312. En cas de disproportion manifeste, le devoir de loyauté ou même le devoir de coopération, devraient amener le banquier à s'abstenir⁷⁶⁵ dans la constitution de la garantie sous peine de voir engager sa responsabilité. C'est ainsi que, la cour d'appel de Paris a, dans une espèce où une mère s'était portée caution d'une SNC dont son fils était le gérant, considéré que la banque a violé son devoir de loyauté et engagé sa responsabilité en s'abstenant de dissuader la mère d'avoir donné son cautionnement, au regard de son âge et de ses capacités de remboursement très faibles par rapport au montant de son engagement. Il s'agit d'une part de faire peser sur le professionnel de crédit, une obligation de vigilance qui consiste à vérifier si la caution est à mesure de respecter les obligations issues du contrat et, d'observer une certaine modération dans la souscription de la garantie, d'autre part. Ce qui pourrait s'analyser en une sorte de garantie raisonnable. C'est à justement ce que semble indiquer l'article L. 341-4 du Code de la consommation comme suit, « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où elle est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

⁷⁶⁵ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges en l'honneur de M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 349 : l'auteur utilise l'expression devoir d'abstention.

Le législateur a voulu par ce texte, responsabiliser les créanciers professionnels, notamment les banques dans la fourniture de crédits aux personnes qui envisagent de démarrer ou de développer une activité. C'est pourquoi le banquier créancier doit activement s'informer des capacités financières de la caution avant de l'inviter à s'engager ; ce qui l'amène à s'immiscer dans les affaires de la caution, de manière à vérifier la consistance de son patrimoine au regard de l'engagement contracté. Cette modération dans la souscription du cautionnement devrait pouvoir aboutir à limiter l'engagement de la caution profane au montant de la dette contractée par le débiteur principal. De même, la limitation apportée au droit de poursuite du créancier en raison d'impératifs sociaux⁷⁶⁶, participe de cette volonté de modérer ou de réduire l'engagement de la caution.

313. Les différentes obligations légales ou jurisprudentielles, notamment l'obligation d'information et ses diverses variantes ou degrés et l'exigence de proportionnalité, mise à la charge des créanciers bénéficiaires d'un cautionnement, rééquilibrent cette convention naturellement déséquilibrée et donnent lieu aux contrôles de l'équilibre contractuel⁷⁶⁷.

314. La volonté d'introduire un équilibre dans la relation des parties au contrat de cautionnement est réelle et bien affirmée. Néanmoins, l'expression de cette volonté ne se fait pas de manière satisfaisante au regard des implications sur le droit du cautionnement.

⁷⁶⁶ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les sûretés, La publicité foncière, par L. AYNÈS, P. CROCQ, n° 300, p. 125 ;

⁷⁶⁷ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. n° 238, p. 145.

Conclusion chapitre 1 :

315. La prise en compte de la situation de la partie faible ne semblait guère préoccuper le droit civil, en raison du principe de la liberté contractuelle et du postulat de l'égalité juridique des contractants⁷⁶⁸. Cette absence de la personne vulnérable dans le droit commun, s'est retrouvée dans d'autres codes dédiés, particulièrement le Code de la consommation avec la figure du consommateur. Celui-ci, pour parvenir à restaurer un équilibre entre les parties au contrat, a eu recours à l'obligation d'information, la proportionnalité. Ces techniques, ont eu en matière de cautionnement un retentissement à tel point qu'aujourd'hui, le Code civil a fini par les adoptées.

⁷⁶⁸ S. LE GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans le Code civil », *LPA.*, 16 août 2016, n° 119, p. 6 et s.

CHAPITRE 2

LES IMPLICATIONS DU RÉEQUILIBRAGE SUR LE DROIT DU CAUTIONNEMENT

316. Le droit du cautionnement, s'est profondément transformé en raison de plusieurs facteurs. L'un des facteurs importants de cette évolution est la prise en considération de la qualité de la caution pour légiférer l'institution. La prise en compte de la qualité de la caution, traduit la volonté « *d'assurer un équilibre contractuel satisfaisant qui prend en compte l'efficacité du cautionnement, tout en évitant que les plus faibles ne soient à la merci des créanciers scrupuleux* »⁷⁶⁹. Cette préoccupation d'introduire un équilibre dans la relation contractuelle s'exprime au travers d'une « *réglementation impérative du contenu des contrats passés entre des parties qui sont dans une situation d'inégalité structurelle* »⁷⁷⁰. Cela aboutit, nous semble-t-il, à l'adoption de règles différenciées quant à la souscription de la garantie, permettant de s'assurer qu'elle est conforme à l'intérêt des parties, notamment de celle qui est dans une position de faiblesse. D'autant plus que selon Monsieur THÉRY, « *Tout créancier, et plus encore le créancier professionnel qui dispose du temps et des moyens, fera flèche de tout bois pour se garantir. Quitte parfois à se raccrocher à un fétu de paille* »⁷⁷¹. C'est pourquoi la qualité des parties paraît devoir être déterminante pour identifier le régime adéquat applicable à une garantie.

317. Néanmoins, la préoccupation d'un rééquilibrage du contrat découlant de la qualité de la caution a contribué à l'éclatement progressif⁷⁷² du droit du cautionnement (Section 1), dont il en résulte des difficultés quant à la délimitation du champ d'application de certaines règles (Section 2).

⁷⁶⁹ O. GOUT, « Le non-professionnel en droit des sûretés », *RLDC*, mai 2021, n° 192, p. 4.

⁷⁷⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, préc. n° 36, p. 43.

⁷⁷¹ Ph. THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », préc. p. 53.

⁷⁷² A. DUMERY, « Cautionnement et Code de la consommation : d'une ambition protectrice à un éclatement progressif », *RLDC*, 1^{er} févr. 2011, n° 79.

SECTION 1 : L'ÉCLATEMENT DU DROIT DU CAUTIONNEMENT

318. Le cautionnement qui, pendant longtemps, obéissait à un régime unitaire⁷⁷³ était considéré comme un long fleuve tranquille⁷⁷⁴. Mais, affectées par un phénomène de masse, les règles applicables au cautionnement se sont diversifiées. La multiplication des régimes spéciaux à l'initiative du législateur et l'application différenciée par la jurisprudence des règles applicables au cautionnement témoignent de l'état d'éclatement dans lequel se trouve aujourd'hui le droit du cautionnement. Le cautionnement, sûreté personnelle majeure, inscrite depuis 1804 dans le Code civil, confronté à « *un foisonnement de dispositions dérogatoires ou complémentaires, non inscrites dans le Code civil au point qu'au lendemain de la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003, force a été de constater que le droit commun du cautionnement n'était plus dans le Code civil* »⁷⁷⁵. Cet éclatement entre divers codes, en faisait une matière très complexe, incohérente, peu lisible, donc difficilement accessible. Car comme le souligne Monsieur LEGEAIS, « *le législateur a profondément réformé le cautionnement en introduisant dans le Code de la consommation un ensemble de dispositions qui constituent un second droit commun du cautionnement* »⁷⁷⁶.

319. Néanmoins, les circonstances diverses dans lesquelles, le cautionnement est souscrit ne devraient pas empêcher que la place des règles communes de ce mécanisme de garantie soit dans le Code civil, admettant l'existence de règles spécifiques. Pourtant, le cautionnement a connu une dispersion de ses règles (§ 1), perturbant sa stabilité et atténuant certains de ces traits caractéristiques (§ 2) à tel point que depuis 2005, la réforme entreprise était indispensable.

320. L'abrogation des règles contenues dans le Code de la consommation a remis de l'ordre dans le capharnaüm⁷⁷⁷ de certaines dispositions applicables au cautionnement. Le droit du cautionnement, contenu dans le livre IV du Code civil qui lui est consacré, résultait de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Malheureusement, la réforme de fond attendue n'avait pas eu lieu. Dès lors, les dispositions contenues dans le Code de la consommation

⁷⁷³ Ph. THÉRY, *ibid.* ; D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 49, p. 57 ; E. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », préc. p. 36.

⁷⁷⁴ En ce sens, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. n° 25, p. 17 et s., à propos du droit des sûretés en général : « longtemps considéré comme un long fleuve ayant tranquillement traversé le XIX^e et une grande moitié du XX^e siècle, ne subissant que quelques modifications et améliorations ».

⁷⁷⁵ Ph. SIMLER, « Les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 56.

⁷⁷⁶ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 16, p. 25.

⁷⁷⁷ D. HOUTCIEFF, « Le dirigeant caution personne physique, cet oublié », *RLDA*, 1^{er} nov. 2021, n° 175.

avaient été maintenues, faisant persister la dispersion des règles applicables au cautionnement, que l'ordonnance du 21 septembre 2021 vient d'y mettre fin.

§ 1 : La dispersion des règles du cautionnement

321. Les règles qui gouvernaient le cautionnement n'avaient cessé d'évoluer, autant qu'elles se dispersaient, surtout en matière de qualité des parties contractantes. Cette dispersion avait des conséquences importantes sur la compétence des parties car il était exigé par exemple du créancier professionnel des obligations particulières, de même que les cautions profanes et les cautions averties n'avaient pas un traitement identique. Pourtant, les règles censées régir le droit commun du cautionnement ne visaient pas expressément les mêmes catégories de caution. La nécessité de simplifier et moderniser le droit du cautionnement, de l'adapter aux exigences économiques et sociales de la société contemporaine n'était plus à démontrer ; ce, en raison notamment de la dispersion des règles au sein de plusieurs codes différents, rendant « *complexe l'accès et la compréhension de la matière* »⁷⁷⁸. En effet, « *la plupart des règles gouvernant le cautionnement se trouvent au sein du Code civil, si l'on place l'observation d'un simple point de vue quantitatif. La plupart seulement, puisqu'un mouvement législatif contemporain avait eu pour effet de disséminer les règles applicables au cautionnement de façon improvisée* »⁷⁷⁹.

322. Il en est résulté, une dispersion de règles hors le Code civil (A) entraînant l'émergence dans d'autres codes, notamment le Code de la consommation de règles essentielles en matière de cautionnement (B).

A- La dispersion hors le Code civil

323. Le droit du cautionnement est aujourd'hui marqué par la diversité des personnes qui y recourent, qu'elles soient initiées ou profanes. Parallèlement à cette diversité des personnes cautions, il s'est développé une diversité de sources qui n'ont cessé de brouiller sa lisibilité et son accessibilité, compromettant ainsi sa mission qui est de sécuriser les dispensateurs de crédit et de protéger ceux qui y recourent. Ce qui a fait dire au professeur GRIMALDI à l'occasion de la présentation de la proposition de réforme remise au grade des sceaux le 31 mars 2005, que « *la dispersion des textes hors le Code civil, l'accumulation de réformes ponctuelles accomplies sans une vision d'ensemble et l'intensité d'une activité jurisprudentielle parfois incertaine et*

⁷⁷⁸ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 2, p. 3.

⁷⁷⁹ A. DUMERY, « Cautionnement et Code de la consommation : d'une ambition protectrice à un éclatement progressif », préc.

fluctuante se sont conjuguée pour priver le droit français des sûretés d'une bonne part de sa clarté et de sa cohérence »⁷⁸⁰. À cela, on peut ajouter sans excès que le Code civil réglementait, un cautionnement dont la pratique s'en était détourné, voire ignorait⁷⁸¹. Car, la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique, dite « loi Dutreil » avait consacré de nouvelles dispositions essentielles relatives aux parties au contrat de cautionnement et à la forme du contrat. Les règles nouvelles issues de cette réforme s'appliquaient principalement à la caution personne physique dans sa relation avec le créancier professionnel ; ce à quoi la réforme n'a hélas pas dérogé.

324. Cette réforme n'a d'égards que pour la personne physique, sûrement qu'il s'agissait de faire respecter le principe de la dignité de la personne physique, qui est sur toutes les lèvres⁷⁸² par le truchement du cautionnement. Par ailleurs, la relation qui lie la caution personne physique au créancier professionnel de crédit, constituant le socle de la loi, n'admet pas un cautionnement souscrit par une personne physique au profit d'un créancier avisé, si la créance garantie n'a pas de rapport avec l'exercice d'une profession.

325. On peut effectivement faire le constat de l'évolution du droit français du cautionnement à travers la différenciation entre le particulier et le professionnel⁷⁸³, mais cette évolution s'est faite en dehors du Code civil, qui jadis fut le droit commun du cautionnement⁷⁸⁴. Cette évolution des règles du cautionnement en dehors du Code civil a été rendu possible en raison de ce que les textes du Code civil qui régissent la matière, sont restés inchangés depuis 1804. Alors même que leur « *obsolescence avait été solennellement constatée* »⁷⁸⁵, au regard de ce que les pratiques et les besoins ont significativement évolué. L'évolution de la matière fut principalement l'œuvre de la jurisprudence, qui, a essayé d'adapter cette sûreté aux besoins et exigences contemporains. Mais, même si elle présente certaines qualités, elle est difficilement présentable comme modèle. Celle-ci avait généralement trait à la qualité de la caution, qui constitue en effet, le critère contemporain de la protection que la jurisprudence entendait assurer, au regard du danger que représente la souscription des garanties pour autrui⁷⁸⁶ ; ce que semblait ne pas

⁷⁸⁰ M. GRIMALDI, « Orientations générales », *Dr. et patr.* n° 140, sept 2005, p. 50.

⁷⁸¹ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 4, p. 5.

⁷⁸² L. AYNÈS, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr.* 2003, n° 120, p. 28.

⁷⁸³ Ph. THÉRY, « la différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et patr.* préc. n° 92, 2001, p. 53 et s.

⁷⁸⁴ En ce sens, D. LEGEAS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 37, p. 47 : « Le droit commun du cautionnement, à supposer qu'il en existe encore un, n'a plus que partiellement son siège dans le Code civil ».

⁷⁸⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, préc. n° 58, p. 63.

⁷⁸⁶ C. FAVRE-ROCHEX, Sûretés et procédures collectives, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, Bibl. de droit des entreprises en difficulté, 2020, n° 109, p. 108.

porter le droit civil en matière de sûretés. Le législateur a emboîté le pas à la jurisprudence par la multiplication des textes en faveur de telle ou telle catégorie de cautions. Malheureusement par ces interventions, il n'avait toujours pas brillé par sa cohérence.

326. La dispersion des règles en matière de cautionnement, notamment en ce qui concerne par exemple la kyrielle de devoirs imposés aux créanciers, paraissait regrettable puisqu'elle n'éclairait pas suffisamment la matière. Sur cet aspect, nous partageons l'opinion d'auteurs qui affirment que « *l'insuffisance de clarté des règles dispersées du cautionnement peut affecter les cautions qui se croient protégées par le Code de la consommation alors que leur contrat pouvait également se trouver régi par des dispositions figurant dans d'autres codes* »⁷⁸⁷. Puisque des dispositions très importantes étaient contenues dans divers codes tels que le Code de la consommation⁷⁸⁸, le Code de commerce⁷⁸⁹, le Code monétaire et financier⁷⁹⁰, le Code de l'habitat.

327. Mais depuis l'adoption de la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique, nombre de dispositions essentielles figuraient dans le Code de la consommation. Ces dispositions qui avaient vocation à régir tous les cautionnements souscrits par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels, laissaient penser qu'elles constituaient un droit commun du cautionnement⁷⁹¹. Également la jurisprudence a contribué à cette dispersion des règles, puisqu'elle soumet une diversité de cautionnements à des règles distinctes. Mieux, elle restreignit l'opposabilité par la caution des exceptions qu'aurait pu opposer le débiteur principal, altérant ainsi, « *le traditionnel et protecteur caractère accessoire du cautionnement* »⁷⁹². Il en est résulté inévitablement une balkanisation⁷⁹³ du cautionnement qui n'était pas sans poser de difficultés quant aux règles applicables. Les innovations de la jurisprudence et les interventions législatives de circonstance ont fait perdre à la matière sa cohérence et sa lisibilité. De sorte qu'après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, de

⁷⁸⁷ A. CERLES, M. SÉJEAN, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », préc. p. 283.

⁷⁸⁸ Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 ; Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles ; Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003.

⁷⁸⁹ À titre d'exemple, on peut citer les lois du 25 janvier 1985 et du 26 juillet 2005, de même que l'ord. du 18 décembre 2008, relatives aux procédures collectives, comportant de nombreuses dispositions favorables aux cautions et autres garants personnes physiques.

⁷⁹⁰ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, instituant une obligation d'information à la charge des établissements de crédit

⁷⁹¹ D. LEGEAS, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E*, 2003, 1433 ; F. PASQUALINI, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », *LPA*, 3 févr. 2004, p. 3 et s. ; V. AVENA-ROBARDET, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, p. 2083.

⁷⁹² Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 5, p. 7.

⁷⁹³ D. POHÉ-TOKPA, « La caution profane en droit OHADA : la balkanisation du droit du cautionnement », préc. p. 161 ; D. LEGEAS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 39, p. 48.

nombreux auteurs ont affirmé que le droit commun du cautionnement n'était plus dans le Code civil, où elle devrait pourtant naturellement y être⁷⁹⁴.

328. On peut également constater que les outils ou instruments, à savoir la proportionnalité, l'information et le formalisme, utilisés afin de parvenir à un rapport équilibré entre le créancier et la caution en situation de faiblesse ou d'infériorité, se sont développés de manière significative dans le droit consumériste, que la réforme du 21 septembre a opportunément ramené dans le giron du Code civil.

329. Malheureusement face à l'immobilisme du législateur, il a été procédé à une réforme globale du droit civil des sûretés, et surtout en raison de ces interventions ponctuelles, les règles du cautionnement s'étaient dispersées ailleurs que dans le Code civil, dans différentes Codes dont le plus important fut le Code de la consommation. Celui-ci avait produit de nouvelles règles régissant le droit cautionnement à tel point qu'il paraissait comme une source majeure du droit du cautionnement.

B-L' influence progressive du Code de la consommation en matière de cautionnement

330. L'un des aspects de la modernité attendue du droit du cautionnement, nous semblait être la prise en compte de la qualité des parties à l'acte, notamment celle de la caution. À cet égard, le législateur a pris une voie différente de celle de la jurisprudence⁷⁹⁵. Là où, la tendance jurisprudentielle consiste à soumettre les cautions profanes et averties à des règles différentes, le législateur a emprunté la voie de la distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales pour légiférer. Ces règles contenues majoritairement dans le Code de la consommation, ne nous semblent pas entériner suffisamment la distinction entre consommateur et professionnel en matière de cautionnement. Alors même que cette distinction est au cœur de la philosophie du droit de la consommation puisqu'il s'agit d'une discipline dont la vocation est de réglementer les rapports déséquilibrés unissant un professionnel à un consommateur. Bien que s'adressant indifféremment aux personnes physiques, les cautions

⁷⁹⁴ Ph. DELEBECQUE, « Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement ?, *RJ. com.*, 2004, p. 226.

⁷⁹⁵ S. PIEDELIÈVRE, « Pour une réforme du cautionnement », *Mélanges offerts à G. PIGNARRE*, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 30 oct. 2018, n° 13, p. 644.

profanes devraient en pratique être sa cible, c'est-à-dire, celles dont la faiblesse, la méconnaissance des subtilités du crédit⁷⁹⁶, justifie l'intervention du législateur.

331. On est en droit de se demander pourquoi, le droit de la consommation s'intéressait particulièrement au cautionnement, qui est une garantie pour autrui, loin des actes habituels caractérisant des actes de consommation. Selon Monsieur MARGUÉNAUD, « *l'intérêt du droit consumériste pour le cautionnement à quelque chose d'illogique, les cautions n'étant pas la cible de cette matière car : « elles ne consomment rien du tout, elles se bornent à rendre un service (...) [et] s'il existe un lien un peu forcé entre le droit de la consommation et le droit du cautionnement, c'est parce que les lois Neiertz du 23 juin 1989 et du 31 décembre 1989 ont arrimé leurs dispositions protectrices des cautions aux lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979* »⁷⁹⁷. En dépit d'une telle critique, il faut admettre qu'en raison de son objectif de protection du consommateur, c'est à juste titre que les consommateurs débiteurs d'un cautionnement, liés à un créancier professionnel, soient l'objet « *d'une attention particulière et d'une protection grandissante par le législateur* »⁷⁹⁸. Mieux, Madame FENOUILLET estime que, ce sont « *les excès du cautionnement, justifiant un encadrement juridique que le Code civil ne contient malheureusement pas. La théorie générale n'était d'aucun secours, le cautionnement se glissant malaisément dans les classifications de droit commun permettant la protection de la caution (...), le législateur de 1804 se souciant principalement du paiement du créancier* »⁷⁹⁹. Aussi a-t-il souvent été reproché au Code civil de ne pas s'intéresser à la période précontractuelle⁸⁰⁰. En effet, « *l'analyse littérale du Code civil situait le début de la relation contractuelle au jour de l'échange des consentements, en ignorant la période qui l'avait précédé*⁸⁰¹. Alors qu'en matière consumériste, le législateur s'y est intéressé, car le livre premier du Code de la consommation consacre une grande partie à cette question. Effectivement, on peut constater qu'aujourd'hui, en ce qui concerne la formation du cautionnement, les règles relèvent moins du Code civil que du Code de la consommation. On peut résumer l'intérêt du Code de la consommation pour la caution en raison « *du déséquilibre des personnes, le professionnel étant souvent d'un poids économique plus important que le*

⁷⁹⁶ C. FAVRE-ROCHEX, Sûretés et procédures collectives, préc. n° 109, p. 108.

⁷⁹⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, « La protection de la caution par le droit de la consommation », *Ann. Fac. Clermont Ferrand*, préc. p.17.

⁷⁹⁸ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 35, p. 36.

⁷⁹⁹ D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation où comment et pourquoi protéger la caution », préc.

⁸⁰⁰ J. JULIEN, Droit de la consommation, 3^e éd. LGDJ, 2019, n° 15, p. 39.

⁸⁰¹ La réforme du droit des contrats par l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 y a remédié en intégrant cette période essentielle à travers l'article 1112-I, nouveau du C. civ.

consommateur ; déséquilibre dans la maîtrise de l'objet du contrat, la relation unissant un sachant et un profane ; déséquilibre dans la maîtrise juridique de l'opération, le contrat étant en pratique rédigé préalablement par le professionnel, le consommateur n'ayant comme autre choix d'accepter ou de refuser »⁸⁰². Concrètement, « le droit de la consommation ayant pour objectif la protection le consommateur, la partie faible, c'est tout naturellement que les débiteurs de cautionnement liés à un créancier professionnel sont l'objet d'une attention particulière et d'une protection grandissante »⁸⁰³.

332. Le traitement de ces déséquilibres nécessite de recourir à la qualité des parties, ce à quoi le droit de la consommation s'y emploie. À cet égard, l'interaction entre le droit de la consommation et le droit du cautionnement se justifierait par le fait que le droit de la consommation destiné à rééquilibrer les relations contractuelles, c'est tout naturellement qu'il s'est intéressé au déséquilibre entre la position de certaines cautions et celle de certains créanciers, afin de protéger suffisamment ces dites cautions. Ainsi, l'inscription dans le Code de la consommation de dispositions essentielles réglementant le cautionnement, a donné naissance à la catégorie de « caution consommateur »⁸⁰⁴, un particulier assimilable strictement au profane absolu⁸⁰⁵. Cette dernière est qualifiée de consommateur dans le sens où son engagement de caution n'a aucun lien avec son activité commerciale ou professionnelle⁸⁰⁶. Néanmoins, l'assimilation de cette caution à un consommateur ne paraît pas pertinente. Car, selon Madame BOURASSIN, « [elle] ne peut être confondue avec un consommateur au sens strict, car [elle] ne se procure ni n'utilise aucun bien ou service. En conséquence les règles ne devraient pas figurer dans le Code de la consommation. La préférence pour une insertion dans le Code civil peut également se justifier par le fait que ce code est traditionnellement le siège des règles de droit commun et que les règles relatives [à la caution consommateur] pourraient être envisagées comme telles. [L'engagement personnel] souscrit par [une caution

⁸⁰² J. JULIEN, Droit de la consommation, *ibid.*

⁸⁰³ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n 35, p. 36.

⁸⁰⁴ V. en ce sens, M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 892, p. 496, « le garant consommateur est une personne physique qui agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle (...). La cause de son obligation de couverture réside dans les relations affectives qu'il entretient avec le débiteur principal. Compte tenu du fait que le garant consommateur dispose, e principe de connaissances limitées e matière de crédit et de garantie, qu'il ne peut exercer à l'encontre du débiteur qu'un pouvoir de nature psychologique et non juridique, et qu'il ne retire pas nécessairement de son engagement un bénéfice d'ordre patrimonial, le législateur pourrait contraindre les créanciers, quelle que soit en principe leur qualité, à faire spécialement preuve de solidarité et de tempérance à son égard ».

⁸⁰⁵ Ph ; THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés, préc. p. 53.

⁸⁰⁶ V. art L 311-1, 2° du Code de la consommation « Sont considérés comme [...] emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

consommateur] n'est, en effet, que le prolongement du cautionnement service d'ami, qui fait figure de principe dans le Code civil. En outre, l'intégration de toutes les protections de la [caution consommateur] dans le Code civil pourrait conforter l'accessibilité matérielle et l'intelligibilité du droit du cautionnement et renforcer, ce faisant, l'efficacité et la stabilité de ce mécanisme »⁸⁰⁷. Dans ce sens, l'existence de la catégorie de caution consommateur, ne nécessite pas l'émergence d'un ensemble de règles spécifiques dans une autre source, de telle sorte que « le siège principal des dispositions relatives au droit du cautionnement ait sa place dans le droit de la consommation »⁸⁰⁸.

333. L'introduction de règles essentielles du cautionnement dans le droit de la consommation et certaines règles du droit des procédures collectives ont eu pour effet, nous semble-t-il, d'atténuer certains caractères essentiels du cautionnement tel que réglementé par le Code civil.

§ 2 : L'atténuation de certains caractères du cautionnement

334. En principe, le cautionnement est un contrat consensuel, qui est valablement formé par le seul échange de consentements des parties, sans autres exigences pour sa validité⁸⁰⁹. À ce titre, il s'insère dans les catégories usuelles du droit commun des contrats⁸¹⁰, qui veut que « *les parties soient liées irrévocablement dès la rencontre des volontés* »⁸¹¹. Outre le caractère consensuel emprunté du droit commun des contrats, il développe également, une particularité qui le singularise, mais qu'il partage avec d'autres sûretés⁸¹², à savoir son caractère accessoire. C'est-à-dire l'obligation de la caution est placée sous la dépendance de l'obligation principale, celle du débiteur principal : le cautionnement étant au service de la dette principale⁸¹³.

335. Ces caractères ci-dessus exposés, forment avec d'autres⁸¹⁴, les principaux caractères du cautionnement, certes, mais le caractère accessoire est traditionnellement considéré comme

⁸⁰⁷ M. BOURASSIN, *ibid.*, n° 893, p. 497.

⁸⁰⁸ D. LEGEAI, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit du cautionnement », préc. p. 1610.

⁸⁰⁹ P. TAFFOREAU, Droit des sûretés, Sûretés personnelles et réelles, préc. n° 74, p. 82.

⁸¹⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 105, p. 74 ; V. l'article 1172 du Code civil, aux termes duquel « Les contrats sont par principe consensuels ».

⁸¹¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, Droit civil, les obligations, préc. n° 341, p. 382.

⁸¹² Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 46, p. 53 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, n° 43, p. 32.

⁸¹³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Droit civil, Droit des sûretés, par L. AYNÈS et P. CROCQ, 12^e éd., LGDJ, 2018, n° 121, p. 46.

⁸¹⁴ Il s'agit des caractères unilatéral, gratuit ou onéreux, civil ou commercial, simple ou solidaire...

étant le trait essentiel du cautionnement⁸¹⁵. « les nombreuses interférences entre le droit du cautionnement et les droits voisins, exposés en permanence aux évolutions économiques ont atténué ces caractères. Ainsi, le caractère consensuel doit se combiner avec les exigences formalistes du droit de la consommation ; de même, son caractère fondamentalement accessoire est-il perturbé par le droit des procédures collectives, lequel fait traditionnellement peser sur la caution les risques d'altération du droit de poursuite du créancier à l'encontre du débiteur »⁸¹⁶. En effet, diverses interventions du législateur afin de rétablir un équilibre entre les parties ont non seulement créés plusieurs catégories de cautions, mais ont également atténué les caractères consensuel et accessoire du cautionnement⁸¹⁷. Certaines lois⁸¹⁸, en instaurant un dispositif d'ordre public dans le but de protéger la caution du crédit à la consommation et du crédit immobilier, ce, aux moyens de la notification préalable de l'offre de crédit, de l'instauration d'un délai de réflexion et d'un droit de rétractation, ont fortement tempéré ces caractéristiques du cautionnement. De même qu'il est organisé au profit de ces catégories de caution un formalisme à titre de validité du contrat. Toutes ces interventions en dehors du Code civil ont fortement atténué aussi bien le caractère consensuel (A) qu'accessoire du contrat de cautionnement (B).

A- L'atténuation du consentement en matière de cautionnement

336. Comme nous l'avons rappelé plus haut, le contrat de cautionnement est par principe un contrat consensuel en dépit des exigences de l'article 1326 du Code civil (devenu article 1376)⁸¹⁹. Ce principe en matière de cautionnement peut paraître étonnant, quand on connaît le risque que constitue cette garantie pour certaines cautions⁸²⁰. Pourtant, il reste toujours valable

⁸¹⁵ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 43, p. 53 ; Y. PICOD, Droit des sûretés, préc., n° 29, p. 45 ; Ph. SIMLER, *ibid.*, n° 47, p. 53 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Droit civil, Droit des sûretés, par L. AYNÈS et P. CROCQ, *ibid.*, n° 122, p. 46.

⁸¹⁶ Y. PICOD Droit des sûretés, *ibid.*

⁸¹⁷ Y. PICOD, Droit des sûretés, *ibid.*, n° 28, p. 42.

⁸¹⁸ L. n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs, loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 relative à l'amélioration des rapports locatifs, loi n° 89-1010 du 31 décembre relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, relative à la lutte contre les exclusions, loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, toutes intégrées dans le Code de la consommation.

⁸¹⁹ Art. 1376, issu de l'ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016, en vigueur depuis le 1^{er} oct. 2016, « L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres ».

⁸²⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 120, p. 81, « Ce consensualisme peut surprendre dans la mesure où le cautionnement est un acte grave et inhabituel pour le garant, celui-ci engageant l'ensemble de son patrimoine pour garantir la dette d'un tiers et risquant de s'appauvrir sans contrepartie ».

puisque'il n'a « *jamais ouvertement été remis en cause* »⁸²¹. Néanmoins, cette règle ne reflète qu'une réalité partielle. En effet, elle contient de nos jours, d'importantes atténuations dans la mesure où la prise en compte de différents déséquilibres susceptibles d'aggraver la situation des cautions, a suscité l'exigence d'un nouveau formalisme sous l'influence du droit de la consommation⁸²², qui semble avoir remis en question le principe du consensualisme en matière de cautionnement.

337. L'atténuation du consentement par « la formalisation » du consentement s'est imposée à la fin des années 1980, mais c'est avec la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique qu'elle a pris de l'importance. Celle-ci a introduit plusieurs exigences formelles dans la constitution des cautionnements sous seing privé souscrits par des cautions personnes physiques au profit de créanciers professionnels. Afin de s'assurer que la caution, qualifiée de faible ou ignorante, s'engage en connaissance de cause, « *différentes exigences d'ordre formel caractérisent désormais la période précédant la signature du cautionnement* »⁸²³. De même, la conclusion du contrat de cautionnement est soumise à la rédaction d'un acte sous seing privé contenant des mentions manuscrites exigées par la loi.

338. L'exigence de ces formalités à peine de nullité tempère de toute évidence le caractère consensualisme du cautionnement. Ainsi, le processus de conclusion du contrat est-il entouré d'un formalisme visant au renforcement de l'information destinée à la partie qui s'engage. À ce titre, le législateur exige que le contrat soit passé par écrit et comporter certaines mentions obligatoires, parfois écrites de la main même de celui qui s'oblige⁸²⁴. De même, la loi impose en amont de la conclusion du contrat, la remise d'un document précontractuel spécifique⁸²⁵. Toutes ces mesures préventives destinées à éclairer les parties sur le contrat qu'elles se

⁸²¹ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 52, p. 63.

⁸²² C. ALBIGES, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », *Liber Amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2003 ; D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *RDC*, 2004, p. 304 et s. ; D. HOUTCIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », préc.

⁸²³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 123, p. 83.

⁸²⁴ V. art. L. 331-1 du Code de la consommation « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X..., n'y satisfait pas lui-même" ».

⁸²⁵ V. art. L. 313-24 du Code de la consommation « Pour les prêts mentionnés à l'article L. 313-1, le prêteur formule par écrit une offre adressée gratuitement sur papier ou sur un autre support durable à l'emprunteur ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques.

Cette offre est accompagnée de la fiche d'information standardisée européenne mentionnée à l'article L. 313-7 lorsque ses caractéristiques sont différentes des informations contenues dans la fiche d'information fournie précédemment le cas échéant ».

préparent à conclure, ont de toute évidence amoindri le traditionnel principe du consensualisme du Code civil. Et un auteur estime qu'au « *regard de la jurisprudence rendue en application de l'article 1376 du Code civil, le cautionnement n'est plus tout à fait un contrat consensuel, sans être pour autant un contrat formel* »⁸²⁶. D'autres auteurs affirment que « *lorsque ces formalités imposées à peine de nullité sont applicables, le cautionnement n'est donc plus un contrat consensuel* »⁸²⁷. C'est-à-dire que sanctionner le défaut d'accomplissement de ces formalités par la nullité, fait perdre au cautionnement son caractère consensuel, le transformant en un contrat formel ou solennel. Si on peut constater effectivement que les exigences formelles altèrent ou même atténuent le caractère consensuel du cautionnement, cela n'en fait pas pour autant un contrat formel. Il reste que ces formalités dont la finalité est de protéger le consentement de la caution profane, « *réduisent sensiblement, au moins indirectement, la portée du principe du caractère consensuel du cautionnement* »⁸²⁸. Le cautionnement, contrat en principe consensuel, devient en droit de la consommation, formaliste⁸²⁹ ; d'où l'émergence progressive d'un droit spécial des sûretés.

339. Outre l'information des contractants, le législateur prévoit dans certaines hypothèses, un formalisme indirect, en aménageant « *une période au cours de laquelle celui qui a exprimé un premier consentement peut en quelque sorte retrouver ses esprits, réfléchir à tête froide sur l'opportunité ou la portée de son engagement* »⁸³⁰. À cet effet, la loi oblige le créancier à transmettre à la caution l'offre préalable du contrat de crédit remise à l'emprunteur cautionné⁸³¹ ; transmission accompagnée d'un délai de réflexion et d'un droit de rétractation, similaires à celui de l'emprunteur.

340. Le délai de réflexion est celui au cours duquel, celui à qui l'offre est destinée, ne peut manifester d'acceptation. Dans ce cas, il y'a une sorte de paralysie momentanée de la procédure de conclusion du contrat⁸³². Il en va ainsi, de l'article L. 313-34, alinéa 2 du Code de la consommation, lequel dispose que « L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des

⁸²⁶ M. MIGNOT, Droit des sûretés et de la publicité foncière, préc. n° 53, p. 46.

⁸²⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid*, n° 123, p. 84 ; D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, n° 90, p. 57, « D'un contrat consensuel, le cautionnement est aujourd'hui devenu, dans la majeure partie des cas, un contrat solennel ».

⁸²⁸ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 53, p. 65.

⁸²⁹ S. PIEDELIÈVRE, « Les garanties du crédit immobilier », *LPA*, 29 avril 1998, n° 51, p. 17 et s.

⁸³⁰ B. FAGES, Droit des obligations, 10^e éd., LGDJ, 2020, n° 103, p. 107.

⁸³¹ V. article L. 312-18 du Code de la consommation, tel que modifié par l'ordonnance n° 2017-1433 du 04 octobre 2017 « L'offre de contrat de crédit est établie sur support papier ou sur un autre support durable. Elle est fournie en autant d'exemplaires que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions ».

⁸³² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, Droit civil, Les obligations, préc. n° 341, p. 382.

cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation est donnée par lettre, le cachet de l'opérateur postal faisant foi, ou selon tout autre moyen convenu entre les parties de nature à rendre certaine la date de l'acceptation par l'emprunteur ». Le délai de réflexion est donc une période accordée au consommateur pour réfléchir à son engagement avant de signer le contrat.

341. Ce mécanisme dont la durée varie en fonction du type de contrat, permet de mettre le contractant, ici la caution, considéré comme faible, à l'abri d'engagements irréfléchis. Son utilité à l'égard de la caution profane nous paraît indubitable car prendre le soin de s'imprégner des conditions du contrat, consulter des proches pour conseil avant de donner définitivement son consentement participe de manière efficace à équilibrer les relations contractuelles et à protéger ladite caution. La remise de l'offre, accompagnée d'un délai raisonnable de réflexion est assurément pour nous un moyen d'atteindre l'objectif d'un équilibre entre la protection de la caution profane et l'efficacité du cautionnement. Ici, le consentement est différé, voire retardé utilement en ce sens que le délai de réflexion protège le libre arbitre de la caution profane, en garantissant une saine organisation du contrat de cautionnement dont l'anormalité et la dangerosité pour cette dernière ne sont pas contestables⁸³³.

342. Quant au droit de rétractation⁸³⁴, il permet à celui qui en est le bénéficiaire de revenir sur son consentement⁸³⁵ pendant un certain délai. Ce mécanisme nous apparaît comme une véritable atténuation du principe traditionnel du consensualisme. En effet, la partie bénéficiaire du droit de se rétracter ou de se repentir⁸³⁶ est celle qui a déjà donné son consentement, rendant le contrat valablement formé à cette date⁸³⁷. Celui-ci sera exécuté à l'expiration du délai prévu pour la rétractation. Avant l'expiration de ce délai, la partie qui en bénéficie, à la faculté de retirer son consentement qu'elle avait déjà donné. Mais la nature juridique du droit de rétractation n'est pas unanimement partagée par la doctrine. Un courant de la doctrine, estime que cette technique a pour effet de suspendre la procédure de conclusion du contrat, lequel deviendra définitif qu'à l'expiration du délai prévu par la loi⁸³⁸. Une autre partie estime qu'il anéantit un contrat déjà

⁸³³ É. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028.

⁸³⁴ B. FAGES, *ibid.*

⁸³⁵ P. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* 1998, n° 60, p. 78 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDE, *Droit civil, Les obligations*, préc. n° 341, p. 382

⁸³⁶ E. BAZIN, « Le droit de se repentir en droit de la consommation », *ibid.* ; R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD. civ.* 1984, 226 ; L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur », *JCP.* 2000, I. 218.

⁸³⁷ J. JULIEN, *Droit de la consommation*, préc. n° 169, p. 216.

⁸³⁸ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, préc. n° 374, p. 419, pour qui, il s'agit « plutôt de renonciation que de rétractation » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDE, *ibid.* ;

formé par l'échange des consentements⁸³⁹, et non l'altération du processus de formation du contrat, mais plutôt sa force obligatoire. Cette position semble être celle de la Cour de cassation⁸⁴⁰ qui, statuant en matière d'acquisition d'immeuble, a reproché aux juges du fond d'avoir prononcé la résolution de la vente aux torts des acquéreurs « *alors que l'exercice par M. Y... de son droit de rétractation avait entraîné l'anéantissement du contrat* ». Dans ce cas, le droit de rétractation ne doit pas être confondu avec la faculté de dédit ou encore le délai de réflexion.

343. Prévu à l'article 1590 du Code civil, le dédit offre en effet, la possibilité de retirer son consentement et de renoncer au contrat, sauf qu'il s'agit d'un aménagement contractuel, c'est-à-dire une clause contractuelle permettant à l'une des parties de se délier de son engagement. Dans une telle hypothèse, cette clause du contrat fixe le versement d'une somme comme étant « *le prix à payer pour se dédire* »⁸⁴¹. Alors que l'exercice du droit de rétractation est discrétionnaire car il n'est soumis à aucun motif, ni à des frais de paiement.

Relativement au délai de réflexion, le consentement n'intervient qu'après l'expiration du délai fixé pour accepter l'offre. Il s'agit plutôt de retarder la formation du contrat, et non son exécution comme en matière de rétractation.

344. L'utilité de ces mécanismes dans le processus de conclusion du contrat apparue indéniable, à tel point que le Code civil s'en est emparé. Car, l'article 1122, nouveau du Code civil, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, dispose que « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ». Désormais le droit commun des contrats prévoit une période au cours de laquelle, le contractant peut se donner un délai de réflexion ou exercer un droit de rétractation. Ce texte s'applique au cautionnement au regard de ce que le contrat de cautionnement est régi par les dispositions du droit commun. Appliqué au cautionnement, le caractère consensuel de celui-ci en sera atténué, établissant l'évidence de l'influence du Code de la consommation.

⁸³⁹ B. FAGES, Droit des obligations, préc. n° 103, p. 108 ; J. JULIEN, Droit de la consommation, préc. n° 169, p. 217.

⁸⁴⁰ Cass. 3^e civ. 13 févr. 2008, n° 06-20334, *Bull. civ.* III, n° 29 ; *RTD. civ.* 2008, 293, obs. B. FAGES.

⁸⁴¹ J. JULIEN, Droit de la consommation préc. n° 169, p. 217.

345. Le consensualisme n'est pas le seul caractère du cautionnement à connaître un affaiblissement, puisque le trait essentiel du cautionnement, à savoir son caractère accessoire a subi une atténuation en raison de l'application d'autres textes.

B- L'atténuation du caractère accessoire du cautionnement

346. Le cautionnement est un contrat accessoire. Ce caractère de l'obligation de la caution est considéré comme étant de l'essence du cautionnement. Le caractère accessoire est un trait particulier de l'engagement pris par la caution⁸⁴². En effet, cette particulière caractéristique du cautionnement exprime sa dépendance⁸⁴³ par rapport à une obligation principale, à laquelle elle doit son existence. En outre, ce caractère est souvent utilisé pour distinguer le cautionnement d'autres sûretés personnelles⁸⁴⁴, d'une part, qui d'ailleurs sont qualifiées de sûretés personnelles non accessoires⁸⁴⁵, et pour affirmer son originalité⁸⁴⁶ par rapport à d'autres contrats⁸⁴⁷, d'autre part. Le caractère accessoire éclaire le régime du cautionnement puisque de nombreuses règles en résultent. C'est pourquoi la plupart des auteurs⁸⁴⁸ soutiennent que le caractère accessoire est de l'essence même du cautionnement⁸⁴⁹.

347. Ce caractère est naturellement attribué au cautionnement en raison de ce que la caution prend en charge la dette contractée uniquement par le débiteur principal. C'est ainsi que la Cour de cassation, a dans un arrêt en date du 8 juin 2017, décidé que les conventions en cause ne « *constituant pas des conventions autonomes et distinctes les unes des autres, mais des contrats s'inscrivant dans le cadre d'un protocole d'accord global du 30 octobre ; qu'il constate qu'il est clairement prévu à ce protocole que si M. Y... décidait de se substituer une personne morale ou une personne physique, il resterait néanmoins garant de la bonne exécution de la convention et serait solidaire du paiement du prix des actions et du compte courant ; que de ces*

⁸⁴² C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 26, p. 21.

⁸⁴³ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 59, p. 63.

⁸⁴⁴ La lettre d'intention et la garantie autonome, qui forment avec le cautionnement la catégorie des sûretés personnelles nommées.

⁸⁴⁵ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 12, p. 11.

⁸⁴⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Droit civil, Droit des sûretés, par L. AYNES et P. CROCQ, préc. n° 122, p. 46.

⁸⁴⁷ Par exemple, les contrats de vente, de prêt et de louage...

⁸⁴⁸ *Contra*, M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 134 et s., qui estiment que cette « accessoriété est commune à toutes les garanties, d'où la proposition d'un caractère accessoire renforcé spécifique au cautionnement ».

⁸⁴⁹ D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* 2001, p. 68 ; D. GRIMAUD, Le caractère accessoire du cautionnement, PUAM, préf. D. LEGEAIS ; J. FRANÇOIS, Droit civil T. VII : Les sûretés personnelles, éd. Economica, 2004, n° 30 ; C. ALBIGES, « La caducité et le contrat de cautionnement », préc. n° 14, p. 6.

constatations, la cour d'appel a exactement déduit que M. Y... ne s'était pas engagé à payer la dette du cessionnaire substitué, mais en était demeuré codébiteur solidaire, de sorte que son engagement personnel ne revêtait pas un caractère accessoire et, partant, n'était pas soumis aux règles du cautionnement »⁸⁵⁰. Les hauts magistrats ont rejeté le pourvoi car ils considèrent que l'engagement personnel du demandeur au pourvoi n'avait pas un caractère accessoire ; donc ne pouvait se voir appliquer les règles du cautionnement. Il en résulte, une distinction entre la caution et le codébiteur solidaire. Ainsi, la caution s'engage-t-elle à payer au créancier l'obligation du débiteur principal si ce dernier est défaillant. Alors, que le codébiteur solidaire est tenu de payer « *sans qu'il faille justifier de la défaillance d'un autre* »⁸⁵¹. L'engagement solidaire peut exercer une fonction de garantie, sans pour autant être un cautionnement puisqu'il est dépourvu de l'accessoire. Comme le dit si bien Monsieur SIMLER, « *tout garant n'est pas une caution* »⁸⁵².

348. En réalité, le principe de l'accessoire du cautionnement se déduit principalement de la loi puisqu'il résulte de l'article 2288 du Code civil, que le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Au regard de cette disposition légale, la caution est un débiteur accessoire, c'est-à-dire un débiteur de second rang⁸⁵³, tenu de payer si le débiteur principal fait défaut.

349. Outre le texte suscité, plusieurs dispositions, tout aussi essentielles déduisent des conséquences du caractère accessoire du cautionnement⁸⁵⁴. Il en était ainsi de l'ancien article 2313 du Code civil, aux termes duquel « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ». Alors, on n'en vient à l'analyse que la conséquence attachée au principe du caractère accessoire du cautionnement, est la faculté pour la caution poursuivie d'opposer au créancier, les exceptions susceptibles d'être invoquées par le débiteur principal⁸⁵⁵. Ainsi, la caution est-elle en droit d'opposer au créancier toute cause d'extinction de la dette principale. Car, lorsque l'obligation

⁸⁵⁰ Cass. com. 8 juin 2017, arrêt n° 15-28438, *Bull. civ.* IV, n° 62 ; *BJS*, 1^{er} oct. 2017, n° 10, p. 614, note B. DONDERO. Cet arrêt rendu en matière de cession d'action est néanmoins intéressant quant à l'affirmation du caractère accessoire du cautionnement, le distinguant d'avec l'engagement personnel d'un codébiteur solidaire.

⁸⁵¹ B. DONDERO, « La substitution avec garantie dans une opération de cession d'actions : un cautionnement ? », *BJS*, 1^{er} oct. 2017, n° 10, p. 614 et s.

⁸⁵² Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, préc. n° 47 et s., p. 53.

⁸⁵³ Il s'agit d'un engagement subsidiaire, néanmoins la caution peut être poursuivie à titre principal dans le cas d'un cautionnement stipulé solidaire.

⁸⁵⁴ Les articles 2289 et 2290 concernent la formation du cautionnement, l'article 2313 est relatif aux effets de la garantie...

⁸⁵⁵ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, préc. n° 26, p. 22 ; Ph. SIMLER, « cautionnement et coobligation », *in* *Études 105 éléments caractéristiques du cautionnement*, *RLDS*, oct. 2017.

principale disparaît, quel que soit le mode de disparition (paiement, novation, remise de dette, compensation, confusion, dation en paiement...), l'engagement de la caution devient caduc⁸⁵⁶ ; il s'agit d'une extinction par voie accessoire⁸⁵⁷. La réalisation de « *l'anéantissement par ricochet* »⁸⁵⁸ du contrat de cautionnement est illustrée dans différentes décisions. On peut citer à titre d'exemple, un cas où un prêt cautionné avait été octroyé et dont l'efficacité était subordonnée à la condition non réunie de domiciliation des revenus du débiteur chez le créancier. Le contrat de prêt ayant été déclaré caduc, la Cour de cassation en a déduit que « *la caution pouvait opposer au créancier une telle exception inhérente à la dette cautionnée et faire ainsi constater, à son seul profit, la caducité de la convention principale, comme stipulée par une de ses clauses* »⁸⁵⁹. Dans un autre cas, une caution avait pris l'engagement de cautionner le remboursement d'un contrat de crédit-bail destiné au financement d'un navire de plaisance en vue de son exploitation. À la suite de la défaillance du constructeur du navire, le contrat de crédit-bail a été judiciairement résolu. Les hauts magistrats français ont considéré que « *la disparition de l'obligation principale a rendu caduc l'engagement de la caution en raison de son caractère accessoire* »⁸⁶⁰.

350. Ces différentes illustrations démontrent l'importance de la portée du principe du caractère accessoire sur les règles du cautionnement. En dépit de son importance, ce trait spécifique du cautionnement n'est pas expressément affirmé par le législateur⁸⁶¹. N'empêche que, le principe du caractère accessoire du cautionnement imprègne tout le régime du contrat de cautionnement. Toutefois, il a souvent été remis en cause⁸⁶², et à même été considérés comme l'une des faiblesses du cautionnement⁸⁶³. À ce propos, Monsieur LEGAIS considère que « *le caractère accessoire apparaît aujourd'hui comme le talon d'Achille de la garantie,*

⁸⁵⁶ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, Droit des sûretés, préc. n° 353 ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 109 ; C. ALBIGES, « La caducité et le contrat de cautionnement », préc. n° 14, p. 6.

⁸⁵⁷ M. MIGNOT, Droit des sûretés et de la publicité foncière, préc. n° 449 et s., p. 179.

⁸⁵⁸ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 760, p. 766.

⁸⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ. 12 juin 1990, n° 88-18808, *Bull. civ. I*, n° 158, *RTD. civ.* 1990, p. 692, obs. M. BANDRAC.

⁸⁶⁰ Cass. com. 26 juin 2001, inédit n° 98-13684.

⁸⁶¹ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, *ibid* ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 134, p. 86.

⁸⁶² D. HOUTECIEFF, « La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement, in Quelle protection pour la caution ? », *RDBF.*, 2012, n° 5, p. 63.

⁸⁶³ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », *RLDA*, juin 2008, n° 31, p. 103, « Il est évident que [le cautionnement] présente des faiblesses structurelles, qui sont en tant que telles, irrémédiables, sauf à dénaturer cette sûreté. Il en est ainsi, par exemple, de son caractère accessoire. S'il s'agit effectivement d'une faiblesse, en ce que le caractère accessoire lie le sort du cautionnement à un autre contrat, et multiplie donc les risques d'anéantissement ou d'inefficacité, il paraît difficile d'y remédier, sans dénaturer le cautionnement ».

*puisque'il sert de fondement à de nombreux moyens de défense à la caution poursuivie*⁸⁶⁴. *C'est pour l'écarter que les créanciers exigent des garanties indépendantes* ». En effet, outre la confusion résultante de certaines dispositions du Code civil⁸⁶⁵, « *les coups de boutoir portés par la jurisprudence au principe de l'accessoire de cette garantie, génèrent des tensions en matière de cautionnement* »⁸⁶⁶. L'éloquence de certaines décisions dans l'affaiblissement du caractère accessoire du cautionnement⁸⁶⁷ est telle, qu'on n'a pu se demander si le cautionnement est encore une sûreté accessoire⁸⁶⁸. En raison du caractère accessoire du cautionnement, la caution devrait pouvoir opposer au créancier toutes les exceptions que pourrait invoquer le débiteur principal⁸⁶⁹. Mais, une distinction avait été établie entre les exceptions inhérentes à la dette (la nullité, la résolution, l'exception d'inexécution...) que pouvait invoquer la caution comme moyens de défense en cas de poursuite du créancier, et les exceptions purement personnelles au débiteur⁸⁷⁰ (l'incapacité, la remise de dette, l'octroi d'un terme...) dont la caution ne pouvait s'en prévaloir. Le Code civil ne définissait pas ce qu'était une exception inhérente à la dette ou une exception purement personnelle au débiteur, il en résultait une application peu rigoureuse de ce critère et une divergence entre les chambres de la Cour de cassation à propos de leur interprétation. Pour y mettre fin, la chambre mixte de la Cour de cassation a, dans une décision en date du 8 juin 2007, très critiquée par la plupart des auteurs, affirmé qu' « *une caution qui n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds de commerce, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle* »⁸⁷¹. Il s'agit d'une décision qui a remis lourdement en question le caractère accessoire du cautionnement. Il

⁸⁶⁴ D. ARLIE, « La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution », *LPA*, 3 oct. 2001, n° 197, p. 3.

⁸⁶⁵ Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, préc. n° 49, p. 56 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 59, p. 64, à propos de la distinction entre exceptions inhérentes à la dette et exceptions purement personnelles au débiteur résultant de l'interprétation des articles 2289 et 2313 du Code civil.

⁸⁶⁶ J.-J. ANSAULT, « Droit des sûretés septembre 2019/ septembre 2020 », *Dr. et patr.* 1^{er} oct. 2020, n° 306.

⁸⁶⁷ V. notamment, Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15602, *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *D.* 2007, p. 1782, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G* 2007, II, n° 10138, obs. Ph. SIMLER, *D.* 2007, p. 2201, note D. HOUTCIEFF ; *JCP G* 2007, I, n° 374, obs. J. CASEY ; *JCP E* 2007, 1861, note S. PIEDELIÈVRE ; *RTD com.* 2007, p. 585, obs. D. LEGEAIS ; *RDBF.* 2007, p. 16, obs. A. CERLES ; *RLDC* 2007/41, n° 2660, note L. AYNÈS ; *RLDA* 2007/19, n° 1174, note p. BOUTEILLER ; *D.* 2008, p. 2104, obs. P. CROCQ.

Cass. com. 22 mai 2013, inédit, n° 11-20398 ; Cass. 1^{re} civ. 11 déc. 2019, n° 18-16147 ; *GP.*, 25 févr. 2020, n° 08, p. 66, note M. BOURASSIN ; *RDC.*, 11 juin 2020, n° 02, p. 42, note R. LIBCHABER ; Cass. com. 27 janv. 2021, n° 18-22541, *LEDB.*, 2021, n° 3, p. 5, obs. M. MIGNOT ; *LEDC.*, 2021, n° 3, p. 2, obs. N. LEBLOND.

⁸⁶⁸ Ph. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », préc. p. 497.

⁸⁶⁹ Sauf dans le cas de minorité, interprété comme ne dérogeant pas au caractère accessoire en raison de l'incapacité du débiteur.

⁸⁷⁰ V. ancien article 2313 du C. civ.

⁸⁷¹ Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15602, préc.

en fut ainsi dans des domaines et hypothèses variés, notamment en matière de procédure collective⁸⁷² ou de procédure de surendettement⁸⁷³, où la caution est souvent traitée plus durement que le débiteur principal. Également, il a été décidé que la prescription biennale de la dette du consommateur ne bénéficiait pas à la caution, cette exception devant être qualifiée de personnelle⁸⁷⁴.

351. Enfin, un arrêt a remis gravement en cause le caractère accessoire du cautionnement en considérant que la rupture abusive du crédit consentit au débiteur principal et ouvrant à celui-ci un droit à dommages et intérêts, constitue une exception non inhérente à la dette que la caution ne peut donc opposer au créancier⁸⁷⁵. Ces décisions ont laissé penser à un démantèlement du caractère accessoire du cautionnement⁸⁷⁶ ou même laisser croire que « *l'avenir du cautionnement passait peut-être par une remise en cause partielle de la règle de l'accessoire, qui ne devrait même pas être invoquée dans les procédures collectives afin de rétablir l'efficacité de la sûreté* »⁸⁷⁷.

352. Les atteintes portées au caractère accessoire du cautionnement relèvent, nous semble-t-il, de la part d'incertitude et d'hésitation que contiennent parfois les solutions prétoriennes. C'est pour cette raison, des auteurs ont proposé très justement que la réforme du droit du cautionnement supprime la distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles au débiteur, qui est la source des solutions imprévisibles, voire incohérentes⁸⁷⁸. C'est ainsi que, les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés⁸⁷⁹ ont proposé de restituer pleinement au cautionnement son caractère accessoire⁸⁸⁰, c'est-à-dire revenir à une

⁸⁷² Cass. com. 12 juillet 2011 : *Juris-Data* n° 2011-01014300; *Bull. civ.* IV, n° 118 ; *D.* 2011, p. 1894, obs. LIENHARD ; *RTD. com.* 2011, p. 625, obs. D. LEGEAIS ; *Dr. et patr.* févr. 2012, p. 84, obs. Ph. DUPICHOT ; *RDBF.* 2011, comm. 162, obs. A. CERLES.

⁸⁷³ Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 1996, n° 94-12856 ; *D.* 1997, jur. p. 141, concl. J. Sainte-Rose et note Moussa T ; *JCP G* 1997, II, n° 22780, note Ph. MURY ; E. BROCARD, « Cautionnement et surendettement », *CDA.* 1998, n° 106, p. 318 ; *D.* 1997, somm. 178, obs. D. MAZEAUD.

⁸⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 11 déc. 2019, n° 18-16147 ; *GP.*, 25 févr. 2020, n° 08, p. 66, note M. BOURASSIN ; *RDC.*, 11 juin 2020, n° 02, p. 42, note R. LIBCHABER.

⁸⁷⁵ Cass. com. 22 sept. 2009, inédit, n° 08-10389 ; *JCP E* 2010, 1036, obs. Ph. SIMLER ; *RDBF.* nov.-déc. 2009, p. 58, obs. A. CERLES.

⁸⁷⁶ Ph. SIMLER, « Le démantèlement du caractère accessoire du cautionnement », *JCP G* 2011, n° 41, suppl., 8.

⁸⁷⁷ D. LEGEAIS, *Droit de sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 59, p. 64.

⁸⁷⁸ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 139, p. 89 et s ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garantie du crédit*, n° 62, p. 66 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, préc. n° 49, p. 59.

⁸⁷⁹ V. le projet de réforme du cautionnement initié, mais inachevé de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ; M. GRIMALDI, D. MAZEAUD, Ph. DUPICHOT, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.

⁸⁸⁰ A. BÉZERT, « L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant : un coup d'été dans l'eau ? », *RLDC*, 1 janv. 2018, n° 155, p. 48 et s.

conception absolue du caractère accessoire⁸⁸¹, en permettant à la caution d'opposer toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur. Ce qui est le cas, puisque l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme des sûretés, dans ses dispositions consacrées au cautionnement, dispose à l'article 2298 que « La caution peut opposer au créancier toutes exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur... ». En cela, l'épicentre de la réforme semble se situer au niveau du caractère accessoire du cautionnement, dont la restauration est une source de cohérence. Préserver le caractère accessoire du cautionnement permet au cautionnement de remplir sa fonction car ce caractère demeure, « *non seulement une clé de voûte conceptuelle, mais surtout un principe d'ordonnement permettant l'unification d'un grand nombre de solutions sous une logique d'ensemble* »⁸⁸².

353. De manière générale, toute remise en cause du caractère accessoire du cautionnement qui priverait la caution de moyens de défense efficaces, serait une sorte de dénaturation de la garantie elle-même. Maintenir le principe d'opposabilité et admettre certains tempéraments nous semble répondre à l'objectif de limitation de l'insécurité juridique recherchée par la réforme du cautionnement, surtout pour les cautions profanes, lesquelles s'engagent très souvent en ignorance toutes les modalités de l'obligation principale. D'ailleurs, nous pensons que réaffirmer de façon plus nette le caractère accessoire du cautionnement, c'est répondre au souci d'équilibre entre la protection de la caution et la restauration de l'efficacité de la sûreté⁸⁸³.

354. Certains droits voisins, notamment le droit de la consommation, ont un objectif qui en soi est louable, mais laisse entrevoir de sérieuses réserves⁸⁸⁴. En effet, en matière de cautionnement, le critère principal d'application des règles est la qualité de personne physique de la caution, indépendamment de sa condition de consommateur. Ce qui nous paraît être un dévoiement inévitable de son rôle. Par ailleurs, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi « PACTE », autorisant le gouvernement français à réformer le droit des sûretés a fait le choix de la protection de la caution personne physique puisque, cette loi indique que l'objectif est de « Réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer

⁸⁸¹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 62, p. 67.

⁸⁸² R. LIBCHABER, note ss. Cass. 1^{re} civ. 11 déc. 2019, n° 18-16147, *Bull. civ. I*, 2019 ; *RDC*, 11 juin 2020, n° 116, p. 42 et s.

⁸⁸³ Ph. SIMLER, « Les sûretés personnelles », in Rapport GRIMALDI : Pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et patr.* sept. 2005, n° 140, p. 56.

⁸⁸⁴ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 239, p. 92.

l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique »⁸⁸⁵. C'est ce qu'ont retenu les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés.⁸⁸⁶ Cette démarche nous paraît cohérente, en raison de la proposition d'abrogation des textes relatifs au cautionnement inclus dans le Code de la consommation afin de les intégrer dans le Code civil. L'incorporation dans le Code civil de certaines règles essentielles du droit de la consommation, en dehors de celles réellement spécifiques, est une démarche efficiente pour la lisibilité et l'efficacité du cautionnement. Toutefois, faire de la personne physique l'épicentre de la préoccupation ne nous semble pas totalement justifié. La réforme devrait procéder à une distinction entre personnes physiques cautions averties ou non, afin de mieux juguler l'énorme contentieux souvent relatif à la qualité de la personne.

355. Le développement exponentiel des cautionnements spéciaux qui présentent un particularisme marqué⁸⁸⁷, à côté des règles prévues par le droit commun, ne nous semble pas être la panacée pour restaurer la lisibilité et l'efficacité de cette garantie. Car, il en résulte des incertitudes sur le domaine d'application du cautionnement⁸⁸⁸ résultant de certaines dispositions nouvellement adoptées.

SECTION 2 : LES INCERTITUDES SUR LE CHAMP D'APPLICATION DE CERTAINES RÈGLES

356. L'ensemble des règles régissant le cautionnement, éparpillées dans différents codes est révélateur de la dichotomie entre les règles du Code civil et la pratique du cautionnement, notamment le danger que représente cette garantie pour certaines catégories de cautions. Cet éparpillement des règles du cautionnement répond à un objectif : celui d'offrir une protection plus importante aux cautions, pour lesquelles les règles classiques ne semblaient pas adaptées. Cet objectif est louable, car nul ne doute que le cautionnement est un engagement dangereux, exposant la personne qui la souscrit au risque de supporter le poids de la dette d'un autre⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ V. art. 60, I, 1^o de la loi Pacte.

⁸⁸⁶ Art. 2298 et s. de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant.

⁸⁸⁷ S. PIEDELIEVRE, « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003 », *Defrénois*, 15 nov. 2003, n^o 21, p. 1371 et s.

⁸⁸⁸ D. HOUTCIEFF, « Propos sur un formalisme moderne : Les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », *RDC.*, 2004, n^o 2, p. 408.

⁸⁸⁹ A. AYNÈS, « Janvier – juillet 2014 : désordre législatif, cohérence jurisprudentielle », *Dr. et patr.* 1^{er} nov. 2014, n^o 241.

357. Au regard de cette réalité implacable, le législateur, et souvent le juge, multiplient les mécanismes protecteurs à l'endroit des cautions personnes physiques, réputées comme faibles. L'introduction de règles nouvelles dans le Code de la consommation devrait a priori s'appliquer uniquement aux cautions garantissant un acte de consommation.

358. Mais, la généralisation par la loi Dutreil n° 2003-721 du 1^{er} août, de certains mécanismes de protection du droit de la consommation à tout cautionnement sous seing privé souscrit par une personne physique au profit d'un créancier professionnel, a fait couler beaucoup d'encre⁸⁹⁰, en raison de ce qu'elle a créé des difficultés, dont les plus importants relèvent à la fois du champ d'application *ratione personnae* (§ 1), et *ratione materiae* (§ 2).

§ 1 : Les difficultés relatives au champ d'application *ratione personnae*

359. L'obligation d'information annuelle de la caution fit d'abord son apparition à partir d'innovations ponctuelles successives⁸⁹¹, comme l'instauration par l'article 48 de la loi du 1^{er} 1984 (devenu article L. 313-22 du Code monétaire et financier), ensuite des catégories particulières de cautions ont bénéficié de l'application de règles spécifiques⁸⁹², avant que la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique et introduite dans le Code de la consommation, n'esquisse un statut caution personne physique, contractant avec un créancier professionnel⁸⁹³.

360. Ces textes applicables à l'ensemble de personnes physiques qui existaient déjà dans le Code de la consommation, et qui concernaient les crédits à la consommation et le crédit immobilier, ont été étendus à toute personne physique face à un créancier professionnel. Le législateur en empruntant une telle démarche, a créé un enchevêtrement⁸⁹⁴ des règles qui pose certaines difficultés quant à la qualité des parties contractantes, constatables en matière d'information de la caution sur l'étendue de la dette cautionnée (B) et en matière d'exigences formelles (A).

⁸⁹⁰ I. SÉRANDOUR, « Formalisme et proportionnalité du cautionnement : faveur pour le créancier ! », *RLDC*, 1^{er} févr. 2018, n° 156.

⁸⁹¹ S. PIEDELIÈVRE, « La réforme de certains cautionnement par la loi du 1^{er} août 2003 », préc. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS par L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, préc. n° 187, p.181.

⁸⁹² V. en ce sens, Ph. DELEBECQUE, « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, p. 256 ; J.-P. MARGUENAUD, « La protection de la caution par le droit de la consommation », *Ann. fac. de droit de Clermont-Ferrand*, 1994, p. 17 et s. ; A. PIEDELIÈVRE, « Les modifications apportées à certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989 », *GP.*, 1990, 1, Doctr., p. 157 ; M. VION, « Information et protection des cautions et emprunteurs en matière de crédit immobilier après la loi du 31 décembre 1989 », *Defrénois*, 1990, art. 34746, p. 321.

⁸⁹³ Il s'agissait des articles L. 341-2 et s., introduits dans le Code de la cons., devenus articles L. 331-1 et s. dudit Code, tel que modifié par l'ord. n° 2016-301, du 14 mars 2016, entré en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2016.

⁸⁹⁴ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 25 et s.

A- En matière d'exigences formelles

361. Le cautionnement en principe n'est pas un contrat formaliste puisqu'il est parfait dès le seul échange des consentements des parties contractantes. Le consensualisme peut étonner quand on connaît le déséquilibre existant entre le créancier et certaines catégories de cautions, d'une part et le risque de surendettement engendré par le crédit⁸⁹⁵ dont le cautionnement est souvent la condition d'obtention, d'autre part. Pour prévenir ces risques, le législateur a jugé utile d'exiger d'un nombre important de catégories de cautions, l'apposition de mentions manuscrites précises⁸⁹⁶ nécessaires à leur protection. L'instauration de telles exigences a d'abord concerné le crédit à la consommation⁸⁹⁷, ensuite le bail d'habitation⁸⁹⁸, et enfin tout cautionnement sous seing privé conclut par une personne physique envers un créancier professionnel⁸⁹⁹.

362. Les articles L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation, devenus articles L. 314-15 et L. 314-16 et les articles L. 341-2 et L. 341-3, devenus articles L. 331-1 et L. 331-2 du Code de la consommation imposent à la caution personne physique qui s'engage, par acte sous seing privé, envers un créancier professionnel, un formalisme qui suscite d'interminables difficultés d'application⁹⁰⁰. Tout d'abord ces textes visent les cautionnements conclus entre « une caution personne physique » et « un créancier professionnel ». Chacune des formules employées a donné lieu à un certain nombre d'incertitudes, sources de divers contentieux⁹⁰¹ dont une partie est désormais levée par la jurisprudence⁹⁰².

⁸⁹⁵ D. PARDOEL, « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA*, 3 juill. 2001, n° 131, p. 31 et s.

⁸⁹⁶ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 254, p. 263.

⁸⁹⁷ Art. L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation, issus de la Loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. Ces textes étaient applicables aux cautions qui s'engagent par acte sous seing privé pour garantir un crédit à la consommation ou un crédit immobilier conclu par un consommateur.

⁸⁹⁸ L. n° 94-624 du 21 juill. 1994 relative à l'habitat, complétant l'article 22-1 de la loi n°89-462 du 6 juill. 1989, en sa rédaction issue de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018.

⁸⁹⁹ Art. L. 341-2 et L. 341-3 du C. cons. issus de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique ont étendu le champ d'application des dispositions des art. L. 313-7 et L. 313-8 du C. cons. (devenus L. 314-15 et L. 314-16).

⁹⁰⁰ S. CABRILLAC, « Cautionnement : assouplissement prétorien des exigences légales relatives à la mention manuscrite », *Deffrénois*, 7 juin 2018, n° 136, p. 41.

⁹⁰¹ A. CERLES, « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux », *RDBF.*, 2012, doss. 39.

⁹⁰² A.-S. BARTHEZ, note ss. Cass com., n° 10-27814, *RDC.*, 1^{er} oct. 2012, n° 4, p. 1263.

363. L'ensemble des dispositions précitées cantonnent l'exigence formaliste des mentions prescrites à la personne physique⁹⁰³, qui est réputée mériter la protection qui en ressort. Par conséquent, les cautionnements conclus par les banques, les sociétés de financements, les établissements de crédit et autres établissements spécialisés, restent soumis aux règles de droit commun⁹⁰⁴. Cette discrimination pouvait se justifier dans le cadre de l'application de l'article L. 313-7 du Code de la consommation, dans le sens où l'objet de la loi du 31 décembre 1989 portait sur le surendettement des particuliers. Alors que la loi dont est issu l'article L. 341-2 visait à redynamiser l'initiative économique⁹⁰⁵, qui ne nous semble pas être l'apanage des seules personnes physiques.

364. Néanmoins sous l'empire de la loi de 1804-02-07 du 17 février 1804, l'article 1326 du Code civil, devenu article 1376, nouveau du Code civil, disposait que « Le billet ou la promesse sous seing privé par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doivent être écrits en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ». Ce texte, prescrivant une mention manuscrite, était naturellement applicable au cautionnement ; en raison du caractère unilatéral de l'engagement de la caution, qui comportait une obligation de payer. L'article 1326, ancien du Code civil a été considéré comme ayant une fonction probatoire dont la finalité est la protection des cations⁹⁰⁶. Toutefois, toutes les cautions n'étaient pas concernées par ce texte⁹⁰⁷ qui admettait une restriction, « dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service »⁹⁰⁸. Selon Monsieur SIMLER, « *il s'agissait moins d'une mesure de faveur à l'endroit de ces catégories sociales que du constat d'une*

⁹⁰³ Le législateur ayant fait le choix de distinguer entre caution personne physique et caution morale, en accordant la protection que renferment ces règles à la première.

⁹⁰⁴ F. PASQUALINI, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », *LPA*, 3 févr. 2004, n° 24, p. 3 et s.

⁹⁰⁵ A.-S. BARTHEZ, *ibid.*

⁹⁰⁶ Cass. 2^e civ. 2 déc. 1978, n° 77-12804 ; *Bull. civ.* II, n° 280, « L'omission des formalités de l'article 1326 du Code civil est sans influence sur la validité du contrat » ; Cass. 1^{re} civ. 15 nov. 1989, n° 87-18003, *Bull. civ.* I, n° 348, p. 235, « l'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement ; que ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution » ; Cass. com. 6 juill. 2004, n° 01-15041, *Bull. civ.* IV, n° 199, p. 177, « l'insuffisance de la mention manuscrite (...) affecte non la validité de l'engagement souscrit (...) mais la preuve de la portée et de l'étendue de celui-ci ».

⁹⁰⁷ Cass. com. 11 oct. 1988, inédit n° 86-12240 ; Cass. com. 11 déc. 1990, inédit n° 89-14234 ; Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-14162 ; *Bull. civ.* IV, n° 42, p. 26, « attendu que les exigences de l'article 1326 du Code civil sont des règles de preuve qui ont pour finalité la protection de la caution ; que l'arrêt retient que M. X... a signé en sa qualité de président de la société Couturier l'acte par lequel il a reconnu que celle-ci était débitrice de la société d'Egleny et s'est obligé à remboursement, éléments antérieurs à la lettre par laquelle il déclarait se porter caution, ce dont il résulte que l'omission de la formalité prévue à l'article 1326 du Code civil n'avait pas porté atteinte aux droits de la caution ; que, par ces motifs, et dès lors que M. X... n'était pas commerçant, l'arrêt se trouve justifié » ; *Defrénois* 1991, art. 35119, n° 79, p. 116, obs. L. AYNÈS.

⁹⁰⁸ Anc. Art. 1326, alinéa 2 du C. civ.

impossibilité, les personnes concernées étaient réputées illettrées... [cette restriction fut abrogée]⁹⁰⁹ car les difficultés suscitées par l'illettrisme pouvaient parfois trouver solution sur le terrain de l'existence ou des vices de consentement »⁹¹⁰.

365. Depuis l'abrogation de cette exception⁹¹¹, ce texte demeure applicable qu'aux personnes physiques non commerçantes⁹¹², de même qu'aux personnes morales non commerçantes. En revanche, échappent à ce texte, devenu article 1376 du Code civil, les personnes physiques même commerçantes⁹¹³ engagées envers un créancier professionnel, soumises aux mentions manuscrites prescrites par les dispositions du Code de la consommation.

366. L'ancien article L. 341-2 du Code de la consommation (devenu L. 331-1 dudit code) a réduit le champ d'application de l'article 1376 du Code civil en solennisant l'engagement sous seing privé souscrit par une caution personne physique au profit d'un créancier professionnel. Ce texte n'introduit aucune distinction liée à la qualité de caution et n'apporte aucune restriction découlant de l'identité du bénéficiaire de l'acte ; alors la caution dirigeante, avertie dont l'engagement conditionne souvent l'octroi d'un crédit à l'entreprise devrait profiter des règles édictées, de même que la caution profane dont l'engagement est parfois un service d'ami, en somme, toute personne physique. Que non ! Des tâtonnements relatifs à la caution personne physique portèrent moins sur la qualité de la personne physique elle-même, qu'à l'exclusion de certaines personnes physiques averties, du bénéfice des exigences formelles formulées par les dispositions spéciales. Cette solution avait été adoptée sous l'empire de l'ancien article 1326 du Code civil, où la haute juridiction avait considéré que « *les exigences de l'article 1326 du Code civil sont des règles de preuve qui ont pour finalité la protection de la caution ; que l'arrêt retient que M. X... a signé, en qualité de gérant de la société débitrice, les actes de prêt et qu'il était, en raison de cette signature, informé des engagements de la société à l'égard de la banque,*

⁹⁰⁹ V. art. 1326 du C. civ., tel que modifié par la loi du 12 juillet 1980, « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

⁹¹⁰ Ph. SIMLER Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 394, p. 401.

⁹¹¹ Ph. SIMLER, *ibid.*, n° 384 et s., considère que cette exception était archaïque et anachronique, d'où sa suppression par la loi n° 80-525 du 12 juill. 1980.

⁹¹² Cass. com., 16 mars 1993, n° 90-19205 ; *Bull. civ.* IV, n° 110, p. 75, « l'arrêt retient que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet 1980, seul un acte de cautionnement passé par un commerçant peut avoir un caractère commercial et que la circonstance d'un intérêt patrimonial personnel dans la société cautionnée dont se prévalaient les cautions ne pouvait conférer un pareil caractère à leur engagement, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; *BJS.*, mai 1993, n° 5, p. 559 note Ph. DELEBECQUE.

⁹¹³ Les cautionnements commerciaux conclus par des commerçants sont soumis au principe de la liberté de la preuve, ce en application de l'article L. 110-3 du Code commerce, aux termes duquel, « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

*ce dont il résulte que l'omission de la formalité prévue par le texte susvisé n'avait pas porté atteinte à la protection des droits de la caution »*⁹¹⁴. Un dirigeant social ayant signé des actes de prêt au nom de sa société peut difficilement prétendre ignorer l'étendue du cautionnement qu'il a souscrit en garantie du prêt, en dépit de l'absence d'une mention manuscrite. Par cette solution, la haute juridiction française opérait une distinction entre les dirigeants cautions averties et les cautions profanes, les seconds pouvant se prévaloir des dispositions de l'article 1326 du Code civil⁹¹⁵. Cependant la jurisprudence a cantonné cette réponse aux dirigeants effectifs⁹¹⁶ ; de même qu'elle a estimé que la qualité de conjoint de dirigeant⁹¹⁷ ou la seule qualité d'associé⁹¹⁸ ne pouvait valoir complément de preuve. Tout ce bouillonnement jurisprudentiel devrait se tasser dans la mesure où, le Code de la consommation impose un formalisme validant⁹¹⁹ lorsque le cautionnement est souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel. Néanmoins, une cour d'appel a cru pouvoir juger que la caution, associé unique et gérant de l'EURL « *ne pouvait se retrancher sans nuance derrière la loi du 1^{er} août 2003 qui la ferait apparaître comme un être irresponsable quelles que soient son activité, sa qualité et la nature de la dette »*⁹²⁰.

367. La Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt en date du 10 janvier 2012, a rappelé que « *toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie, doit, dès lors qu'elle s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel, faire précéder sa signature (...) qu'il soit commercial ou civil, des mentions manuscrites exigées par [les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, devenues articles L. 331-1 et L. 331-2]* »⁹²¹.

⁹¹⁴ Cass. com. 19 juin 1990, n° 88-14950 ; *Bull. civ.* IV, n° 180, p. 123 ; *JCP G* 1990, II, 21578 ; *JCP N* 1991, II, 69, note D. LEGEAIS.

⁹¹⁵ S. PIEDELIÈVRE, note ss. Cass. 1^{re} civ. 29 oct. 2002, n° 00-21881 ; *Bull. civ.* I, n° 248, p. 190 et n° 99-18017 ; *Bull. civ.* I, n° 250, p. 192, *Deffrénois*, 28 févr. 2003, n° 4, p. 229.

⁹¹⁶ Cass. com. 6 déc. 1994 ; cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, inédit n° 00-13079, « la cour d'appel a relevé que la caution, en qualité de vice-président de l'association, ne s'était occupée que de la partie scientifique de l'organisation du congrès et a estimé que compte tenu des manœuvres frauduleuses commises par M. Y..., cette seule qualité ne constituait pas l'élément extrinsèque suffisant à établir la connaissance que la caution avait eue de la nature et de la portée de son engagement » ; Cass. com. 2 juill. 2007, concernant une épouse dirigeante de droit, dont le mari était dirigeant de fait, alors qu'elle-même, infirmière de métier, était dépourvue de toute connaissance des affaires.

⁹¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 27 févr. 1996 ; *Juris-Data* n° 1996-000689.

⁹¹⁸ Cass. com., 29 avr. 2003 ; *Juris-Data* n° 2003-019114 ; *JCP G* 2003, I, 176, n° 3, obs. Ph. SIMLER.

⁹¹⁹ C. ALBIGES « La recodification du droit du cautionnement : Formalisme, proportionnalité et obligations d'information, quelles perspectives », in *La réforme du droit des sûretés*, éd. Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, (dir) L. ANDREU et M. MIGNOT, n° 18, p. 82.

⁹²⁰ C. A. Montpellier, 7 septembre 2010 ; *Juris-Data* n° 2010-031109.

⁹²¹ Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-26630 ; *Bull. civ.* IV, n° 2 ; *Rev. soc.* 2012, p. 286, note I. RIASSETTO ; *RDBF.*, 2012, n° 48, obs. A. CERLES ; *RTD. com.* 2012, p. 177, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2012, p. 1573, P. CROCQ ; *RDC.*, 2012, p. 1263, obs. A.-S. BARTHEZ ; *GP.*, 28 et 29 mars 2012, p. 14, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Deffrénois*, 2013, p. 291, obs. S. CABRILLAC ; Cass. 1^{re} civ. 8 mars 2010, n° 09-12246, applicable aux cautions époux ayant la qualité d'associés et de gérants des sociétés garanties ; *Bull. civ.* I, n° 53 ; *JCP G* 2012, 517, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP E*, 2012, 1239, note D. LEGEAIS ; *Dr. et patr.* juill.-août 2012, p. 101, obs. L. AYNÈS ; *D.* 2012, p. 1102, note L. THIBIERGE

Désormais, toute caution, y compris dirigeante, qu'elle soit avertie ou non, pourra donc s'opposer à l'efficacité du cautionnement si la mention est incomplète.

368. Les mentions manuscrites consuméristes, comme l'ensemble des nouvelles règles introduites dans le Code de la consommation⁹²² sont exigées dès lors que la caution est une personne physique et le créancier, un professionnel. L'appréciation de cette catégorie juridique nouvelle⁹²³ de créancier professionnel créée par le Code de la consommation, serait justifiée si elle n'avait concerné que les opérations de crédit à la consommation et de crédit immobilier ; l'objectif du Code de la consommation étant la prise en compte de la qualité de deux parties - un consommateur et un professionnel- et le déséquilibre réputé exister entre elles, sur lequel ce droit s'est historiquement construit⁹²⁴. Mais en généralisant ces règles à toute personne physique à l'égard d'un créancier professionnel, elle a créé des difficultés tenant à la détermination de la qualité de créancier professionnel. En effet, le sens de cette notion a divisé les juges du fond⁹²⁵, certains l'entendant de façon restrictive, tandis que d'autres privilégiaient une conception extensive. C'est plutôt la seconde position qu'a retenue la Cour de cassation en considérant que « *le créancier professionnel visé aux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, issus de la loi Dutreil, s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* »⁹²⁶.

369. La notion de créancier professionnel n'était pas limitée aux seuls établissements de crédit, mais est applicable à tout créancier dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou ayant un rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même à une association sans but lucratif, qui se définit dans ses statuts comme un garant professionnel⁹²⁷. L'application des critères élaborés par la haute cour de cassation en l'absence de précision sur

⁹²² Les mentions manuscrites (anc. art. L. 341-2 et L. 341-3 du C. de la cons.) ; Les obligations d'information (anc. art. L. 341-1 et L. 341-6) et l'exigence de proportionnalité (anc. art. L. 341-4 du C. cons.) ne bénéficient à la caution que si elle s'engage envers un créancier professionnel.

⁹²³ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc., n° 262, p. 270

⁹²⁴ M. BOURASSIN, « Le droit français des sûretés personnelles », <https://hal.parisnanterre.fr/hal-01487002>, 10 mars 2017, n° 38, p. 11.

⁹²⁵ CA. Chambéry, 31 oct. 2006 ; *JCP G* 2007, I, n° 158 obs. Ph. SIMLER ; CA. Amiens, 11 oct. 2006 ; *Banque et droit*, 2008, n° 118, p. 44, obs. J. FRANÇOIS ; *contra*, Montpellier, 7 sept. 2010, préc. ayant refusé la qualité de créancier professionnel à un fournisseur de matériaux.

⁹²⁶ Cass. 1^{re} civ. 9 juill. 2009, n° 08-15910 ; *Bull. civ.* I, n° 173 ; *D.* 2009, p. 2032 obs. X. DELPECH et p. 2198, note S. PIEDELIEVRE ; *Banque et droit*, 2009, p. 44, obs., J. FRANÇOIS ; *RTD. com.* 2009, p. 601, obs., D. LEGEAIS ; *JCP G*, 2009, I, 492, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com. 10 janv. 2012, préc.

⁹²⁷ Cass. com. 27 sept. 2017 ; n° 15-24895, *LEDB.*, n° 10, p. 62 nov. 2017, note N. MATHEY ; *GP.*, 21 nov. 2017, n° 40, p. 26, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ;

la notion par le législateur, a été source de contentieux⁹²⁸, en raison notamment de l'imprécision de la notion de rapport direct⁹²⁹. La haute juridiction n'a pas défini cette notion et s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond, sur laquelle elle exerce un contrôle pour s'assurer du respect de ce critère. Par ailleurs, si le créancier professionnel a été défini à l'occasion du non-respect du formalisme validant prescrit par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, cette définition de la notion a vocation à s'appliquer dans les hypothèses où la loi y fait allusion, comme en matière d'information.

B- En matière d'information de la caution sur l'étendue de la dette cautionnée

370. Le législateur français a de manière désordonnée⁹³⁰, imposé aux créanciers cautionnés diverses obligations d'information à l'égard de catégories de plus en plus larges de cautions⁹³¹. La plupart exigent du créancier de faire connaître chaque année à leurs cautions le montant des encours. La première de ces obligations est issue de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu article L. 313-22, alinéa 1 du Code monétaire et financier, aux termes duquel « Les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée ».

371. Cette obligation sera étendue par la loi du 11 février 1994 à une nouvelle catégorie de créanciers et de cautions⁹³². Une loi du 29 juillet 1998 sur la lutte contre les exclusions va ajouter un alinéa à l'ancien article 2016 du Code civil (devenu article 2293 dudit code), prescrivant une obligation d'information annuelle de même nature que les précédentes. Enfin, la loi du 1^{er} août

⁹²⁸ C. ALBIGES, note ss. Cass. 1^{re} civ. 15 oct. 2014, n° 13-20919 et Cass. 1^{re} civ. 1^{er} oct. 2014, n° 13-16273, *GP.*, 4 déc. 2014, n° 338, p. 16.

⁹²⁹ G. PAISANT, « À la recherche du consommateur, pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du rapport direct », *JCP G*, 2003, I, n° 121 ; X. HENRY, « Les clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? Appréciation du rapport avec l'activité », *D.* 2003, p. 2557.

⁹³⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, par L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 14^e éd., LGDJ, 2020, n° 187, p. 181.

⁹³¹ Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, préc. n° 430, p. 442.

⁹³² Article 47 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, « Lorsque le cautionnement est consenti par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société, le créancier informe la caution de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement (...).

2003, va reprendre l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et l'inscrit dans l'article L. 341-6 du Code de la consommation, en étendant son champ d'application, sans pour autant abroger les dispositions préexistantes.

372. L'enseignement à tirer de cette multiplication anarchique⁹³³, ou de l'engouement législatif⁹³⁴ pour ces règles, c'est sûrement d'obtenir une meilleure information des cautions en cours d'exécution du contrat. Selon un auteur, « *cette diversité trouve sa cause dans le refus du législateur de consacrer une obligation générale d'information portant sur l'évolution de la dette garantie applicable à tous les cautionnements* »⁹³⁵. Ce refus semble correspondre à une volonté d'accorder une attention particulière à certaines catégories de cautions, pour lesquelles l'admission d'une telle obligation serait inadaptée⁹³⁶. Sous cet angle, ces mesures sont assurément d'une utilité considérable dans leur principe. En effet, elles peuvent permettre d'apporter des correctifs à certaines difficultés liées au caractère unilatéral du cautionnement⁹³⁷, notamment l'absence d'un double de l'acte. De même, elles peuvent solutionner le risque d'oubli de l'engagement souscrit par la caution et l'ignorance de l'existence de cet engagement⁹³⁸ par les personnes qui auraient accepté la succession de l'auteur de l'acte. En outre, l'exigence de ces obligations engendre une certaine transparence dans la relation des parties contractantes, nécessaire à l'équilibre entre l'efficacité du cautionnement et la préservation des intérêts de la caution.

373. Toutefois l'empilement de ces différentes obligations, qui se recoupent souvent, alors même que les conditions de mise en œuvre et les sanctions ne sont pas similaires, est particulièrement dommageable pour la cohérence des règles du cautionnement. En effet, l'information prescrite par l'article L. 313-22 du Code monétaire, transcription de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement des difficultés des entreprises est destinée à la caution d'une entreprise, personne physique ou morale. Mais cette prescription concerne seulement les établissements de crédit dont l'intervention se situe dans le cadre d'un « concours financier » consenti à une entreprise. De prime abord, la notion d'emprise employée dans le texte n'a pas été définie juridiquement. Alors, la haute juridiction française en a retenu

⁹³³ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 430, p. 442.

⁹³⁴ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », préc. p. 349.

⁹³⁵ D. PARDOEL, « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », préc.

⁹³⁶ C. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, préc. n° 371, p. 475

⁹³⁷ Ph. SIMLER, *ibid.*

⁹³⁸ P. CROCQ, *ibid.*, p. 354 et s.

une conception large en considérant toute activité économique, commerciale ou libérale⁹³⁹, en voie de création en cours d'exploitation⁹⁴⁰, de même qu'un fonds de commerce⁹⁴¹, l'activité d'une association⁹⁴² ou d'une société civile immobilière⁹⁴³. Ensuite, cette obligation incombe à toute structure correspondant à la définition d'établissement de crédit⁹⁴⁴. Cette exigence a donné lieu à certaines difficultés d'interprétation.

374. La jurisprudence assimile aux établissements de crédit, les sociétés d'affacturage⁹⁴⁵. En revanche, elle considère que « *les dispositions de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 ne sont pas applicables en faveur de la caution du crédit preneur qui s'acquitte de loyers* »⁹⁴⁶ ; d'où il en résulte que le crédit-bail ne constitue pas « un concours financier ». Les dispensateurs de crédit-bail sont assurément des établissements de crédit⁹⁴⁷, mais les opérations qu'ils accomplissent tendent essentiellement à l'acquisition d'un bien à la suite du paiement d'un loyer. L'obligation d'information annuelle n'étant donc pas exigée des établissements de crédit-bail, la caution d'un tel créancier ne peut s'en prévaloir. Il en va de même de la caution du locataire avec option d'achat⁹⁴⁸. Aussi, ont été exclues du champ d'application du texte, les sociétés de caution mutuelle, qui pourtant sont des établissements de crédit⁹⁴⁹. Toutefois, le crédit par signature qu'elles pratiquent, ne leur permet pas de notifier aux cautions, des informations ignorées par elles-mêmes⁹⁵⁰. Dans cet ordre, tout établissement de crédit caution

⁹³⁹ Cass. com. 18 févr. 1997, n° 95-10840, *Bull. civ.* 1997, IV, désignant l'entreprise comme « une collection de moyens excédant les capacités d'une personne physique » ; *BJS.*, 1^{er} mai 1997, n° 5, p. 414, note Ph. DELEBECQUE ; S. SCHILLER, « La définition de l'entreprise au secours de la caution », *RDBF.*, 2002, p. 154.

⁹⁴⁰ Cass. 1^{re} civ. 12 mars 2002, n° 99-13917, *Bull. civ.* I, n° 86, p. 66 ; *JCP G* 2002, I, 162, n° 2, obs. Ph. SIMLER ; *D. actu.* 2002p. 1199, obs. A. LIENHARD ; *LPA.*, 17 janv. 2003, n° 13, p. 15, obs. J.-M. MARMAYOU.

⁹⁴¹ Cass. 1^{re} civ. 4 févr. 2003, n° 00-16694 ; *Bull. civ.* I, n° 34, p. 27.

⁹⁴² Cass. 1^{re} civ. 12 mars 2002, n° 99-17209, *Bull. civ.* I, n° 86, p. 66 ; *GP.*, 27 avr. 2002, n° 117, p. 17, note F. GHILAIN

⁹⁴³ Cass. 1^{re} civ. 12 mars 2002, n° 99-15598, *Bull. civ.* I, n° 86, p. 66 ; *BJS.*, oct. 2002, n° 10, p. 1033, note B. SAINTOURENS ; *GP.*, 27 avr. 2002, n° 117, p. 17, note F. GHILAIN.

⁹⁴⁴ V. art. L. 511-1 et s. du CMF.

⁹⁴⁵ Cass. com. 30 nov. 1993, n° 91-14856 ; *Bull. civ.* IV, n° 434, p. 315.

⁹⁴⁶ Cass. com. 30 nov. 1993, n° 91-12123, *Bull. civ.* IV, n° 435, p. 316 ; *Deffrénois* 1994, art. 35897, n° 135, note L. AYNÈS ; *RDBB.*, 1994, p. 131, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

⁹⁴⁷ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 434, p. 445.

⁹⁴⁸ Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-24592, *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *GP.*, 20 mars 2014, n° 79, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Dr. et patr.* nov. 2014, p. 103, obs. A. AYNÈS ; *RDBF.*, 2014, comm. 46, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2014, 301, note J. L. CAPEDEVILLE ; *D.* 2014, p. 1013, obs. H. GUILLOU.

⁹⁴⁹ Ph. SIMLER, *ibid.*, n° 433, p. 444.

⁹⁵⁰ CA. Toulouse, 6 oct. 1997 ; *RDBB* 1998, p. 66 ; CA. Toulouse, 2^e ch., sect. 1, 30 nov. 2011, RG n° 10/0297 ; *GP.*, 22 déc. 2011, n° 356, p. 13, note C. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND ; Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-13308, *Bull. civ.* IV, n° 32 ; *GP.*, 14 avr. 2007, n° 104, p. 53, note P.-M. LE CORRE ; *GP.*, 14 avr. 2007, n° 104, p. 52, note R. ROUTIER ; *RDBF.*, 2007, comm. 100, note D. LEGEAIS ; *RTD. civ.* 2007, p. 371, obs. P. CROCQ ; *D.* 2007, act. p. 651, obs. V. AVENA-ROBARDET.

n'est pas tenu de l'obligation annuelle d'information dans ses relations avec sa sous-caution⁹⁵¹, car il s'agit plutôt d'une garantie et non une opération de crédit. C'est dans le même sens que la haute cour française a considéré que « *les dispositions de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 ne sont applicables qu'aux seuls "établissements de crédit" au sens de la loi du 24 janvier 1984 ; que ne rentrent pas dans cette catégorie les compagnies d'assurances qui ne sont pas habilitées à pratiquer des opérations de crédit et ne peuvent consentir des prêts aux collectivités locales que par une dérogation légale particulière* »⁹⁵².

375. À l'égard des cautions, le texte est applicable à toutes les catégories de cautions, personnes physiques ou personnes morales, sans aucune distinction. Néanmoins, des difficultés d'application ont porté sur les dirigeants, cautions de leurs sociétés. En effet, certaines juridictions de fond⁹⁵³ ont considéré que ces dirigeants ne devraient pas bénéficier de cette obligation, car, ils connaissent ou sont censés connaître exactement la situation de leur société à raison des fonctions qu'ils occupent. D'autres, en revanche, ont refusé de faire une distinction là où la loi elle-même n'en faisait pas⁹⁵⁴. C'est cette dernière position que la Cour de cassation ait fait prévaloir en réaffirmant que toutes les cautions, profanes ou non, y compris les dirigeants de société⁹⁵⁵, doivent profiter de l'obligation exigée des établissements de crédit créanciers.

376. L'aval, considéré comme une sorte de cautionnement⁹⁵⁶, l'avaliste avait pu bénéficier de l'obligation d'information prescrite par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier⁹⁵⁷, avant que la Cour de cassation ne remette en cause cette solution. En effet, elle a estimé dans un arrêt en date du 16 juin 2009 que « *l'aval qui garantit le paiement d'un titre cambiaire ne constitue pas le cautionnement d'un concours financier accordé par un établissement de crédit à une entreprise ; que la cour d'appel en a exactement déduit que M. X..., en sa qualité*

⁹⁵¹ Cass. com. 3 déc. 2003, n° 99-12653, *Bull. civ. IV*, n° 188, p. 211 ; *GP.*, 25 mai 2004, n° 146, p. 12, note S. PIEDELIEVRE ; *GP.*, 6 avr. 2004, n° 97, p. 13 ; *D.* 2004, p. 206, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDBF.*, 2004, comm. 61, obs. D. LEGEAIS.

⁹⁵² Cass. com. 26 oct. 1999, n° 96-14123, *Bull. civ. IV*, n° 183, p. 157 ; *RTD. com.* 2000, p. 158, obs. M. CABRILLAC.

⁹⁵³ CA. Poitiers, 13 déc. 1989 ; *Juris-Data* n° 1989-051393 ; CA. Orléans, 30 sept. 1992 ; *Juris-Data* n° 1992-044159 ; CA. Paris, 25 avr. 2003 ; *Juris-Data* n° 2003-214466.

⁹⁵⁴ CA. Paris 21 janv. 1992 ; *Juris-Data* n° 1992-020162 ; CA. Nîmes, 18 févr. 1998 ; *Juris-Data* 1998-030605 ; CA. Paris, 7 févr. 2008 ; *Juris-Data* 2008-361180.

⁹⁵⁵ Cass. com. 25 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 203 ; *JCP E* 1993, II, 484, note H. CROZE ; *LPA.*, 21 juill. 1993, p. 7, note Ch. GAVALDA ; *RTD. com.* 1994, p. 698, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; Cass. com. 14 déc. 1993, n° 91-21086 ; *BJS*, févr. 1994, n° 2, p. 159, note Ph. DELEBECQUE.

⁹⁵⁶ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, note ss. Cass. com. 5 juin 2012, n° 11-19627, *GP.*, 20 sept. 2012, n° 264, p. 12.

⁹⁵⁷ Cass. 1^{re} civ. 20 févr. 2007, n° 06-10217, *Bull. civ. I*, n° 65, p. 58 ; *D.* 2007, p. 937, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDBF.*, 2007, comm. 110, obs. D. LEGEAIS.

d'avaliste, ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier »⁹⁵⁸.

377. Toutefois, le refus d'appliquer l'obligation d'information annuelle au cautionnement réel est apparu surprenant, dans la mesure où toutes les cautions pouvaient se prévaloir des dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, cette caution assumant l'obligation d'autrui, l'information lui étant tout aussi utile qu'à la caution personnelle. Mais la Cour de cassation a considéré qu'« *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement* »⁹⁵⁹, de sorte que les dispositions de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu article L. 313-22 du Code monétaire, ne lui sont pas applicables⁹⁶⁰. Alors qu'« *une sûreté réelle en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement réel* »⁹⁶¹.

378. Depuis la loi du 11 février 1994, il a été étendu au créancier justifiant d'une créance professionnelle à l'égard d'un entrepreneur individuel, l'obligation d'information annuelle instituée par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu article L. 313-22 du Code monétaire et financier, à l'égard des cautions personnes physiques. Ainsi, en cas de cautionnement à durée indéterminée consenti par une personne physique garantissant une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel, le créancier est tenu de respecter les dispositions de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984⁹⁶² devenu article L. 313-22 du Code monétaire et financier. L'obligation prescrite est exigée de tout créancier d'un entrepreneur individuel garanti par une caution en cas de dette professionnelle et non aux seuls établissements de crédit ; peu importe que ce créancier soit une personne physique ou morale, professionnel ou non. De même, le débiteur est un entrepreneur individuel, donc une personne physique.

⁹⁵⁸ Cass. com. 16 juin 2009, n° 08-14532, *Bull. civ. IV*, n° 79 ; *JCP G* 2009, chron. 492, n° 2, obs. Ph. SIMLER ; *D.* 2009, p. 1755, obs. DELPECH ; *Banque et droit* juill.-août, 2009, p. 158, obs. T. BONNEAU ; *RTD. civ.* 2009, p. 759, obs. P. CROCQ ; *RTD. com.* 2009, p. 605, obs. D. LEGEAIS ; *JCP E* 2010, 1035, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; Cass. com. 10 janv. 2012, n° 1025586 ; *Bull. civ. IV*, n° 1, *GP.*, 29 mars 2012, n° 89, p. 14, note C. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND ; Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-23519, *Bull. civ. IV*, n° 195, « l'aval en ce qui garantit le paiement d'un effet de commerce régulier, constitue un engagement cambiaire régi par les règles propres du droit de change. En conséquence l'avaliste n'est pas fondé à invoquer les protections du droit du cautionnement (...) »

⁹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ. 20 févr. 2007, n° 06-10217, *ibid.*

⁹⁶⁰ Cass. 1^{re} civ. 1^{er} fevr. 2000, n° 98-11390 ; *Bull. civ. I*, n° 33, p. 21, « le cautionnement réel, fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, est une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel, de sorte que les dispositions de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 ne lui sont pas applicables » ; *D.* 2001, somm. p. 694 obs. L. AYNÈS ; *RTD. civ.* 2000, p. 366, p. CROCQ.

⁹⁶¹ V. en ce sens Ph. SIMLER, « Et pourtant une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement réel », *JCP G* 2006, I, 172.

⁹⁶² V. art. 47, II, al. 2 de la loi n° 94-126 du 11 févr. 1994 relative à l'initiative individuelle

379. La loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions a ajouté à l'article 2016 du Code civil, devenu article 2293, un nouvel alinéa, aux termes duquel « lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat (...) ». Le champ d'application de cette obligation semble plus large que les précédentes, puisqu'elle concerne tout créancier sans distinction ; de même, est-elle due, quelles que soient la personne du débiteur⁹⁶³ et celle de la caution. Elle apparaît alors comme une règle de droit commun du cautionnement, plutôt qu'un texte spécial⁹⁶⁴. Toutefois, elle vise le « cautionnement indéfini d'une obligation »⁹⁶⁵, c'est-à-dire « *le cautionnement pur et simple d'une ou plusieurs dettes déterminées* »⁹⁶⁶, qui n'est pas sans danger pour la caution⁹⁶⁷, en raison de l'indétermination de son montant. Ce cautionnement ne semble plus être possible en raison de la limitation apportée par les articles 47, II, alinéa 1^{er} de la loi du 11 février 1994⁹⁶⁸ et L. 341-5, ancien, issu de la loi du 1^{er} août 2003⁹⁶⁹, à la formulation identique.

380. La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique ajoute à travers l'ancien article L. 341-6, une obligation d'information supplémentaire à celles déjà existantes avec lesquelles elle fait double emploi, mais avec un champ d'application plus étendu : l'obligation d'information annuelle exigée de tout créancier professionnel au profit d'une caution personne physique.

381. Cette « kyrielle d'obligations légales d'informations » pose des problèmes d'articulation en raison des différents critères qui en ressortent. Ainsi, pour appréhender le

⁹⁶³ Cass. com. 12 janv. 2010, inédit, n° 08-21165, pour un débiteur qui était une SCI exclusivement familiale ; *JCP G* 2010, chron. 708, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *RDBF.*, 2010, comm. 56, obs. D. LEGEAIS.

⁹⁶⁴ D. PARDOEL, « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette » ; préc. p. 13 et s.

⁹⁶⁵ G. BIARDEAUD, P. FLORES, « Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux », *D.* 2007, p. 174 ; P. GROSSER, « La Cour de cassation et l'article 2293 du Code civil », *Mélanges G. GOUBEAUX*, préc. p. 203 ; Cass. com., 12 janv. 2010, inédit n° 08-19268, « l'article 2293 du Code civil ne s'applique qu'aux cautionnements indéfinis ; qu'en relevant elle-même que Monsieur X... s'était porté caution des dettes plafonnées confirmées en toutes lettres par la mention manuscrite de l'acte de cautionnement, excluant par là même la qualification de cautionnement indéfini ».

⁹⁶⁶ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, préc. n° 164.

⁹⁶⁷ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 204, p. 143 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, préc. n° 445, p. 465.

⁹⁶⁸ Art. 47, II, al. 1^{er} « Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement d'une dette contractuelle professionnelle consenti par une personne physique au bénéfice d'un entrepreneur individuel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires ».

⁹⁶⁹ Art. L. 341-5, issu de la loi du 1^{er} août 2003, devenu les art. L. 313-3 et L. 343-3 du C. de la cons. « Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant, le principal, les intérêts, les frais et accessoires ».

bénéfice de l'application de l'obligation annuelle d'information au profit de la caution, il faut distinguer selon que la caution est une personne physique ou une personne morale, selon qu'il s'agit d'un établissement de crédit ou non, que le débiteur principal soit une entreprise ayant la personnalité morale, un entrepreneur ou une personne physique n'agissant pas à titre d'entrepreneur, selon que la dette principale est un concours financier ou non, que le cautionnement est indéfini ou défini et enfin que le cautionnement est à durée déterminée ou ne l'est pas⁹⁷⁰. De telles distinctions doivent être combinées, ce qui est relèvé d'un exploit « *de nature à égarer les plus hardis amateurs de labyrinthe juridique* »⁹⁷¹. Néanmoins, le législateur a fait le choix de distinguer entre la caution personne physique et la caution personne morale, car la première suscite bien plus facilement la compassion que la seconde, dont le patrimoine est suffisamment important pour que le cautionnement apparaisse moins dangereux⁹⁷² à son égard.

382. L'inflation des textes, préjudiciable à la caution dont la vulnérabilité justifiait certainement l'exigence d'une telle obligation d'information, ne nous semble pas pouvoir éluder le déséquilibre affectant la position respective des contractants l'un envers l'autre⁹⁷³. C'est pourquoi, en raison des dangers du cautionnement lié au risque du surendettement de la caution, il aurait été préférable d'opposer la caution profane à la caution non profane, c'est-à-dire celle qui tire profit des cautionnements qu'elle souscrit, et censée maîtriser les risques du contrat alors que la caution profane, qui conclut ponctuellement, à titre de service d'ami, un ou plusieurs cautionnements, reste vulnérable face à ces risques. Sûrement qu'on aurait fait l'économie des hésitations relatives à la qualité des personnes, qu'à celles portant sur le champ d'application *ratione personae*.

§ 2 : Les hésitations quant au champ d'application *ratione materiae*

383. Les nouvelles règles applicables au cautionnement dont la plupart sont incorporées dans le Code de la consommation, notamment celles instituant des mentions manuscrites à titre de validité et les obligations d'information annuelles, ont été à l'origine d'un contentieux abondant⁹⁷⁴. Contentieux ayant trait au contenu des règles et à leur sanction et qui a mis à nu

⁹⁷⁰ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », préc. n° 22, p. 358 ; D. PARDOEL, « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », préc.

⁹⁷¹ P. CROCQ, *ibid.*

⁹⁷² D. PARDOEL, *ibid.*

⁹⁷³ D. PARDOEL, *ibid.*

⁹⁷⁴ A. CERLES, « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux », préc.

les nombreuses difficultés d'application, suscitées par ces textes, et par là, même, leurs préoccupantes imperfections⁹⁷⁵.

384. En ce qui concerne les mentions manuscrites, en dehors du doublon législatif que constituent les différents textes consuméristes, révélant au passage leur rédaction maladroite⁹⁷⁶, ils formulent des prescriptions et sanctions identiques. En effet, les articles issus de la loi du 1^{er} août 2003 ayant une portée générale, rien ne justifiait le maintien des dispositions issues de la loi du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs inscrites dans le même code. Le Code de la consommation prévoyait ainsi, une mention manuscrite à la fois pour un contrat de cautionnement conclu pour garantir un crédit à la consommation ou souscrit par une caution personne physique avec un créancier professionnel, à peine de nullité de l'engagement. Néanmoins, les anciens articles L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation cantonnaient les mentions prescrites aux opérations de crédit à la consommation et aux crédits immobiliers, là où, les anciens articles L. 341-2 et L. 341-3 ont étendu le même formalisme à tous les cautionnements souscrits par des personnes physiques envers des créanciers professionnels, y compris les prêts consentis par ceux-ci. Les premières mentions se réfèrent aux opérations de crédit, tandis que les secondes font penser à toutes sortes de créances professionnelles. Dès lors, il serait rigoureusement difficile d'exclure systématiquement des créances professionnelles, les opérations de crédit portant sur la fourniture de biens matériels. C'est pourtant ce qu'avait jugé la cour d'appel de Montpellier, en estimant que les dispositions de l'article L. 341-2 du Code de la consommation n'étaient pas applicables au cautionnement des dettes pour fourniture de matériaux⁹⁷⁷. Cette même cour, une année plus tard, a considéré que, malgré la formule de prêteur employée dans le texte, il doit être appliqué à toutes les dettes cautionnées, qu'elles résultent ou pas d'opérations de crédit⁹⁷⁸. La haute juridiction française a fait prévaloir cette solution dans un arrêt en date du 15 octobre 2014. En effet, par un acte en date du 3 décembre 2004, la société Jeric a consenti un bail commercial à la société Forme, pour lequel les époux X...se portées cautions solidaires. Poursuivis en paiement au titre de leur

⁹⁷⁵ M. BOURASSIN, « Obligations d'information annuelle des cautions : vivement la réforme ! », note ss. Cass. com. 25 sept. 2019, n° 18-12314 ; 23 oct. 2019, n° 17-25656 ; 14 nov. 2019, n° 18-16962 ; 11 déc. 2019, n° 17-23588 ; Cass. 1^{re} civ. 10 oct. 2020, n° 18-19211 et Cass. 2^e civ. 17 oct. 2019, n° 17-21878 ; *GP.*, 25 févr. 2020, n° 08, p. 69.

⁹⁷⁶ Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, n° 257, p. 265, qui parle plutôt de rédaction calamiteuse.

⁹⁷⁷ CA. Montpellier, 7 sept. 2010, préc.

⁹⁷⁸ CA. Montpellier, 24 mai 2011 ; *JurisData* n° 2011-018269 ; V ; également CA. Paris, 11 avr. 2012 ; *JurisData* 2012-014098 ; *JCP G* 2012, chron. 1291, obs. Ph. SIMLER, lequel considère que la formulation de l'art. L. 314-3 du C. cons tend « à corroborer le fit que la protection instituée par le législateur n'est pas limitée aux seuls dettes cautionnées procédant d'opérations de crédit ».

engagement par la Société Jeric, ils invoquent les dispositions des articles L. 341-2 et L. 341-3 pour s'opposer au paiement. La cour d'appel ne reçoit pas leur argument et les condamne au paiement en retenant que le formalisme édicté par les articles ci-dessus cités ne régit pas le cautionnement litigieux, dès lors que ces dispositions ne sont applicables qu'aux prêts accordés à des personnes physiques par des établissements de crédit. La Cour de cassation reproche aux juges du fond la violation des textes, en considérant que « *le formalisme prévu au bénéfice de la personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel ne se limite pas au cautionnement des prêts accordés aux personnes physiques par les établissements de crédit* »⁹⁷⁹.

385. Le législateur exigeant de recourir « uniquement » à la mention telle que formulée par le texte, littéralement il serait possible d'insérer cette mention en plus de celle prévue par l'article 1376 du Code civil⁹⁸⁰. Néanmoins la rigueur du formalisme consumériste n'y permettrait pas car elle exige une mention à l'identique ; ce qui d'ailleurs, encouragerait certaines utilisations dilatoires des textes précités par des cautions mal intentionnées⁹⁸¹. Surtout que la haute juridiction faisait prévaloir cette rigueur, en admettant que seule la méprise matérielle entraîne l'inefficacité de la garantie. Ainsi, a-t-elle considéré que « *la nullité d'un engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel est encourue du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle ce défaut d'identité résulterait d'erreur matérielle* »⁹⁸².

386. Restreindre le domaine d'application de l'article L. 341-2 au modèle prescrit ne nous paraît pas nécessaire pour assurer la protection de la caution et préserver l'efficacité du cautionnement. C'est pour cette raison qu'un auteur a plaidé pour une souplesse dans

⁹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ. 15 oct. 2014, inédit, n° 13-21605 ; CCC., 2015, comm. 20, obs. G. RAYMOND ;

⁹⁸⁰ D. HOUTCIEFF, « Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », préc. ; CA. Montpellier, 21 juin 2011 ; *JurisData* 2011-032058, qui a exclu toute combinaison avec le formalisme de l'article 1326 du Code civil ; *contra*, CA. Lyon, 3 avr. 2014 ; *JurisData* 2014-007076, lequel a jugé que « l'exigence générale posée par l'article 1326 du Code civil, à laquelle ne dérogent pas les dispositions de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, a précisément pour but, par la répétition de la mention de la somme sous deux formes différentes, d'attirer l'attention et de faire prendre conscience au souscripteur de l'importance de son engagement ».

⁹⁸¹ R. BONHOMME, « La constitution du cautionnement », *BICC*, 15 oct. 2013, p. 16, cité par C. ALBIGES, « La recodification du droit du cautionnement : Formalisme, proportionnalité et obligations d'informations, quelles perspectives », préc. n° 7, p. 75 ; D. HOUTCIEFF, *ibid*.

⁹⁸² Cass. com. 5 avr. 2011, n° 09-14358 ; *Bull. civ. IV*, n° 55 ; *Banque et droit*, 2011, n° 138, p. 34, obs. J. FRANÇOIS ; *RDBF.*, 2011 n° 89, obs. D. LEGEAS ; *RDC.*, 2011, p. 906, D. HOUTCIEFF ; Cass. 1^{re} civ. 16 mai 2012, inédit, n° 11-17411.

l'appréciation de la mention manuscrite car, « *une jurisprudence ayant déjà connu les vicissitudes d'un formalisme immodérément rigoureux [devrait] se garder des excès (...). Cette souplesse [serait] en outre conforme au rôle d'un formalisme moderne : la mention manuscrite n'est pas une fin en soi, elle n'a pour rôle que de permettre à la caution de saisir le « sens » et la « portée » de son engagement. La sécurité juridique ne peut d'ailleurs que trouver avantage à cet assouplissement du formalisme, qui tend à amoindrir les risques d'annulation de la garantie* »⁹⁸³. La haute juridiction française semble avoir entendu cette plaidoirie, puisqu'elle a retenu une approche souple, qui a consisté à préserver l'efficacité du cautionnement, en admettant des adjonctions, des omissions dans la mention manuscrite, dès lors que celles-ci n'affectent pas la compréhension, le sens et la portée de l'engagement souscrit par la caution⁹⁸⁴.

387. Lorsque la mention manuscrite n'est pas conforme à celle prescrite par les textes, parce qu'elle en affecte le sens et la portée⁹⁸⁵ ou en l'absence de mention, l'engagement de la caution est frappé d'une nullité relative⁹⁸⁶. Ainsi, l'aveu de la caution qui reconnaît son engagement en cette qualité ne supplée pas une mention manuscrite irrégulière⁹⁸⁷. Par ailleurs, en cas de cautionnement solidaire, la caution était tenue de recourir à une double mention manuscrite, dont le non-respect est sanctionné par la nullité ; sanction jugée rigoureusement excessive par des auteurs⁹⁸⁸. Par un arrêt en date du 8 mars 2011, la Cour de cassation a considéré que « *l'engagement de caution ayant été souscrit dans le respect des dispositions de l'article L. 341-2 du code de la consommation (...), la sanction de l'inobservation de la mention imposée par l'article L. 341-3 du même code ne pouvait conduire qu'à l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité (...), l'engagement souscrit par la caution demeurerait valable en tant*

⁹⁸³ D. HOUTCIEFF, *ibid.*

⁹⁸⁴ Cass. com. 5 avr. 2011, préc. ; V. en ce sens, M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », préc. p. 440 et s.

⁹⁸⁵ Cass. 1^{re} civ. 10 avr. 2013, n° 12-18544, *Bull. civ. I*, n° 73 ; *GP.*, 29 mai 2013, p. 12, note M. MIGNOT ; *JCP E* 2013, p. 1268, note D. LEGAIS ; *GP.*, 6 juill. 2013, n° 187, note P. PAILLER ; *GP.*, 11 juill. 2013, n° 192, note M.-E. MATHIEU.

⁹⁸⁶ Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11720 ; *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *GP.*, 13 avr. 2013, n° 103, note P. PAILLER ; n° 80, note C. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant ».

⁹⁸⁷ Cass. com. 28 avr. 2009, n° 08-11616, *Bull. civ. IV*, n° 56 ; *contra*, CA. Saint-Denis de la Réunion, 7 avr. 2008, n° 05/01855 ; *BJS.*, juill. 2008, n° 7, p. 573, note J.-F. BARBIERI, à propos de la preuve de l'engagement d'un dirigeant, « L'engagement est inexistant, d'où la nullité de l'acte de cautionnement ».

⁹⁸⁸ Y. PICOD, « Le formalisme de la mention manuscrite de la caution », *Mélanges en l'honneur de F. CHABAS*, éd. Bruylant, 2011, p. 785 ; Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 269, p. 280 et s.

que cautionnement simple »⁹⁸⁹. Cette solution est justifiée selon des auteurs⁹⁹⁰ car la solidarité n'étant qu'une modalité du cautionnement, la conformité de la première mention entraîne l'inefficacité de la clause de la solidarité, l'engagement demeure valable en tant que cautionnement simple, c'est-à-dire la disqualification du cautionnement solidaire.

388. Le raisonnement adopté par la Cour de la cassation est *contra legem*⁹⁹¹ et s'apparente à une réécriture⁹⁹² de la sanction du non-respect de la mention manuscrite en cas de stipulation de solidarité. Néanmoins, il est appréciable, dans le sens où le cautionnement doit rester valable dès lors que la mention manuscrite reflète indubitablement la parfaite information dont a pu bénéficier la caution quant à la nature et à la portée de son engagement ; d'autant que la stipulation de solidarité apparaît en sus de la formule légale.

389. S'agissant de l'obligation annuelle d'information, la superposition des textes⁹⁹³, en dehors même du fait qu'elle brouille leur accessibilité matérielle, crée une certaine discordance, quant à leur contenu et à la sanction de leur violation. En effet, l'ensemble des textes relatifs à l'obligation annuelle d'information de la caution indiquent que celle-ci doit porter sur l'encours, c'est-à-dire « le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires ». Concrètement, il s'agit du passif dont la caution est éventuellement tenue au titre de son engagement. La teneur de l'information est donnée de façon précise, de même que le moment de sa fourniture, à savoir « au plus tard avant le 31 mars chaque année au regard du montant de la dette principale au 31 décembre de l'année précédente ». À ce sujet, seul l'article 2293 se réfère à un autre moment, puisque son alinéa 2 dispose que « (...) la personne physique caution est informée au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut à la date anniversaire du contrat ».

⁹⁸⁹ Cass. com. 8 mars 2011, n° 10-10699 ; *Bull. civ.* IV, n° 31, p. 37 ; *JCP G*, 2011, I, 770, n° 2, obs. Ph. SIMLER ; *RTD. civ.* 2011, n° 1, p. 372, obs. P. CROCQ ; Cass. com. 10 mai 2012, n° 11-17671, *Bull. civ.* IV, n° 09 ; Cass. com., 20 juin 2018, inédit, n° 16-15130 ; Cass. com. 14 nov. 2019, inédit, n° 18-15468 ; *GP.*, 18 févr. 2020, n° 7, p. 30, note C. ALBIGES ; Cass. 1^{re} civ. 5 avr. 2012, n° 11-12515, *Bull. civ.* I, n° 84 ; *GP.*, 31 mai 2012, p. 9, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *LEDC.*, juin 2012, n° 3, p. 6, note S. BERNHEIM-DESVEAUX ; *D.* 2012, p. 1578, obs. P. CROCQ, à propos d'époux cautions de prêts à la consommation.

⁹⁹⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 261, p. 194 ; Ph. SIMLER, *ibid.*

⁹⁹¹ C. ALBIGES, « La recodification du droit du cautionnement : Formalisme, proportionnalité et obligations d'informations, quelles perspectives ? », préc. n° 17, p. 81.

⁹⁹² S. BERNHEIM-DESVEAUX, note ss. Cass. 1^{re} civ. 5 avr. 2012, préc.

⁹⁹³ En l'état actuel de la législation, il existe au moins cinq textes applicables à l'obligation d'information annuelle des cautions.

390. Le défaut de fourniture de l'obligation d'information annuelle est sanctionné par « la déchéance des intérêts », à la demande de la caution⁹⁹⁴, selon la Cour de cassation, à propos l'article 48 de la loi de 1984, devenu article L. 313-22 du Code monétaire et financier. C'est-à-dire que le juge ne peut la soulever d'office, alors même que « *les dispositions de l'article 48 du 1^{er} mars 1984 du sont d'ordre public* »⁹⁹⁵.

391. Par ailleurs, l'étendue de cette sanction fluctue d'une disposition à une autre. En effet, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et l'article 47, II, alinéa 2 de la loi *Madelin* prescrivent une « déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de la communication de la nouvelle information ». Il s'agit d'une sanction forfaitaire, mais circonscrite aux intérêts conventionnels, à l'exclusion de tous autres accessoires qui, pourtant, sont concernés par les informations à délivrer. En cas de manquement à l'obligation annuelle d'information, le créancier est déchu du droit aux intérêts, qui ne décharge pas la caution de son obligation de payer d'autres sommes en vertu du cautionnement. C'est ce qu'a décidé la haute juridiction dans un arrêt en date du 06 mars 2019. En effet, la cour d'appel avait estimé que l'établissement bancaire, qui avait manqué à son obligation d'information annuelle de la caution prescrite par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, était déchue de son droit dès l'année de conclusion du prêt, et avait condamné la caution à payer que le montant du capital prêté, soustrait des montants des remboursements effectués par l'emprunteur. La décision des juges du fond est sanctionnée par la chambre commerciale qui considère que « *le manquement de l'établissement de crédit à l'obligation d'information mise à sa charge par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, s'il emporte, dans les rapports entre la caution et le créancier, déchéance des intérêts dans les conditions prévues par ce texte, ne décharge pas la caution de son obligation de payer les autres sommes dues en vertu du cautionnement, notamment l'indemnité d'exigibilité anticipée stipulée au contrat de prêt* »⁹⁹⁶. Ainsi, la caution qui se plaint du non-respect de l'obligation annuelle d'information prescrite par l'article L. 313-22, précité, n'est pas en droit d'invoquer ce manquement pour échapper à l'ensemble de ses obligations. Le créancier étant seulement déchu de son droit aux intérêts, si

⁹⁹⁴ Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-16238, *Bull. civ.* IV, n° 148, p. 156 ; *RDBF.*, 2006, comm. 195, obs. A. CERLES, « La cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui avait pas été demandée, la condamnation de la caution peut être prononcée au paiement de la dette principale, lorsqu'elle invoque le défaut de l'information, non pour obtenir la déchéance des intérêts prévue par l'article L. 313-22 du CMF, mais en vue de demander l'extinction de son engagement de payer en raison du changement de dénomination de la société débitrice garantie

⁹⁹⁵ Cass. com. 14 déc. 1993, n° 91-17928, *Bull. civ.* IV, n° 467, p. 340, « la caution a 'formellement dispensé la société Cofacredit de toute obligation d'information à son égard', alors que les parties ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 ».

⁹⁹⁶ Cass. com. 6 mars 2019, inédit, n° 17-215571 ; *GP.*, 11 juin 2019, n° 21, p. 66, note S. MOREIL.

la dette garantie comprenait également les pénalités éventuellement dues par le débiteur principal et que ce dernier est effectivement tenu de payer de telles pénalités, la caution peut être poursuivie en paiement de ces pénalités. Aussi, a été sanctionnée une cour d'appel qui avait condamné la caution au paiement du montant réclamé par l'établissement bancaire sans rechercher si la somme n'incluait pas de tels intérêts⁹⁹⁷.

392. L'article L. 341-6 du Code de la consommation, devenu L. 346-6, si elle prévoit une déchéance à la même époque que les textes précédents, à un objet distinct, qui concerne les « pénalités ou intérêts de retard ». Pour l'application d'une telle sanction, des difficultés ont été rencontrées quant à la détermination de la nature conventionnelle ou légale des intérêts, ou même le cumul ou non de cette sanction à l'occasion d'une responsabilité civile. Mais c'est plutôt la notion de pénalités qui, par moment, a cristallisé les incertitudes. En effet, par un acte notarié en date du 14 février 2006, une société avait consenti à une autre société d'exploitation un crédit-bail immobilier d'une durée de 15 ans, pour l'acquisition d'un terrain et la construction d'un immeuble à usage industriel. Ce crédit-bail avait été garanti, jusqu'à un certain montant, par l'engagement d'une caution solidaire. Le crédit-preneur ayant été mis en redressement puis en liquidation judiciaire, le liquidateur a résilié le contrat de crédit-bail immobilier. Le crédit-bailleur a dès lors déclaré une créance qui comprenait une indemnité de résiliation en soutenant qu'elle était due en raison de l'exercice du choix de résilier le contrat. La caution, assignée en paiement de la dette, a contesté être tenue au paiement de cette indemnité, en sollicitant la déchéance du droit crédit-bailleur de percevoir une telle pénalité, sanction prescrite par l'article L. 343-6 du code de la consommation. La caution est suivie par la cour d'appel a retenu la déchéance des intérêts contractuels et la décharge des pénalités et intérêts de retard, étendues à l'indemnité de résiliation, fixée de façon forfaitaire au contrat, comme une pénalité. En revanche la formation commerciale de la Cour de cassation considère que cette indemnité « *ne constitue pas une pénalité au sens des articles L. 341-1 et L. 343-6 du Code de la consommation, mais a pour objet de réparer le préjudice subi par le crédit-bailleur du fait de l'exercice par le crédit-preneur de être faculté de résiliation* »⁹⁹⁸. Cet arrêt traduit bien l'incertitude liée à la détermination de la nature juridique de l'indemnité de résiliation, qualifiée de pénalité ou non ; mais qui pourrait correspondre à une véritable pénalité liée à un retard dans l'inexécution de ses obligations par le preneur⁹⁹⁹. Ce qui en l'espèce n'était pas le cas. Même

⁹⁹⁷ Cass. com. 2 nov. 2016, n° 14-29723, *Bull. civ.* IV, 2016.

⁹⁹⁸ Cass. com. 11 avr. 2018, n° 16-24143, *Bull. civ.* Iv, n° 43, *GP.*, 26 juin 2018, n° 23, p. 33, note C. ALBIGES.

⁹⁹⁹ Voir en ce sens CA. COLMAR, 14 juin 2017, RG n° 15/03548, « lorsque la banque ne démontre pas avoir exécuté son obligation d'information prescrit par l'article L. 341-6 du Code de la consommation, elle est déchue

si, l'indemnité de résiliation convenue dans le contrat avait un caractère forfaitaire, elle n'était pas liée à un retard dans l'exécution de l'obligation, mais était destinée seulement à réparer le préjudice subi par le crédit-bailleur, lié à la rupture anticipée du contrat.

393. L'article 2293, alinéa 2 fait preuve de plus de rigueur, puisque l'objet de la déchéance est « tous les accessoires de la dette, frais et pénalités », sans limitation dans le temps, à la différence des autres textes qui prescrivent également une telle obligation d'information annuelle. Ainsi, la Cour de cassation a apporté une précision quant à la rigueur de cette sanction¹⁰⁰⁰. En effet, par acte authentique des 2 et 9 juillet 1990, un établissement bancaire a consenti à une société un prêt d'un montant de 795 000 francs, soit 121 197 euros, avec intérêts conventionnels au taux de 12 % l'an, remboursable en quinze années garanties par une caution solidaire. Poursuivie en paiement suite à la défaillance de la société cautionnée, la caution a invoqué la déchéance de tous les accessoires, intérêts, frais et pénalités, en se fondant sur le non-respect de l'obligation d'information annuelle relative à l'évolution de la dette cautionnée. La banque a reproché à la cour d'appel de l'avoir condamné à recalculer le montant de sa créance en excluant les frais et accessoires à l'exception de l'intérêt légal dû à compter de la mise en demeure de la caution. Elle prétendait que, d'une part l'obligation d'information avait bien été fournie, d'autre part qu'il incombait au juge de déterminer le montant de sa créance. Ces arguments sont balayés par la haute juridiction qui a considéré que la banque n'ayant pas justifié elle-même le respect de l'obligation prévue à l'article 2293 du Code civil, il ne revenait pas au juge d'en établir l'existence. En sus, elle a indiqué que la sanction encourue en cas de non-respect de cette obligation était la déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités. À l'occasion de cet arrêt, la solution dégagée par la première chambre civile, confirme la rigueur de la sanction de l'obligation annuelle d'information de l'article 2293 du Code civil à l'égard de la banque (créancier en général), à qui il revient non seulement de démontrer et d'en justifier le respect, mais aussi d'effectuer le calcul du montant de la créance en déduisant les frais et accessoires.

394. À la lumière des développements qui précèdent, on peut affirmer sans risque de se tromper que le contrat de cautionnement est lui-même dans un désordre¹⁰⁰¹, que la réforme s'est

du droit aux intérêts et de la pénalité constituée par une indemnité de résiliation » ; également, Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-18478 ; *Banque et droit*, 2013, n° 151, p. 48, obs. N. RONTCHEVSKY, *RDBF.*, sept 2013, n° 153, obs. A. CERLES ; *GP.*, 24 oct. 2013, n° 155, p. 15, note S. PIEDELIEVRE.

¹⁰⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2019 ; n° 18-19211 ; *Bull. civ. I*, 2019 ; *LEDB.*, déc. 209, n° 11, p. 6, note M. MIGNOT ; *LPA*, 8 janv. 2020, n° 6, p. 2020, obs. M. RICHEVAUX ; *GP.*, 18 févr. 2020, n° 7, p. 36, note C. ALBIGES.

¹⁰⁰¹ A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'obligation d'information », *RDC.*, 2008, n° 2, p. 587.

donné pour mission de corriger, pour le bonheur du crédit. Désormais, l'obligation d'information portant sur l'évolution de la dette est régie par un seul texte au sein du Code civil, de même que l'obligation d'information sur la défaillance du débiteur pour plus de clarté des textes.

Conclusion chapitre 2

395. Introduire de l'équilibre dans la relation des parties au cautionnement est une exigence de transparence, en même temps qu'elle participe de la protection de la partie qui subit le déséquilibre. En s'attachant à la détermination de la caution profane, on atteint un tel objectif car, elle corrige les déséquilibres en hissant cette dernière à la hauteur des exigences et de la compréhension de son engagement. La prise en compte de la qualité de caution profane est un moyen d'équilibre du contrat de cautionnement. Néanmoins, cette quête d'équilibre a engendré un éclatement du cautionnement.

Conclusion Titre 2

396. Le contrat de cautionnement est marqué par la recherche d'un équilibre, souvent difficile à trouver, entre l'efficacité de la sûreté et la protection de la caution. Mais au-delà, c'est l'équilibre du contrat de cautionnement par le maintien des caractères du cautionnement en présence d'une caution profane qui doit être recherché. La détermination de cette catégorie de caution fonctionne ainsi comme un facteur d'assouplissement de certaines règles, utiles et nécessaires, à la recherche de cet équilibre.

Conclusion de la première partie

397. La qualité de caution profane s'intègre bien dans la restauration de l'efficacité du cautionnement dans le sens où, elle restreint l'application de certaines règles aux cautions qui le méritent. Les critères qui permettent de la déterminer doivent néanmoins être affinés, afin d'une reconnaissance législative et la consécration d'une protection spécifique.

DEUXIÈME PARTIE

LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE

398. « *La société industrielle a engendré une nouvelle conception des rapports économiques et sociaux qui tient compte de l'inégalité de fait entre les partenaires. Le législateur entend protéger le plus faible contre le puissant, le profane contre le mieux informé* »¹⁰⁰². L'adoption de la qualité de caution profane s'inscrit dans ce mouvement « *protectionnisme* » de certains contractants. Cet objectif de protection ne peut être atteint qu'à travers une catégorisation des cautions de manière à pouvoir assurer une plus grande efficacité de la protection de la partie faible dans le contrat de cautionnement. Protéger la caution profane comme partie faible du contrat de cautionnement, ce n'est pas protéger un incapable, mais prendre en compte sa faiblesse, son ignorance pour légiférer. Cette protection, amorcée par la jurisprudence, a souvent inspiré le législateur qui à l'occasion de lois spéciales s'y est intéressé, même si l'ensemble de cette protection est fluctuante et parfois peu cohérente. Car la plupart du temps, elle n'y a pas fait expressément allusion dans le Code civil qui est le texte de base régissant le cautionnement.

399. L'absence de protection de la caution profane dans le Code civil peut s'expliquer par la théorie du principe de l'autonomie de la volonté empruntée aux philosophes du XVIII^e qui se traduit par la formule de GOUNOT : « *La seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence. Tout contrat libre est un contrat juste, quel qu'en soit le contenu* »¹⁰⁰³. Les rédacteurs du Code civil ayant été imprégnés par ce principe, on peut aisément comprendre la raison pour laquelle, le Code civil n'apportera donc aucune protection particulière à cette catégorie de cautions qui serait un contractant comme un autre dont la seule volonté est nécessaire à la naissance du contrat¹⁰⁰⁴. C'est-à-dire peu importe la qualification qu'on peut donner à la caution (analphabète, inexpérimentée, professionnel ou non, profane), l'essentiel est la substance de sa volonté¹⁰⁰⁵. Ainsi, « *à la lecture des auteurs du XIX^e siècle, et même de la première moitié du XX^e siècle, on ne peut qu'être frappé par l'indifférence dont ils firent preuve*

¹⁰⁰² G. CAS, D. FÉRRIER, Traité de droit de la consommation, PUF 1986, p. 1.

¹⁰⁰³ GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté, Thèse Paris, 1912, cité par G. RAYMOND, Droit de la consommation, préc. n°8, p. 7.

¹⁰⁰⁴ Ph. DUPICHOT, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, préc. n° 27.

¹⁰⁰⁵ C. A. Colmar, 5 févr. 1996, JCP G 1997, II, 22793, note H. VRAY.

à l'égard du besoin de protection de la caution. La doctrine à l'époque ne concevait pas le cautionnement comme un acte dangereux. Depuis, les mentalités ont radicalement changé. La première préoccupation du législateur et du juge est la protection de la caution. Les caractères grave et dangereux du cautionnement sont systématiquement mis en évidence. Le cautionnement conduit facilement à la ruine et au surendettement de la caution. Ceci explique les multiples protections dont elle bénéficie. Et ces protections sont d'autant plus nécessaires qu'elle s'engage pour autrui, donc elle prend le risque d'être ruinée, non dans son intérêt, mais celui d'un tiers »¹⁰⁰⁶. La protection de la caution est devenue dès lors, depuis des décennies, la préoccupation aussi bien du législateur que de la jurisprudence. En témoigne l'introduction dans certains textes spéciaux¹⁰⁰⁷, des dispositions la concernant, de même que l'abondance des décisions de justice.

400. Au regard de la coexistence des diverses cautions, profanes, averties, professionnelles ou non professionnelles, il serait opportun et nécessaire de songer à édicter des règles différentes pouvant les régir. Sur ce point, il est à noter que « toutes les cautions ont longtemps été soumises aux mêmes principes. Ce n'est plus vrai aujourd'hui. Le législateur et le juge tentent en effet de renforcer la protection des cautions qui ne sont pas en mesure d'apprécier le risque pris en s'engageant. Des solutions spécifiques sont ainsi retenues lorsque la caution est profane »¹⁰⁰⁸. C'est le lieu de proposer au législateur d'intégrer dans le Code civil une distinction entre les différentes catégories de cautions en modulant la réglementation impérative selon le degré de professionnalisme, voire de connaissance ou non de la personne à protéger¹⁰⁰⁹. Il faudrait donc, pour nous, recourir à une nouvelle distinction portant sur les catégories de caution comme le fait souvent les juridictions, qui tiennent compte de la qualité de profane de la caution lorsqu'elle s'engage. En effet, il nous semble que c'est cette distinction d'origine jurisprudentielle, qui a pris une certaine importance, spécialement au regard des obligations du créancier envers la caution¹⁰¹⁰. Car, il a pu apparaître que « les règles générales issues du Code civil ne mettent pas suffisamment à l'abri des dangers du cautionnement, à la fois parce qu'elles

¹⁰⁰⁶ M. MIGNOT, Droit des sûretés, 3^e éd., LGDJ, 2010, p. 22, n° 41.

¹⁰⁰⁷ Allusion à l'obligation d'information du Code de la consommation, du Code monétaire et financier et certaines dispositions du Code de commerce.

¹⁰⁰⁸ D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc, n° 52, p. 54.

¹⁰⁰⁹ J. TERRAY, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP* 1987, I, 3295.

¹⁰¹⁰ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, LexisNexis, 5^e éd., 2015, n°67, p. 79.

protègent le consentement a posteriori, et non dès la conclusion du contrat, et parce qu'elles ignorent la solvabilité de la caution »¹⁰¹¹.

401. La formation du contrat de cautionnement est soumise à la fois à des règles communes à tous les engagements contractuels et à des règles spécifiques dont le rôle essentiel est d'assurer la protection des cautions, en particulier lorsqu'il s'agit de personnes physiques¹⁰¹². La jurisprudence tente d'élaborer un ensemble de mesures afin d'apporter à la caution profane, la protection qu'elle mérite. Il s'agit d'une protection sélective et dosée¹⁰¹³ au profit de cette catégorie de cautions. Cette protection s'insère dans une politique législative qui s'exprime par le choix entre « *la force obligatoire des contrats et la force des contractants* »¹⁰¹⁴, mais aussi par une intervention prétorienne se caractérisant par une grande sollicitude des juridictions à l'égard de certaines catégories de cautions. C'est pourquoi, la protection de la caution doit être à deux vitesses¹⁰¹⁵ selon que la caution « *est profane – ou non avertie – et ne s'est engagée que pour rendre service au débiteur, ou qu'elle est considérée comme avertie, parce qu'elle exerce une fonction dans l'entreprise garantie* »¹⁰¹⁶. Ainsi, on va s'atteler à lever le voile, surtout à faire la lumière sur les mesures destinées à protéger la caution profane au moment de la formation du contrat de cautionnement et qui ne compromettent pas l'efficacité de la garantie (Titre 1). La protection de la caution profane n'intéresse pas que la phase de la souscription du contrat, mais toute la vie du cautionnement, d'où l'intérêt de s'arrêter sur les moyens de protection de la caution profane lors de la mise en œuvre du contrat de cautionnement (Titre 2).

¹⁰¹¹ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, Dalloz, 6^e éd. 2018, n° 75, p. 47.

¹⁰¹² Y. PICOD, *Doit des sûretés*, 3^e éd. PUF, 2016, n° 54, p. 95.

¹⁰¹³ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 11^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2016, n° 39, p. 45.

¹⁰¹⁴ J.-J. BARBIERI, *Vers un nouvel équilibre contractuel ?* Thèse préc. p. 15.

¹⁰¹⁵ D. POHE, « La caution profane en droit OHADA : le cautionnement à deux vitesses », *RLDA*, avr. 2016, n° 114.

¹⁰¹⁶ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc. n° 215, p. 148.

TITRE 1

LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE AU MOMENT DE LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT

402. Le cautionnement, comme tout contrat, est soumis aux dispositions de droit commun qui viennent de faire l'objet d'une réforme¹⁰¹⁷. Ainsi, résulte-t-il du nouvel article 1128 du Code civil, que « sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties ; leur capacité ; un contenu licite et certain ». La formation du cautionnement obéit également à des règles spéciales¹⁰¹⁸. De toutes les dispositions communes, celles qui intéressent le mieux notre étude, est celle relative au consentement des parties. En effet, le contrat de cautionnement se forme par l'échange des consentements entre la caution et le créancier, se traduisant par un accord de volontés éclairées et conscientes. Mais selon Monsieur LEGEAIS, au stade de l'échange des consentements, « *seul celui de la caution [paraît] avoir une véritable importance [dans la mesure où] la caution assume un risque considérable puisqu'à tout moment, elle peut se voir demander le paiement par le créancier* »¹⁰¹⁹. Il faut admettre que « *le cautionnement n'étant plus le petit contrat qu'avait prévu le législateur en 1804* »¹⁰²⁰, la protection de la caution est devenu un enjeu majeur du droit contemporain du cautionnement. De ce point de vue, le cautionnement est devenu un contrat manifestement déséquilibré et dangereux, car « *la caution y souscrit l'une des obligations les plus rigoureuses* »¹⁰²¹. Pour atténuer les effets de ces obligations rigoureuses à l'égard des cautions dites profanes, la jurisprudence française s'inspire de certains mécanismes déjà existants. Ainsi, à défaut d'inventer des mécanismes de protection visant spécialement ces cautions, puise-t-elle dans le droit commun, la règle de droit permettant d'y parvenir.

403. On constate, alors, une certaine évolution¹⁰²² dans le processus de formation du contrat de cautionnement. En partant du principe, qu'il s'agissait initialement d'un « service entre

¹⁰¹⁷ Il s'agit de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations issue de l'ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

¹⁰¹⁸ Un formalisme le plus souvent exigé à titre de validité de l'engagement, un principe de proportionnalité interdisant un engagement excessif.

¹⁰¹⁹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 93, p. 86.

¹⁰²⁰ C. JALLAMION, C. LISANTI, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », préc.

¹⁰²¹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 96, p. 94.

¹⁰²² M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. n° 158, p. 92. Ces auteurs décrivent exactement comment le contrat de cautionnement est passé d'une convention librement négociée et librement consentie à une convention dont les conditions sont imposées par une partie avec le recul de la faculté de négociation des cautions.

amis », son contenu devrait faire l'objet d'une libre négociation entre les parties, placées sur un pied de stricte égalité. Avec l'essor du crédit nécessitant de plus en plus de garanties, le recours au cautionnement s'est intensifié et diversifié. Les professionnels du crédit, notamment les établissements bancaires et autres particuliers, sont devenus les principaux bénéficiaires de ces garanties, ce qui impacte profondément le processus de formation de cette garantie.

404. Les exigences des établissements de crédit ont conduit à la rédaction de plusieurs actes juridiques, laissant ainsi peu de place à la négociation. Finalement, les cautions se retrouvent dans des hypothèses de contrats d'adhésion, auxquels ils ne peuvent qu'apposer ou non leur signature¹⁰²³. Le contenu d'un tel contrat, fixé d'avance, la caution ne pourra pas évidemment en discuter avant de signer¹⁰²⁴. C'est cela que semble traduire le nouvel article 1110 alinéa 2 du Code civil¹⁰²⁵. Selon Monsieur ALBIGES, « *qu'ils soient conclus par des cautions dites non intéressées, généralement engagées à des considérations familiales ou affectives, ou des cautions dites intéressées, en particulier les dirigeants de sociétés, les contrats de cautionnement correspondent désormais, pour l'essentiel, à des contrats d'adhésion* »¹⁰²⁶. Alors même que, le nouvel article 1104 du Code civil dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Il est évident que ce processus de formation ci-dessus exposé et contraire aux dispositions de l'article 1104 du Code civil constitue un obstacle majeur pour la caution profane. Dans la mesure où elle adhère à un contrat dont on ne peut s'assurer qu'elle soit en mesure de bien comprendre et d'apprécier le contenu.

405. Dans ces conditions, la protection de la caution profane passe par l'encadrement de l'expression de sa volonté. Pareille opération ne peut se faire recourir au droit commun des contrats. Dès lors, la conclusion du cautionnement doit alors se conformer aux exigences du nouvel article 1128 du Code civil¹⁰²⁷. L'ensemble de ces règles n'ont cessé de jouer un rôle important dans la protection des cautions et sans nul doute il en sera de même pour les nouvelles règles édictées par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats. Des conditions de validité du cautionnement au regard de l'article 1128 du Code civil, seul le

¹⁰²³ M. MIGNOT, Droit des sûretés, préc. n° 88, p. 76.

¹⁰²⁴ M. MIGNOT, *ibid.*

¹⁰²⁵ « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation sont déterminées à l'avance par l'une des parties »

¹⁰²⁶ C. ALBIGES, « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », *AJC.*, 2017, p. 248.

¹⁰²⁷ « Sont nécessaires à la validité d'un contrat d'un contrat : 1° le consentement des parties, 2° leur capacité de contracter, 3° un contenu licite et certain ».

consentement présente un réel intérêt pour notre étude. C'est pourquoi il sera d'abord abordé, l'encadrement du consentement assuré par les règles de fond (Chapitre 1), avant d'envisager une réflexion sur les exigences formelles, nécessaires à la validité de l'engagement (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE ASSURÉE PAR LES RÈGLES DE FOND

406. Le cautionnement est un acte particulièrement grave et dangereux¹⁰²⁸ pouvant conduire à la ruine¹⁰²⁹. La volonté d'engager son patrimoine pour autrui doit être rigoureusement encadrée surtout quand celui qui s'engage est profane ; une partie parfois psychologiquement et juridiquement plus faible que son cocontractant, le professionnel de crédit. L'encadrement du consentement de la caution profane, c'est-à-dire la protection de son consentement consiste à la mettre à l'abri de toute atteinte. Il s'agit précisément de s'assurer que sa volonté ne soit altérée par quelque vice que ce soit, particulièrement s'assurer qu'elle « *a bien exprimé un consentement libre et éclairé* »¹⁰³⁰. Le consentement apparaît comme « *l'élément fondamental de tout contrat* »¹⁰³¹, dont la protection est assurée par divers moyens, notamment la théorie des vices du consentement.

407. La protection du consentement par la théorie des vices du consentement concerne tous les contractants, quels qu'ils soient, dès leur que ceux-ci, estiment que leur consentement a été vicié. Mais, « *c'est grâce à la théorie des vices du consentement que les cautions sont aujourd'hui principalement protégées. Le droit du cautionnement apparaît même comme l'un des domaines d'application privilégiés de la théorie. C'est même souvent le cautionnement qui est à l'origine des principales évolutions concernant l'erreur et le dol* »¹⁰³². La protection de la caution profane passe nécessairement par l'exigence d'un consentement exempt de vices (Section 1), dont l'insuffisance dans certaines situations a engendré d'autres moyens, censés compléter ces moyens traditionnels de protection (Section 2).

¹⁰²⁸ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Les sûretés personnelles, préc. n° 299, p. 210.

¹⁰²⁹ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 54, p. 96.

¹⁰³⁰ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. n° 170, p. 104.

¹⁰³¹ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, Droit des obligations, 15^e éd. LexisNexis 2019, n° 126, p. 120.

¹⁰³² D. LEGEAIS, Sûretés et garanties du crédit, préc. n° 98, p. 89.

SECTION 1 : L'EXIGENCE D'UN CONSENTEMENT EXEMPT DE VICES

408. La formation du contrat se réalise par le seul effet de la rencontre des consentements. Mais, « *le consentement n'oblige que si la volonté de ceux qui l'ont donné est saine, c'est-à-dire exempt de vices* »¹⁰³³. Et celui des contractants dont le consentement est altéré peut demander la nullité du contrat pour vice du consentement. Les règles, qui gouvernent la protection des parties lors de la conclusion du contrat, ont en matière de cautionnement une importance toute particulière¹⁰³⁴. Car, la caution assume un risque considérable en garantissant une dette qui à l'origine n'est pas la sienne, dont elle n'a souvent pas prise. C'est pourquoi la protection du consentement de cette partie au contrat requiert une attention bienveillante. En ce sens, « *La théorie des vices du consentement apparaît même aujourd'hui comme l'une des meilleures techniques de protection des cautions profanes* »¹⁰³⁵. Mais, elle reste délicate comme le soulignent certains auteurs. En effet, « *elle tend à un double but de justice et de sécurité et il peut y avoir contradiction entre ces deux exigences. Un but de justice, car elle se propose de protéger celui des contractants dont le consentement n'a pas été parfaitement libre dans sa volonté ni éclairé dans son intelligence. Un but de sécurité des transactions, afin que n'importe quelle déception ne ruine la stabilité des rapports contractuels ; or la déception est fréquente, parce que le contrat est une anticipation et que la réalité des prestations se révèle souvent différente de ce qu'avait imaginé une partie lorsqu'elle a consenti au contrat* »¹⁰³⁶. Néanmoins, elle « *est le moyen de faire respecter la justice contractuelle* »¹⁰³⁷, en faisant en sorte que chaque partie reçoive la contrepartie correspondante de ce qu'elle a donné. C'est l'expression de l'ordre public de protection qui « *vise à la protection de catégories de contractants se trouvant dans une situation d'infériorité telle que l'exercice de leur volonté ne garantit plus la justice contractuelle* »¹⁰³⁸. La caution profane qui se trouve très souvent dans une telle situation n'est

¹⁰³³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, LGDJ, 8^e éd., 2016, n° 493, p.281.

¹⁰³⁴ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 93, p. 86

¹⁰³⁵ D. LEGEAIS, *ibid.*

¹⁰³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, préc. n° 494, p. 282

¹⁰³⁷ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 6 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, *ibid.*, n° 494, p. 282 ; *contra* D. HOUTCIEFF, Droit des contrats, préc. n° 74, p. 87.

¹⁰³⁸ J. GHESTIN, *ibid.*, p. 7.

pas à l'abri des vices susceptibles de porter atteinte à son consentement, l'empêchant de s'engager valablement.

§ 1 : Les vices affectant le consentement de la caution profane

409. Les atteintes au consentement de la caution profane sont caractérisées par les vices classiques qui sont, désormais, prévus à l'article 1130, nouveau du Code civil. Selon ce texte, « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». Cette conception large des vices du consentement pourrait être efficace dans la protection de la caution, surtout lorsque celle-ci est profane. En pratique si l'erreur (A) et le dol (B) sont souvent largement invoqués par la caution en vue d'obtenir l'annulation de son engagement, la violence est rarement admise. La réforme du droit des contrats ne devrait pas remettre en cause cette tendance, sauf à voir le vice de violence très souvent invoqué (C) comme les deux premiers dans la mesure où « *les différents vices sont conçus plus largement que par le passé* »¹⁰³⁹.

A- Le consentement de la caution profane altérée par une erreur

410. L'existence d'un rapport contractuel suppose la rencontre d'au moins deux volontés suivies d'un échange de consentements, ce qui laisse entendre que pour « *consentir il faut initialement vouloir* »¹⁰⁴⁰. La volonté et le consentement sont intimement liés, car la volonté n'engage que si elle est éclairée et libre¹⁰⁴¹ et « *par essence, le consentement n'oblige qu'à ce qui a été réellement voulu* »¹⁰⁴² ; l'expression libre de l'un passe par l'existence de l'autre. Ainsi, au moment de la formation de l'acte contractuel, est-il tout à fait admissible qu'une erreur se soit incrustée dans les échanges. Dès lors la question se pose de savoir si cette erreur a vicié le consentement de l'une des parties de sorte à invalider le contrat.

411. L'erreur, en tant que vice de consentement, régi par le droit commun des contrats, est souvent invoquée par la caution avec un succès mitigé¹⁰⁴³. Cette dernière, afin d'échapper à

¹⁰³⁹ D. LEGEAIS, Droit des suretés et garanties du crédit, préc. n° 98, p. 89.

¹⁰⁴⁰ J. GHESTIN, « Introduction à l'échange des consentements », *RJ com.* 1995, n° spécial, p. 14.

¹⁰⁴¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, préc. n° 495, p. 282.

¹⁰⁴² Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*, n° 499, p. 284.

¹⁰⁴³ J.-L. PUYGAUTHIER « La libération de la caution d'un débiteur insolvable », *JCP N* 1997, n° 29, p. 1001.

l'exécution de son obligation, soutient souvent le fait qu'elle s'est représentée faussement la réalité de son engagement, qu'elle s'est fait une représentation inexacte d'un élément qui aurait déterminé son consentement à l'engagement contractuel. L'erreur s'appréhende comme « *une croyance fausse portant sur un des termes du contrat, c'est la représentation inexacte de l'objet du contrat* »¹⁰⁴⁴. L'erreur est donc une donnée psychologique qui impose une analyse spécifique de l'expression de la volonté de la caution¹⁰⁴⁵. En ce domaine, les méprises invoquées par les cautions abondent et sont souvent considérées comme des prétextes utilisés par ces garants dont le but est de remettre en cause des engagements qui leur sont défavorables. Très souvent, lorsque le débiteur principal se révèle défaillant, la caution tente par tous les moyens de se dérober. Pour ce faire, elle invoque une erreur qui est « *le plus souvent l'expression des regrets aussi vains que tardifs* »¹⁰⁴⁶.

412. Les juridictions sont moins bienveillantes quand il s'agit d'apprécier l'existence d'une erreur ayant affecté le consentement de la caution¹⁰⁴⁷. En effet, on constate une réticence à l'admission de l'erreur de la caution et celle-ci se justifie par le souci de préserver la sécurité dans le contrat de cautionnement, voire les transactions, sécurité susceptible d'être remise en cause par une judiciarisation du cautionnement¹⁰⁴⁸. Cependant, il n'est pas à négliger les hypothèses dans lesquels les cautions ont manqué de clairvoyance, même s'il ne faut pas non plus, par ce biais, faciliter la remise en cause de leurs engagements par des cautions de mauvaise foi. Il est vrai qu'on ne peut ignorer avec certitude que les vices invoqués ne correspondent pas à la réalité parce que la légèreté avec laquelle souvent la caution s'engage, incite à la prudence. Selon Madame FENOUILLET, « *L'engagement est donc souvent pris à l'aveugle, la caution manquant d'informations essentielles (...) ou consenti à la légère dans l'illusion que l'engagement ne recevra pas d'exécution (la perspective de la réalisation du risque est lointaine et la caution n'a que sa signature à donner (...))* »¹⁰⁴⁹. L'insouciance de la souscription du cautionnement rend souvent dubitative sur sa compréhension, car « *l'inconscience avec laquelle certains engagements de caution sont souscrits ou l'énormité de ces engagements conduisent à se demander si les intéressés ont compris la portée réelle de leur engagement* »¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁴ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, Droit des obligations, préc. n° 183, p. 166.

¹⁰⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Rapport de synthèse sur l'échange des consentements », *RJ.com.* 1995, p. 151.

¹⁰⁴⁶ Ph. SIMLER, cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, préc. n° 134, p. 144.

¹⁰⁴⁷ Paris 9 avr. 1992, *JCP G* 1992, I, 3626, n° 1, obs. Ph. SIMLER. Le juge pour refuser la libération de la caution, soutient que « le cautionnement étant à la portée de toute intelligente moyenne et la notion même de caution se trouvant dans la pratique de nombreuses sociétés, la caution est mal fondée à exciper de son ignorance ».

¹⁰⁴⁸ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 64, p. 111.

¹⁰⁴⁹ D. FENOUILLET, « Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc. p. 305.

¹⁰⁵⁰ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 134, p. 144.

C'est pourquoi, l'erreur est admise que dans des cas spécifiques, et surtout à l'égard de certaines cautions.

413. Toutes les cautions en effet, ne sont pas sur le même pied et certaines ne sont pas parfaitement compétentes et informées. Dans cette circonstance, lorsqu'elles sont profanes, c'est-à-dire étrangères à l'activité cautionnée, leur consentement n'est pas à l'abri d'une erreur. L'appréciation de l'erreur ne devrait pas être identique selon que la caution est profane ou non. Dès lors, les juridictions ne peuvent rejeter une requête en nullité au motif que « *le cautionnement est maintenant d'un usage courant chez les agriculteurs en raison du développement des prêts bancaires* »¹⁰⁵¹, sans vérifier si, en raison des circonstances et de la personnalité de la caution, celle-ci aurait pu raisonnablement être victime d'une erreur. En théorie, on pourrait penser que toutes les erreurs connues en droit commun des contrats sont susceptibles d'entraîner l'annulation du cautionnement. Mais, il n'en est pas ainsi. Car, « *les caractères mêmes du cautionnement limitent le champ des erreurs que la caution peut invoquer. Le contrat étant très généralement unilatéral, il ne peut y avoir d'erreur sur la substance d'une contreprestation. L'obligation garantie, qui est aussi celle de la caution, étant très généralement une somme d'argent, l'erreur sur l'objet de l'engagement est également exclue* »¹⁰⁵². Néanmoins, la caution profane invoque très souvent, dans le but d'obtenir la nullité du cautionnement, l'erreur sur la nature de son engagement (1) et l'erreur sur la solvabilité du débiteur (2), facilitées par le nouveau droit des contrats.

1- L'invocation d'une erreur sur la nature de l'engagement

414. Selon l'article 1132 du Code civil, « l'erreur à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due », c'est-à-dire l'objet de l'obligation de la caution. Le cautionnement étant un contrat unilatéral, l'objet de l'obligation de la caution consiste à payer à la place du débiteur principal si celui est défaillant. Cet objet, « *aisé à comprendre et qui ne prête pas à confusion* »¹⁰⁵³ parce que le cautionnement est présumé être un mécanisme connu et compris de tous, l'erreur qui porte sur l'objet ou encore la nature de l'engagement de la caution ne peut qu'être admise très rarement. Cependant, certaines circonstances seraient de nature à justifier l'invocation d'une telle erreur,

¹⁰⁵¹ Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 1990, Aff. Deguillard et Denis c/ Banque de Bretagne, inédit ; cité par Ph. SIMLER, Cautionnement, Garantie autonome, garanties indemnitaires, préc. n° 137, p. 150.

¹⁰⁵² Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 133, p. 144.

¹⁰⁵³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 172, p. 104.

particulièrement lorsque la caution est profane¹⁰⁵⁴. Ainsi, la nullité du cautionnement fut prononcée au profit d'une caution, personne âgée et considérée comme ignorante¹⁰⁵⁵. La nullité fut également prononcée dans un cas où le cautionnement fut mal rédigé par le créancier, ce qui a constitué une vraie source d'erreur pour la caution¹⁰⁵⁶.

415. L'erreur commise par la caution profane sur la nature de son engagement est appréhendée comme une « erreur obstacle », c'est-à-dire une erreur ayant empêché la rencontre des consentements. Il s'agirait plutôt d'une absence de consentement plutôt que d'un vice¹⁰⁵⁷. Elle est souvent invoquée par la caution que lorsqu'en accordant sa signature, elle pensait apportait une garantie morale. Cette erreur résulte d'une discordance entre l'offre de cautionnement et l'acceptation de la caution. Il s'agit concrètement d'une absence de consentements car les contractants n'ont pas voulu la même chose, « *les volontés ne se sont pas rencontrées, s'étant méprises sur la nature du contrat* »¹⁰⁵⁸, et « *le garant ignorait qu'il s'engageait à se substituer en cas de défaillance du débiteur* »¹⁰⁵⁹. Il s'agit d'une erreur sur la prestation fournie, c'est-à-dire une méprise de la caution sur sa propre prestation. Elle ne devrait pas être difficile à admettre dans la mesure où le Code civil dans son article 1130 alinéa 2 indique que « *leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». Cette disposition permet d'établir des degrés dans la nocivité des vices de consentement¹⁰⁶⁰.

416. L'erreur sur la nature de l'engagement est une erreur sur la substance de l'engagement en ce sens qu'on serait en présence d'une absence totale de consentement de la caution. L'erreur n'était une cause de nullité du contrat conformément à l'ancien article 1110, alinéa 1 du Code civil que lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet, c'est-à-dire concrètement les qualités essentielles de la prestation¹⁰⁶¹, de la chose, objet du contrat. Ainsi, la

¹⁰⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1964, *Bull. civ. I.* n° 269.

¹⁰⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 juill. 1979, *JCP G* 1980, II, 19318, obs. Ph. SIMLER.

¹⁰⁵⁶ CA Grenoble, 24 janv. 2000, RG. n° 97/ 05058 : « eu égard à son âge au moment de la souscription du contrat du cautionnement, il est certain que le prétendu garant s'est mépris, non sur les conséquences, mais sur la substance même de son engagement dont il peut dès lors demander la nullité ».

¹⁰⁵⁷ Ph. Malinvaud, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, préc. n° 190, p. 169 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, préc. n° 503, p. 287.

¹⁰⁵⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, préc. n° 503, p. 287.

¹⁰⁵⁹ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, préc. n° 324, p. 225.

¹⁰⁶⁰ G. LOISEAU, « Les vices du consentement », préc. p. 16.

¹⁰⁶¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd. PUF, 2021, n° 534, p. 413.

caution profane pouvait-elle se prévaloir d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose objet du contrat.

417. Une telle erreur s'analyse en une méprise sur l'objet de l'obligation. Pour la jurisprudence, cette méprise représente une erreur « *de nature telle que sans elle une des parties n'aurait pas contracté* »¹⁰⁶². À ce propos, dans l'arrêt en date du 25 mai 1964, la Cour de cassation avait considéré que des agriculteurs illettrés, qui pensaient donner une simple garantie morale sans incidence sur leur patrimoine personnel, avaient commis une méprise sur la substance de leur engagement. La haute juridiction française avait fait preuve de bienveillance à l'égard de ces cautions qui s'étaient engagés à garantir la dette d'un tiers alors même que le contrat de cautionnement ne leur avait pas préalablement été lu. Elle annula le cautionnement litigieux en se fondant sur l'article 1110 ancien du Code civil, au motif que « *la méprise invoquée avait porté non sur les conséquences, mais sur la substance de l'engagement et que l'erreur en résultant avait été le motif principal et déterminant de l'obligation contractée* ». La Cour de cassation avait à cette occasion, considéré qu'il s'agit en pratique d'une erreur-obstacle, qui correspondait à une absence totale de consentement.

418. En droit du cautionnement, l'objet de la garantie s'applique à ce à quoi la caution s'oblige, c'est-à-dire par exemple la somme d'argent qu'elle devra payer en cas de défaillance du débiteur principal. Dans cette situation, il est important de tenir compte du fait que la caution profane n'aurait pas contracté si elle avait su la portée de son engagement. De « *nombreuses cautions, en effet, avancement qu'elles croyaient, en signant le contrat de cautionnement n'avoir accordé qu'une garantie morale ou que leur signature n'était qu'une simple formalité* ».

419. Le nouvel article 1132 du Code civil a substitué l'expression « substance même de la chose qui en est l'objet » par l'expression « qualités essentielles de la prestation due ou celles du cocontractant ». Il s'agirait pour la caution profane, la possibilité d'invoquer une erreur sur sa propre prestation. Bien que la réforme ait remplacé l'adjectif « substantielles » par « essentielles », la réalité est la même¹⁰⁶³. Car, concernant le cautionnement, la substance même de l'engagement, c'est-à-dire l'objet de l'obligation de la caution est entendue subjectivement et renvoie nécessairement à la prestation due par la caution qui constitue l'essence de l'obligation ; ce qui fait que la substitution d'un adjectif par un autre dans ce cas-là, ne change rien au fond de l'analyse. Par ailleurs, le contrat de cautionnement étant unilatéral car la caution

¹⁰⁶² Cass. 1^{re}, civ. 28 janv. 1913, S. 1913, 1, 487.

¹⁰⁶³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Doit des obligations*, préc. n° 497, p. 287.

n'attend du créancier professionnel de crédit aucune contre-prestation¹⁰⁶⁴ ; elle ne peut dans cette hypothèse invoquer qu'une erreur sur sa propre prestation.

420. Cette erreur qui consiste pour la caution à se méprendre sur sa propre prestation se traduit pour elle à se tromper sur ce qui constitue la substance de son engagement. C'est « *le fait de se représenter inexactement l'objet d'une obligation, ou bien, plus techniquement encore, elle est une discordance entre la volonté interne et la volonté déclarée* »¹⁰⁶⁵. Ainsi, la caution profane pourrait-elle invoquer cette erreur, qui est une erreur-obstacle et qui en général est appréhendée comme une absence de consentement car, il n'a pas eu rencontre de volontés ; qui d'ailleurs s'est méprise sur la nature du contrat. Elle constitue une erreur grave car elle empêche la formation du contrat¹⁰⁶⁶.

421. Les juridictions ont eu à réitérer cette cause de nullité, en reconnaissant que la garantie apportée par une caution pouvait faire l'objet d'une annulation quand cette dernière n'avait pas été en mesure de comprendre la nature de son engagement en raison de ce que le créancier avait indiqué « *qu'elle n'avait rien à craindre, qu'elle ne s'engageait à rien et que c'était une formalité nécessaire* »¹⁰⁶⁷. Mais en matière de cautionnement, une seule espèce illustre bien cette erreur-obstacle. En effet une banque créancière avait laissé croire à deux cultivateurs illettrés que le contrat de cautionnement -dont-ils n'avaient pas connaissance -avait pour seul effet de faciliter l'octroi d'un prêt¹⁰⁶⁸. Cette espèce qui remonte à près d'un demi-siècle nous renseigne sur la rareté de l'hypothèse de l'erreur sur la nature de la prestation de la caution profane. De même, les juges l'admettent difficilement en ce sens que la Cour d'appel a considéré que : « *le cautionnement étant à la portée de toute intelligence moyenne et la notion même de caution se retrouvant dans la pratique de nombreuses sociétés humaines, la caution est mal fondée à exciper son ignorance* »¹⁰⁶⁹.

422. L'article 1133, alinéa 2 du nouveau Code civil l'admet lorsqu'il indique « l'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou l'autre partie ». La solvabilité du

¹⁰⁶⁴ L. AYNES, P. CROCQ, Droit des sûretés, préc. n° 213, p. 98.

¹⁰⁶⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, préc. n° 497, p. 284.

¹⁰⁶⁶ C. A. Paris, 30 nov. 2006, *JCP G* 2007, II, 10069, note H. KENFACK.

¹⁰⁶⁷ CA. Nancy, 2^e ch. 4 nov. 1996 : *Juris-Data* n° 1996-056169.

¹⁰⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 25 mai 1964, *Bull. civ. I*, n° 269 ; *D.* 1964, p. 626 ; *RTD. civ.* 1965, p. 105, obs. J. CHEVALLIER.

¹⁰⁶⁹ CA. Paris, 9 avr. 1992, *JCP G*, 1992, I, 3623, n° 1, obs. Ph. SIMLER.

débiteur principal, dont le créancier veut s'assurer en exigeant une caution, est paradoxalement souvent l'objet de la méprise de la caution.

2- L'invocation d'une erreur sur la solvabilité du débiteur principal

423. Très souvent, il arrive que la caution demande l'annulation du cautionnement en invoquant une erreur qu'elle aurait commise sur la solvabilité du débiteur principal. La méprise invoquée par la caution sur la solvabilité du débiteur garantie peut paraître surprenante dans la mesure où le cautionnement consiste à garantir le créancier contre une éventuelle défaillance du débiteur principal, c'est-à-dire en cas de survenance d'une insolvabilité de celui-ci. Alors, dans cette circonstance, comment la caution pourrait-elle invoquer la solvabilité du débiteur qu'elle est censée garantir pour se soustraire de son obligation. Cette préoccupation, aussi évidente qu'elle paraît, cache une réalité bien complexe. La réponse à une telle préoccupation mérite de distinguer deux temps : de toute évidence, la caution ne peut, dans un premier temps, demander l'annulation du cautionnement en invoquant l'insolvabilité débiteur survenue postérieurement à son engagement¹⁰⁷⁰, car la couverture de ce risque constitue l'objet même du cautionnement¹⁰⁷¹, c'est-à-dire la raison même de son engagement. Selon des auteurs, « *sauf à renier la nature de son engagement de garant, la caution ne peut se plaindre d'une insolvabilité apparue après la conclusion du cautionnement* »¹⁰⁷². Cette hypothèse tranche avec celle dans laquelle la caution invoque l'insolvabilité de la caution au jour du cautionnement, c'est-à-dire une ignorance de la situation réelle et actuelle du débiteur¹⁰⁷³ au moment de l'engagement.

424. Dans un second cas, l'erreur peut être admise si au moment de la formation du contrat, le débiteur était déjà insolvable alors même que la caution ignorait cette situation, c'est-à-dire qu'au moment de la conclusion du contrat, la situation du débiteur était définitivement obérée, à l'insu de la caution. Certes, rien n'interdit de cautionner en connaissance de cause un débiteur déjà insolvable¹⁰⁷⁴. Mais, cela ne correspond pas à l'objet du cautionnement car la caution par son engagement, entend assumer seulement le risque d'une insolvabilité future, non pas jouer le rôle d'un codébiteur. Accepter de se porter caution d'un débiteur déjà insolvable paraît être

¹⁰⁷⁰ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 86, p. 76 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 174, p. 105 ; L. AYNES, P. CROCQ, Droit des sûretés, préc. n° 214, p. 107.

¹⁰⁷¹ Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 1990, *Bull. civ. I*, n° 242, *D.* 1991, somm. 385, obs. L. AYNES ; *RTD civ.* 1991, 149, note M. BANDRAC ; « L'erreur d'appréciation commise par la caution sur les possibilités de croissance du fonds de commerce exploité par le débiteur ne porte pas sur la substance de son engagement de caution ».

¹⁰⁷² A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Droit des sûretés, préc. n° 327, p. 227.

¹⁰⁷³ Bordeaux, 6 déc. 1997, *JCP G*, II, 19318, note Ph. SIMLER.

¹⁰⁷⁴ Cass. com. 10 oct 1995, *Bull. civ. IV*, n° 223, *D.* 1996, somm. 265, obs. L. AYNÈS.

un acte déraisonnable¹⁰⁷⁵. Ainsi, la caution profane qui n'est pas intégrée à l'opération principale et qui n'a aucune information sur la situation du débiteur principal, c'est-à-dire une caution incompétente et non informée devrait pouvoir invoquer avec succès cette erreur. À condition qu'il soit établi qu'elle ignorait cette insolvabilité présente et que la croyance que le débiteur était solvable le jour de la conclusion du cautionnement a pu être déterminante de son consentement. Cependant, il nous sera opposé l'argument selon lequel, il appartient à la « *caution de protéger ses propres intérêts en se renseignant sur la solvabilité débiteur à cautionner* »¹⁰⁷⁶. Mais doit-on pour autant considérer son erreur comme inexcusable ? Un tel argument placerait toutes les cautions sur un même pied quant à la possibilité d'avoir une connaissance réelle de la situation financière du débiteur principal ; alors qu'en pratique, ce n'est pas très souvent le cas.

425. Dans tous les cas, l'invocation d'une erreur sur la solvabilité du débiteur principal n'est pas admise, « *sauf si la caution avait fait de cette circonstance la condition de son engagement* »¹⁰⁷⁷. Autrement dit, cette erreur doit entrer dans le champ contractuel, c'est-à-dire que cette condition est stipulée dans le contrat de cautionnement¹⁰⁷⁸, contrat dans lequel le créancier n'est pas partie. Comment la caution pourrait-elle ériger la solvabilité du débiteur principal en une condition de son engagement sans susciter la méfiance du créancier et sans faire échouer l'opération principale ? Une telle clause en pratique ne serait pas acceptée par le créancier, qui, en tant que rédacteur du contrat, est en position de force. Cette jurisprudence nous semble très rigoureuse à l'égard des cautions profanes et semble minimiser le rapport de force qui se joue dans cet échange contractuel.

426. La méprise sur la situation financière du débiteur principal, invoquée par la caution n'aboutit pas à une erreur sur la personne au regard de l'article 1110 alinéa 2 ancien du Code civil, devenu article 1132 du Code civil. Selon l'article 1132 du Code civil, l'erreur, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles du cocontractant. Cette erreur devrait porter en effet, sur la personne même du cocontractant ; or le débiteur est « *un tiers au contrat de cautionnement* »¹⁰⁷⁹. Néanmoins, il a été admis une erreur sur les qualités du débiteur principal, dès lors que l'erreur a été commune

¹⁰⁷⁵ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 86, p. 77.

¹⁰⁷⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 175, p. 105.

¹⁰⁷⁷ Cass. 1^{re}, civ. 25 oct. 1977, *Bull. civ. I*, n° 388 ; Cass. com. 11 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 15.

¹⁰⁷⁸ Cass.com. 30 oct. 2012, inédit, n° 11-27280.

¹⁰⁷⁹ M. FARGE, Les sûretés, PUG 2007, n° 88, p. 69 ; Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 64, p. 111.

aux parties¹⁰⁸⁰. L'arrêt qui retient cette solution semble plutôt prendre en compte l'opération de cautionnement dans son ensemble¹⁰⁸¹. Ainsi, la qualité du débiteur principal peut être l'élément ayant déterminé le consentement de la caution lorsqu'on dépasse le cadre du contrat de cautionnement pour appréhender l'opération de cautionnement dans son ensemble.

427. En matière de cautionnement, la situation financière ou la confiance en la solvabilité du débiteur principal, est souvent la condition tacite en vertu de laquelle la caution accepte de s'engager. Dès lors, la caution profane qui, en pratique ignore cette situation peut se prévaloir d'une telle erreur. Ainsi, la Cour de cassation a annulé un cautionnement en approuvant une cour d'appel d'avoir retenu que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal, la condition tacite de son engagement. Alors même qu'au moment de son engagement, le débiteur principal était une société dont la situation était déjà irrémédiablement compromise. Par cette décision, la haute cour semble infléchir sa position, surtout à l'égard de cautions profanes¹⁰⁸². Cependant, on peut se demander si cet infléchissement de la position de la Cour de cassation va tenir dans la mesure où l'article 1135 nouveau du Code civil dispose que « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement ». À moins que la haute juridiction française tenant compte de la particularité de la qualité de certaines cautions ne maintienne la simple condition tacite¹⁰⁸³.

428. La réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 limite le recours de la caution profane à l'erreur comme par le passé car, « *en définitive, la nullité pour erreur n'est que très parcimonieusement admise* »¹⁰⁸⁴. C'est sûrement la raison pour laquelle le dol est le vice de consentement privilégié¹⁰⁸⁵ car, il semble davantage accueilli que l'erreur.

B- Le consentement de la caution profane affectée par le dol

429. Poursuivie par le créancier, la caution invoque très souvent avoir été victime d'un dol dans le but d'obtenir l'annulation du cautionnement. Le dol tient une place particulièrement

¹⁰⁸⁰ Cass.com., 19 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 172 ; *D. Aff.* 2004, AJ., p. 60, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G* 2004, I, 141, n° 4, obs. Ph. SIMLER.

¹⁰⁸¹ L. ANDREU, J.-D. PELLIER, « L'incidence de la réforme du droit des obligations sur les sûretés personnelles », *in* Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, (dir). L. ANDREU et M. MIGNOT, IUV., 2017, p. 499.

¹⁰⁸² Paris, ch. 15, sect. B, 12 déc. 2003, *Juris-Data* n° 233808.

¹⁰⁸³ C. ALBIGES, « La réforme du droit des contrats et la formation du cautionnement », préc. p. 248.

¹⁰⁸⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, préc. n° 87, p. 78.

¹⁰⁸⁵ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 99, p. 89.

importante au sein des vices du consentement, car il est plus facile de faire état de la tromperie de son cocontractant que d'invoquer sa propre méprise.

430. Le nouveau droit des contrats à travers l'article 1137 du Code civil dispose que « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». Le dol apparaît comme tout fait quelconque destiné à tromper le consentement¹⁰⁸⁶ de l'une des parties. Dans cette perspective, il en résulte que le dol dont il est question est celui qui intervient lors du processus de formation du contrat et qui affecte le consentement d'une partie au contrat. Il ne peut dès lors être confondu avec le dol dans l'exécution du contrat qui s'appréhende comme une inexécution intentionnelle du contrat dont la conséquence oblige son auteur à réparer l'entier dommage subi par la victime. En gros, il s'agit du dol qui vicie le consentement d'une partie dont les manifestations sont prévues par l'article 1137 du Code civil suscitée. Le contexte du cautionnement étant particulièrement propice à l'argument du dol, la caution profane peut l'invoquer en reprochant au créancier « *un manquement à son devoir de loyauté lors de la formation du contrat de cautionnement* »¹⁰⁸⁷. Au-delà de ce cas particulier, le dol se manifeste de différentes manières, susceptibles d'être invoquées par la caution.

1- Les manifestations du dol subi par la caution profane

431. Les problèmes liés à l'expression libre de la volonté de la caution mettent en lumière l'épineuse question du dol¹⁰⁸⁸. En effet, l'article 1116, ancien du Code civil (devenu article 1137), disposait que « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». Le dol suppose donc une tromperie qui va amener l'autre partie à conclure le contrat sur une fausse conviction¹⁰⁸⁹. La tromperie peut résulter de manœuvres savamment orchestrées par le créancier¹⁰⁹⁰. La caution profane peut être victime de telles manœuvres de nature à porter atteinte à son consentement. Et ces manœuvres au sens du texte

¹⁰⁸⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, préc. n° 508, p. 291.

¹⁰⁸⁷ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 65, p. 112.

¹⁰⁸⁸ S. HABASSI-MEBARKI, La protection de la caution, Thèse Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambresis, 2016, p. 55.

¹⁰⁸⁹ A. BENABENT, Droit des obligations, 18^e éd. LGDJ, 2019, n° 101, p. 98.

¹⁰⁹⁰ Cass. com. 7 févr. 1983, *JCP E*, 1983, I, 11502 ; Cass. com. 8 juill. 2003, *D. aff.* 2003, AJ, p. 2308, obs. A. AVENA-ROBARDET, où le créancier avait certifié que la situation du débiteur principal était saine alors que tel n'était pas le cas.

précité impliquaient, des « *actes positifs caractérisés par une mise en scène* »¹⁰⁹¹, une idée de machinations et d'artifices¹⁰⁹². Le dol est ainsi, le fruit d'une erreur provoquée qui se distingue de l'erreur spontanée commise par l'*errans* suite à une fausse représentation de la réalité par elle-même ou une représentation inexacte d'un élément ayant déterminé son consentement au cautionnement.

432. Mais, la jurisprudence retient une conception extensive du dol en y ajoutant le mensonge et la réticence ou le silence du créancier ; des comportements reprochables au créancier et qui sont de nature à induire la caution en erreur. Alors même qu'en 1804, le Code civil ne retenait pas la réticence dolosive, car les rédacteurs du texte considéraient que les parties à un acte contractuel étaient sur un pied d'égalité, de sorte qu'il leur revenait de s'informer¹⁰⁹³. Le silence observé par les contractants était considéré comme l'expression de leur volonté, voire de leur liberté. Mais depuis maintenant près de trois décennies, il ne fait aucun doute que le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait, qui, s'il en avait connaissance, l'aurait empêché de contracter¹⁰⁹⁴. Lorsque la réticence dolosive était caractérisée, le contrat était annulé pour manquement à l'obligation de contracter de bonne foi du contractant¹⁰⁹⁵. Cette conception extensive du dol par la jurisprudence a été prise en compte par le législateur, notamment par le nouvel article 1137 précité qui la consacre, en prévoyant que le dol consiste en des « manœuvres ou des mensonges » ou en « la dissimulation intentionnelle (...) d'une information » déterminante pour l'autre partie. Néanmoins, quel intérêt la caution profane trouve-t-elle à demander l'annulation de son engagement en invoquant une erreur provoquée alors qu'elle peut l'obtenir au titre d'une erreur spontanée ? Précédemment, nous avons constaté que certains obstacles s'opposent à l'admission de l'erreur spontanée et les hypothèses dans lesquelles la caution profane peut l'invoquer sont très spécifiques et restrictives.

¹⁰⁹¹ A. BENABENT, *ibid*, n° 102, p. 99.

¹⁰⁹² Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, préc, n° 508, p. 291.

¹⁰⁹³ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 101, p. 92.

¹⁰⁹⁴ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, chron. p. 3338 ; M. BOURASSIN, V. BEMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 179, p. 118.

¹⁰⁹⁵ Cass. 1^{re}, civ. 10 mai 1989, *Bull. civ.* I, n° 187 ; *JCP* 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS ; Cass. com. 26 nov. 1991, *JCP* 1992, IV, 369 ; Cass. 1^{re}, civ. 14 nov. 1995, *Bull. Joly* 1996, 121, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. 1^{re}, civ. 18 févr. 1997, *RJDA* 6/97, n° 813 p. 548 ; *D.* 1997, IR., p. 74 ; Cass. com. 6 févr. 2001, *D.* 2001 p. 1024.

433. En réalité, le dol constitue l'un des moyens de défense privilégiés des cautions¹⁰⁹⁶ parce que tout d'abord le domaine du dol est plus large que celui de l'erreur. Le dol est admis dans des situations où l'erreur spontanée ne l'est pas. Il en va ainsi de l'erreur sur la valeur qui est considérée comme une erreur inexcusable et qui n'est donc pas une cause de nullité lorsqu'elle est spontanée ; alors qu'elle le devient si elle est provoquée par le dol au sens de l'article 1139, nouveau du Code civil. Ce texte dispose, en effet, que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou un simple motif du contrat ». Ensuite, le dol se prouve facilement, car c'est un comportement qui est nécessairement plus extériorisé que l'erreur qui est « *un état d'esprit interne à l'errans* »¹⁰⁹⁷. Enfin, le dol peut, non seulement conduire à l'annulation du contrat pour vice du consentement ; mais il peut en outre, ouvrir droit à des dommages et intérêts au titre de la responsabilité pour faute de son auteur. Par ailleurs, quel que soit le comportement en cause, le dol subi par la caution profane comme tout contractant, doit provoquer une erreur telle que sans elle, la caution n'aurait pas contracté. Cette erreur provoquée peut être le fait des parties intéressées à l'opération de cautionnement, notamment le créancier, en sa qualité de cocontractant de la caution et bénéficiaire de la garantie et du débiteur principal qui sollicite l'engagement de la caution.

2- Le dol des parties intéressées à l'opération de cautionnement

434. Le cautionnement est une opération triangulaire dont le contrat de cautionnement entre la caution et le créancier ne constitue que l'un des côtés de cette relation triangulaire¹⁰⁹⁸. En considération de cette relation contractuelle, la caution, poursuivie en paiement par le créancier, peut reprocher à ce dernier d'avoir commis un dol à son égard (a). Mais bien que le débiteur soit considéré comme un tiers au regard du contrat de cautionnement *stricto sensu*, la caution peut être victime d'une erreur provoquée par le débiteur principal ; car bien souvent, les manœuvres, mensonges et autres réticences dolosives proviennent de ce dernier (b).

a- Le dol du créancier à l'égard de la caution profane

435. Le contrat de cautionnement est souscrit dans l'intérêt du créancier afin de le garantir contre une éventuelle défaillance de son débiteur. Et il arrive que dans certaines situations, ce

¹⁰⁹⁶ P. CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », *Mélanges* en l'honneur de J. STOUFFLET, LGDJ, 2001, p. 33 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 101, p. 91.

¹⁰⁹⁷ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, préc. n° 209, p. 186.

¹⁰⁹⁸ Ph ; SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, préc. n° 39, p. 33.

soit le créancier lui-même qui soit l'auteur du dol à l'égard de la caution profane. En effet, la caution profane pourra invoquer des pratiques dolosives chaque fois que le créancier usera de manœuvres¹⁰⁹⁹ ou de mensonges¹¹⁰⁰ pour obtenir son consentement ou chaque fois qu'il lui dissimulera de façon intentionnelle une information dont il sait le caractère pertinent pour la caution, au sens de l'article 1137, nouveau du Code civil.

436. Les manœuvres visées par l'article 1137 du Code civil peuvent être constituées par de fausses informations données par le créancier à la caution dans le but de l'amener à s'engager. Il peut s'agir en pratique de manœuvres impliquant une mise en scène, de faux documents ou l'intervention d'un tiers¹¹⁰¹. En réalité, le créancier sait que la caution ne s'engagera pas, si elle connaît la situation exacte du débiteur à garantir. Il lui donne alors des informations erronées, rassurantes afin de l'inciter à consentir. Il en est va également des mensonges. En effet, il arrive des cas où, le créancier comment un mensonge à l'égard de la caution en lui affirmant par exemple qu'elle ne court aucun risque d'être appelée en paiement, alors que l'insolvabilité du débiteur est avérée. Dans ces hypothèses précédentes, le dol résulte d'un acte positif du créancier. Mais dans d'autres situations, le comportement dolosif du créancier résultera d'un acte négatif qui est caractérisé par une rétention d'information ou une réticence à la fourniture d'une information. La réticence est la forme la plus courante du dol dans le cautionnement et c'est à « *cette dernière catégorie que correspondent les plus nombreux des cas par lesquels les recueils de jurisprudence illustrent la férocité des créanciers* »¹¹⁰². En pratique, le créancier omet sciemment de révéler à la caution une information essentielle, pertinente, qu'il sait pourtant déterminante dans sa prise de décision. Plus concrètement il est reproché au créancier d'avoir gardé le silence sur des informations dont il savait qu'elles étaient essentielles pour le consentement de la caution¹¹⁰³. Il en va ainsi, lorsqu'un établissement bancaire accepte

¹⁰⁹⁹ Cass. com. 4 juill. 2018, inédit, n° 16-21743, 16-21787, où a été cassé pour défaut de base légale, conformément à l'article 1116 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'arrêt pas recherché si le créancier ne s'était pas fait consentir les cautionnements en cause dans le seul but d'adjoindre à la société débitrice, dont il connaissait la situation financière fragile, de nouveaux débiteurs en la personne des cautions, sans l'intention de conclure la convention de collaboration envisagée avec ladite société.

¹¹⁰⁰ Cass. com., 7 févr. 1983, n° 81-15339, *Bull. civ.*, IV, n° 50, où a été approuvé, une cour d'appel ayant relevé qu'à la veille d'un acte de caution, la situation d'un commerçant était obérée et son compte fortement débiteur et en énonçant que la banque était intervenue pour certifier à la caution que la situation du commerçant était saine et qu'il n'y avait aucun risque, une cour d'appel qui a constaté que, plusieurs jours plus tard, le compte était clôturé, a pu retenir l'existence de manœuvres dolosives de la part de la banque.

¹¹⁰¹ A. BENABENT, *Droit des obligations*, préc. n° 102, p. 99.

¹¹⁰² A. BENABENT, *ibid.*

¹¹⁰³ Cass. 3^e civ. 15 janv. 1971, n° 69-12180, *Bull. civ.* III, n° 38, p. 25, « le silence gardé sur un élément essentiel du contrat pour tromper le cocontractant était constitutif de réticence dolosive puisque le dol peut être constitué

l'engagement d'une caution en lui taisant l'état désespéré de l'entreprise cautionnée¹¹⁰⁴, le défaut de viabilité de l'opération financé¹¹⁰⁵ ou même la destination réelle du crédit garanti¹¹⁰⁶. Il y aura dol par réticence chaque fois que le créancier aura gardé le silence sur des informations déterminantes du contrat de cautionnement, pouvant être admis comme viciant le consentement de la caution.

437. On comprend par ailleurs que, quel que soit le comportement dolosif du créancier, se pose la question de l'information de la caution. À ce propos, la Cour de cassation avait fondé par exemple la réticence dolosive sur l'obligation de contracter de bonne foi¹¹⁰⁷. Selon elle, « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou, à tout le moins, lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* »¹¹⁰⁸. Il est exigé, d'une part, que le silence du créancier ait porté sur une information déterminante qui, si elle était sue de la caution l'aurait empêché de se porter garant; telle que la situation irrémédiablement compromise ou lourdement obérée du débiteur principal. D'autre part, il doit être prouvé que le créancier était en possession de ces informations pertinentes. Naturellement, le créancier ne doit informer la caution que de ce qu'il a connaissance¹¹⁰⁹. Il ne devrait pas lui être reproché une retenue d'information s'il a été lui-même victime d'une tromperie de la part du débiteur ou légitimement s'il pouvait ignorer cette information capitale.

438. Mais, en raison du fait qu'il est souvent un professionnel, la jurisprudence, présume chez le créancier, la connaissance de l'information¹¹¹⁰. Les juges vont même plus loin en considérant que « *les créanciers ont un devoir de se renseigner pour pouvoir informer, voire conseiller les cautions* »¹¹¹¹. Cependant, ce devoir spontané d'information n'est pas exigé

par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ».

¹¹⁰⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 mai 1989, *JCP* 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS.

¹¹⁰⁵ Cass. com. 23 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 208; *JCP* E 1998, p. 1831, note D. LEGEAIS, où le dol de l'établissement de crédit-bail immobilier a été retenu dès lors qu'il était établi que le versement des loyers générerait un déficit chronique très important de sorte qu'économiquement l'opération n'était pas viable. En l'espèce, l'établissement était spécialisé dans le financement de l'hôtellerie alors que le dirigeant était profane.

¹¹⁰⁶ Cass. com. 26 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 204.

¹¹⁰⁷ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », préc. p. 3338.

¹¹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ. 10 mai 1989, *Bull. civ.* I, n° 187; *JCP* 1989, II, 21363, obs. D. LEGEAIS.

¹¹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ. 11 févr. 1986, *Bull. civ.* I, n° 22.

¹¹¹⁰ D. LEGEAIS, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », *LPA* 1997, n° 28, p. 4.

¹¹¹¹ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 101, p. 92.

lorsqu'il apparaît que la caution avait elle-même les moyens de s'informer sur la situation du débiteur. Ainsi, lorsque la caution est impliquée activement dans l'activité de la société, il paraît difficile d'admettre qu'elle puisse invoquer son ignorance de la situation de celle-ci. C'est pourquoi, le dol est rarement admis lorsque la caution est le dirigeant de la société cautionnée¹¹¹², ou lorsque la caution est associée à la gestion de la société¹¹¹³. Cette prise en compte de la qualité de la caution, souhaitable, peut aisément se comprendre. En effet, le dirigeant-caution averti est sans aucun doute la personne qui connaît le mieux la situation de l'entreprise qu'il dirige et ne peut, de ce fait, ignorer les difficultés qu'elle traverse, contrairement à la caution profane qui a besoin d'être informée de manière complète sur la situation du débiteur principal et sur l'état de ses engagements. De même, pour invoquer le dol, la caution doit démontrer la mauvaise foi du créancier, c'est-à-dire la réticence dolosive n'est admise comme un dol viciant le consentement de la caution que si elle est intentionnelle, c'est-à-dire destinée à tromper le contractant. Autrement dit, le créancier doit avoir eu l'intention de tromper la caution, c'est-à-dire être de mauvaise foi. Et il appartiendra à la caution profane de démontrer l'intention malveillante du créancier ; ce qui ne paraît pas simple pour une telle caution. S'il n'en est pas ainsi, la caution ne pourra invoquer avec succès un tel vice. Cette exigence, qui paraît assez contraignante pour la caution profane, est assouplie par la jurisprudence qui semble fonder le dol sur la seule inobservation d'une obligation d'information¹¹¹⁴. Ainsi, « *l'idée que le dol puisse être exclusivement fondé sur une obligation précontractuelle d'information a incontestablement tendance à faire reculer le caractère intentionnel du dol, voire à l'évincer* »¹¹¹⁵. Enfin, la nullité pour dol a été soumise à la preuve que la caution ne connaissait pas ou ne devrait pas connaître ces informations déterminantes.

439. Cette sollicitude des juridictions s'explique par « *le comportement et les connaissances de la caution* »¹¹¹⁶, qui tient compte de l'aptitude de la caution à déceler le risque pris en

¹¹¹² Cass. com. 16 nov. 1993, *JCP E* 1994, pan. 106 ; Cass. com. 9 févr. 2010, *RDBF*. 2010, comm. 88, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com. 28 janv. 2014, n° 12-27703, *Banque et droit* mars-avr. 2014, p. 46, obs. E. NETTER ; Cass. com. 17 déc. 1996, inédit, n° 94-20808, « la connaissance que la caution, qui était président du conseil d'administration de la société garantie, avait de la situation de la société était exclusive de la dissimulation alléguée » ; Cass. com. 28 janv. 2014, *Bull. civ.* IV, n° 20 (est rejetée la réticence dolosive invoquée par le président du conseil d'administration et dirigeant de plusieurs entités juridiques du groupe auquel appartenait la société débitrice, qui était totalement impliqué dans l'opération dans l'opération de restructuration financière garantie qu'il avait lui-même proposé à la banque).

¹¹¹³ C.A. Paris, 3^e ch. sect., B, 4 avr. 2003, *Juris-Data* n° 2003-215776.

¹¹¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 mai 1989, *Bull. civ.* I, n° 187, *D.*1990, somm. 385 ; *Défrenois* 1989, art. 34633, p. 1409, obs. L. AYNES ; Cass. 1^{re} civ. 13 mai 2003, *JCP* 2003, II.10144.

¹¹¹⁵ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de bonne foi », préc. p. 3339.

¹¹¹⁶ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 101, p. 93.

s'engageant, particulièrement ses qualités et/ou de ses liens avec le débiteur principal¹¹¹⁷. La caution ne peut invoquer le dol que si elle pouvait légitimement ignorer l'information retenue par le créancier¹¹¹⁸, c'est-à-dire lorsqu'elle est profane¹¹¹⁹. Pour éviter toute annulation, il revient au créancier de prouver que la caution, lors de son engagement, ne pouvait ignorer cette situation fortement désespérée du débiteur, par exemple en raison de liens familiaux étroits.

440. Cependant, il faut noter que « *le lien d'alliance ou de parenté de la caution avec le débiteur principal ne permet pas de déduire, en l'absence d'immixtion avérée dans les affaires du débiteur cautionné, une parfaite connaissance de la situation excluant le dol* »¹¹²⁰. Pour parvenir donc à contourner tous ces obstacles, certains créanciers tentent d'insérer dans le contrat de cautionnement une clause stipulant que la caution connaissait la situation financière du débiteur principal et qu'elle n'en a pas fait une condition déterminante de son engagement. Heureusement pour la caution, la Cour de cassation refuse au créancier de se prévaloir d'une telle clause en décidant que « *la cour d'appel a justement déduit que (la banque) ne pouvait se prévaloir de la clause du contrat de cautionnement énonçant que la caution « ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement, dès lors que la banque l'avait stipulé en connaissance des difficultés financières du débiteur principal* »¹¹²¹.

441. Toutes ces solutions élaborées par la jurisprudence qui s'expliquent par la nécessité de protéger la caution non professionnelle¹¹²² ne devraient pas être remises en cause par le nouveau droit des contrats, notamment les articles 1130 et 1137 du Code civil. En effet, le premier texte précité reprend l'exigence du caractère déterminant du dol dont l'appréciation se réfère « aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». Quant au second texte qui consacre la réticence dolosive, il rappelle que l'information dissimulée à la caution doit être de nature à déterminer son consentement tout en réaffirmant l'intention du créancier de tromper par cette dissimulation. Le changement majeur par rapport à l'ancien droit concerne la dissociation de la réticence dolosive et de l'obligation d'information précontractuelle, cette dernière ayant un régime autonome, affirmé par l'article 1112-1 du Code civil. « *Dorénavant, celui qui se prévaut d'un dol (ici la caution) n'a plus à démontrer que son auteur était tenu*

¹¹¹⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 179, p. 108.

¹¹¹⁸ C.A. Colmar, 21 janv. 2004, *Juris-Data* n° 279725.

¹¹¹⁹ Cass. com. 5 déc. 2000, *RDBF.*, 2001, comm. n° 14, obs. D. LEGEAIS.

¹¹²⁰ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 65, p. 114.

¹¹²¹ Cass. 1^{re} civ. 13 mai 2003, *Bull. civ.* I, n° 114.

¹¹²² L. AYNES, P. CROCQ, Droit des sûretés, préc. n° 214, p. 109.

d'une obligation d'information »¹¹²³ ; ce qui est de nature à faciliter encore l'invocation du dol de la caution profane contre le créancier.

442. Par ailleurs, la restriction importante à laquelle, la caution profane semble être confrontée est celle qui exige que le dol émane du cocontractant¹¹²⁴. Cette exigence aboutit au refus de la nullité du cautionnement lorsque le dol est le fait du débiteur principal. Elle n'est pas sans poser des questions, quand on sait que bien souvent, le débiteur n'est pas étranger au consentement de la caution, et même, de ses par ses liens étroits avec ladite caution, influence fortement sa volonté.

b- L'admission du dol provenant du débiteur principal

443. Si les tribunaux admettent sans difficulté le dol qui émane du créancier (généralement une banque), il n'en est pas de même du dol perpétré par le débiteur principal. En effet, l'ancien article 1116 du Code civil (devenu 1337) admettait le dol comme une cause de nullité du contrat lorsqu'il émane du cocontractant. Il en résulte que le dol d'un tiers ne peut en principe entraîner l'annulation du contrat. Et lorsqu'on considère le contrat de cautionnement au sens strict, le débiteur apparaît comme un tiers à ce contrat puisque le cautionnement met en relation la caution et le créancier ; d'autant plus que l'article 2291 du Code civil dispose qu' « on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu ». S'en tenant à cette conception strictement juridique du dol, la jurisprudence refuse d'annuler le cautionnement lorsque le comportement dolosif provient du débiteur lui-même¹¹²⁵ ou des tiers¹¹²⁶. Des auteurs affirment que « (...) la jurisprudence estime avec constance et sans doute avec une certaine sévérité que le débiteur principal est un tiers au contrat de cautionnement, dont le dol, même avéré, demeure indifférent à la validité du contrat »¹¹²⁷.

444. Cette exigence posée à l'article 1116, ancien du Code civil, sévère pour la caution, n'a pas été épargnée par la critique d'une partie de la doctrine¹¹²⁸. En effet, appliquer

¹¹²³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 179, p. 108.

¹¹²⁴ S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, préc. p. 60.

¹¹²⁵ Cass. 1^{re} civ. 28 juin 1978, *Bull. civ. I*, n° 246, *D.* 1978, IR 149, obs. LANDRAUD ; Cass. com. 13 nov. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 161 ; *RDBF.*, 2003, n° 11, obs. D. LEGEAIS ; *JCP* 2003, I, n° 1, 122, obs. G. LOISEAU ; *D.* 2003, p. 684, note B. ROMAN ; *RTD. civ.* 2003, p. 322, obs. P. CROCQ ; *Banque et droit* mars-avr. 2003, p. 52, obs. J. FRANÇOIS ; Cass. 1^{re} civ. 28 juin 1978, *Bull. civ. I*, n° 246, *D.* 1978, IR 149, obs. LANDRAUD.

¹¹²⁶ Cass. com. 22 juill. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 163, *D.* 1987, somm. 445, obs. L. AYNES.

¹¹²⁷ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit des sûretés*, préc. p. 238

¹¹²⁸ M. RÈMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », préc. n° 27 ; P. CHAUVÉL, *Rép. civ. Dalloz*, V°, Dol, n° 107 ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, préc. n° 88, p. 79.

rigoureusement cette règle en matière de cautionnement, c'est ignorer l'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement¹¹²⁹, d'une part et nier le fait que le cautionnement *stricto sensu* est indissociable des rapports caution-créancier et caution-débiteur¹¹³⁰, d'autre part. Nous partageons cette analyse, dans la mesure où on peut considérer que le rapport entre la caution et le débiteur est le lien qui non seulement donne naissance à toute l'institution, mais en est l'inspirateur. Car, « *qu'il traduise un désir de rendre service ou de réaliser une opération fructueuse, sans lui, psychologiquement, le cautionnement est inconcevable* »¹¹³¹.

445. Le cautionnement devrait donc, être considéré dans un ensemble plus vaste, comme une opération triangulaire dont le pivot¹¹³², c'est-à-dire celui qui tient le rôle central¹¹³³, est le débiteur principal. Dans cette relation triangulaire¹¹³⁴, l'appréciation du dol devrait tenir compte des rapports qui se nouent entre les différentes parties et qui sont susceptibles d'impacter les engagements des uns et des autres. Si « *La caution qui demande à être déchargée de son engagement peut faire constater la nullité du contrat principal pour dol dès lors qu'elle peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette.*¹¹³⁵, en revanche de manière constante, la Cour de cassation considère que le dol qui vicie le consentement de l'une des parties à un contrat n'emporte la nullité de ce contrat que s'il émane de l'autre partie ; en conséquence la cour d'appel n'a pas à rechercher s'il a existé ou non des manœuvres dolosives imputées à des tiers au contrat de cautionnement¹¹³⁶. Mais, refuser le dol du débiteur principal en le considérant comme un tiers paraît étrange¹¹³⁷. En effet, le débiteur principal n'est pas un véritable tiers par rapport au cautionnement, il n'est pas totalement étranger à cette opération, car c'est celui-là même qui sollicite l'engagement de la caution. Dès lors « *l'exclusion du dol du débiteur comme cause de nullité du cautionnement est contestable. Si l'accord créancier-caution constitue certes en soi le contrat, il n'a de sens et ne peut exister que greffé sur une opération de base, avec laquelle il forme une opération triangulaire où le débiteur tient le rôle*

¹¹²⁹ M. REMOND-GOUILLOD, *ibid.*

¹¹³⁰ J. FRANÇOIS, « le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, chron. p. 2580.

¹¹³¹ M. REMOND-GOUILLOD, *ibid.*, n° 8.

¹¹³² Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, préc. n° 88, p. 79.

¹¹³³ Ph. SIMLER, *J.-Cl. Droit civil, Art. 2011-2020, V° Cautionnement*, n° 43.

¹¹³⁴ G. LOISEAU, obs. sous Cass. com. 13 nov. 2002, *JCP* 2003, I, 122, n° 1.

¹¹³⁵ Cass. 3^e civ. 11 mai 2005, n° 03-17682, *Bull. civ.* III, n° 101, p. 94 ; *RTD. civ.* 2005, p. 500, obs. J. MESTRE et H. BARBIE ; *RDBF.*, 2005, n° 126, obs. D.LEGEAS.

¹¹³⁶ Cass. com. 22 juill. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 163 ; *D.* 1987, somm. p. 445, obs. L. AYNÈS.

¹¹³⁷ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, préc. n° 88, p. 79 ; Cass. 1^{re} civ. 1^{er} fév. 1972, *Bull. civ.* I n° 37, où la Cour de cassation considère qu'un cautionnement « implique des engagements entre trois personnes, un créancier, un débiteur et une caution », admettant ainsi l'existence d'un rapport triangulaire.

central. Qualifier de tiers ce dernier procède d'une approche abstraite et irréaliste. Le Code civil traite lui-même des rapports entre la caution et le débiteur comme des effets du cautionnement »¹¹³⁸.

446. Malgré ces critiques, la jurisprudence continue de maintenir sa position ; mais consacre une conception extensive du dol, laissant entrevoir des possibilités d'annulation sur ce fondement. C'est ainsi que la Cour de cassation a admis que « *le dol d'un tiers au contrat puisse entraîner la nullité de ce dernier lorsqu'elle porte sur la substance de l'engagement* »¹¹³⁹. De même, elle a considéré que le dol pouvait émaner d'un *cofidéjusseur*, alors même que celui-ci est tiers à l'engagement de la caution qui invoque la nullité¹¹⁴⁰. Cependant, le dol qui émane du débiteur lui-même n'est pas admis sauf si celui-ci s'est rendu complice du créancier¹¹⁴¹. Toutes ces solutions ont eu un écho favorable auprès du législateur puisqu'elles ont été consacrées par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats. En effet, l'article 1138, nouveau du Code civil dispose que « le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence ». Qu'en sera-t-il du dol commis par le débiteur principal lui-même en dehors de toute collusion frauduleuse avec le créancier ? D'autant plus que bien souvent, c'est le débiteur principal qui est l'auteur du dol à l'égard de la caution. Lorsque le créancier sollicite une caution, c'est au débiteur qu'il revient de convaincre la caution afin que celle-ci accepte d'apporter sa garantie. Se faisant, il est tenté de dissuader la caution en lui dissimulant sa véritable situation dont il sait qu'elle peut être déterminante de l'engagement de la caution.

447. Le dol commis par le débiteur principal ne peut être invoqué par la caution puisque l'article 1337, nouveau du Code civil appréhende le dol comme des manœuvres, mensonges ou dissimulations provenant de l'un des contractants. La spécificité du caractère triangulaire de l'opération de cautionnement et surtout la qualité de certaines cautions devrait permettre à la jurisprudence d'admettre le dol invoqué par la caution lorsqu'elle est le fait du débiteur principal. L'appréciation des pratiques dolosives devrait tenir compte de la particularité de la caution induite en erreur par le débiteur, c'est-à-dire prendre en considération le comportement et les connaissances de la caution dans l'appréciation du dol invoqué. C'est ce que semble laisser penser un auteur, lorsqu'il écrit que « *la théorie du dol peut constituer l'une des*

¹¹³⁸ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires, préc. n° 140, p. 126.

¹¹³⁹ Cass. 1^{re} civ. 3 juill. 1996, *JCP E* 1997, I, 670, obs. Ph. SIMLER.

¹¹⁴⁰ Cass. com. 29 mai 2001, *Bull. civ.* IV, n° 100.

¹¹⁴¹ Cass. 1^{re} civ. 27 juin 1973, *Bull. civ.* I, n° 219 ; Cass. com. 10 juill. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 193. Cass. com. 13 nov. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 161 ; Cass. com. 7 févr. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 50, *D.* 1984, IR 84, obs. VASSEUR.

techniques de protection les plus efficaces de la caution. La théorie présente l'avantage de la souplesse, puisqu'il est possible de tenir compte des qualités et compétences des parties, de leur bonne ou mauvaise foi »¹¹⁴². Pour la caution profane et uniquement pour elle¹¹⁴³, les juridictions doivent faire preuve de plus de souplesse et conclure à l'existence d'un dol émanant du débiteur principal. Le refus du dol du débiteur principal peut « *apparaître sévère et irréaliste au regard du rôle déterminant du débiteur dans la conclusion de ce rapport triangulaire* »¹¹⁴⁴, qu'est l'opération de cautionnement. En fait, le débiteur principal occupe une position déterminante dans l'opération triangulaire et ne peut être relégué au second plan dans l'analyse du consentement de la caution dont la décision est influencée par lui. Ainsi, « *si la caution peut voir annuler son engagement parce qu'elle s'est trompée, a fortiori faudrait-il lui accorder son annulation si l'erreur est le fruit des manœuvres du débiteur* »¹¹⁴⁵ ; d'autant plus qu'elle ne dispose ni d'informations, ni la compétence nécessaire, en raison de sa personnalité pour déceler le risque pris en s'engageant.

448. Pour refuser l'admission du dol du débiteur principal, il est souvent invoqué à juste titre la sécurité juridique qui impose que le créancier à l'égard duquel aucun comportement dolosif n'est imputable n'ait pas à supporter les conséquences du dol commis par le débiteur principal, tiers au contrat de cautionnement *stricto sensu*. Et c'est fait preuve d'une injustice que de priver le créancier, par hypothèse innocent¹¹⁴⁶, de sa garantie en le faisant payer pour la faute d'un tiers. Mais la technique du cautionnement doit conduire à relativiser la qualité de tiers du débiteur principal puisqu'il est partie intégrante de l'opération triangulaire. De même, maintenir la caution profane dans les liens de l'opération alors même que les pratiques dolosives du débiteur l'ont induit en erreur reviendrait à l'acceptation tacite d'une sorte d'injustice¹¹⁴⁷. Dans le choix entre les deux victimes d'un tel dol : le créancier et la caution, la protection de la caution devrait primer¹¹⁴⁸. Dans la mesure où, s'il est vrai que le créancier est privé de sa garantie, il ne perd ni sa créance ni son action à l'encontre du débiteur qu'il pourra poursuivre en paiement. Il en est ainsi lorsque le cautionnement encourt l'annulation pour violence ; l'auteur de la violence est jugé indifférent. La rigueur avec laquelle le dol est reçu en matière

¹¹⁴² D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 101, p. 94.

¹¹⁴³ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, préc. n° 115, p. 92.

¹¹⁴⁴ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Traité de droit des sûretés, préc. p. 238.

¹¹⁴⁵ M. REMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », préc. n° 27.

¹¹⁴⁶ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 88, p. 79.

¹¹⁴⁷ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, préc. n° 115, p. 93.

¹¹⁴⁸ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *ibid.*

de cautionnement est à relativiser dans la mesure où son admission varie en fonction de la qualité de celui qui l'invoque et surtout le fait qu'il puisse profiter aux cautions profanes. Celles-ci ont aussi la possibilité de demander, au titre des vices du consentement, l'annulation de leur engagement en cas de violence subie. La question qui se pose est celle de savoir si ce vice de consentement peut être invoqué avec succès.

C- Le consentement de la caution profane extorqué par la violence

449. Le consentement donné par la caution doit être à l'abri de toutes pressions et de toutes contraintes, c'est-à-dire que sa volonté de s'engager en qualité de caution ne doit pas être obtenue à la suite d'une quelconque violence. Cependant, il peut arriver qu'« *une caution puisse être physiquement ou moralement contrainte de s'obliger en cette qualité* »¹¹⁴⁹. Lorsque la caution subit une violence, son consentement se trouve être vicié parce que, ayant été donné sous la contrainte. Et le vice de violence susceptible d'entraîner la nullité d'un contrat est défini par l'article 1112, ancien du Code civil comme suit : « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ».

450. La violence s'appréhende comme une contrainte exercée sur l'un des contractants en vue de l'amener à conclure¹¹⁵⁰. En théorie, la violence semblerait pouvoir être plus facilement retenue que le dol, en ce qu'elle peut émaner du créancier, mais aussi d'un tiers¹¹⁵¹ comme le débiteur principal. Pour pouvoir invoquer le vice de violence, il faudrait que la caution donne son consentement en considération de la crainte « d'un mal considérable et présent ». Selon Mme GAREZ, la violence est constituée si un « *acte est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* »¹¹⁵². Ce fut le cas de la veuve qui a été contrainte à consentir un cautionnement au profit de son beau-père qui s'occupait de sa subsistance et celle de ces enfants¹¹⁵³. Également, il a été décidé que le cautionnement consenti par l'épouse d'un dirigeant de société, alors que la société fut en règlement judiciaire, est vicié du vice de violence, dès lors qu'il a été obtenu par une très forte pression, tant des élus locaux, du syndic et du président du

¹¹⁴⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, *ibid*, n° 89, p. 91.

¹¹⁵⁰ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, Droit des obligations, préc. n° 220, p. 199.

¹¹⁵¹ v. article 1114, ancien du Code civil, devenu article 1142, nouveau du Code civil, « la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ».

¹¹⁵² D. GAREZ, « Les vices du consentement de la caution », *GP*. 2001, p. 1044.

¹¹⁵³ Cass. com. 4 juin 1973, *D.* 1973, IR. p. 180.

tribunal de commerce¹¹⁵⁴. Cependant le fait pour un dirigeant social de se porter caution sous la pression des circonstances économiques n'a pas été admis comme un acte de contrainte suscitant une crainte à l'origine d'un vice de consentement¹¹⁵⁵. À l'exception de quelques cas, la violence physique ou morale en matière de cautionnement est très rarement admise¹¹⁵⁶ au contraire des deux précédents vices du consentement. En effet, l'exigence selon laquelle elle doit être de nature à faire impression sur une personne raisonnable en rend l'application difficile¹¹⁵⁷. De même, le fait que la Cour de cassation a refusé d'assimiler « la pression des circonstances économiques », c'est-à-dire « la violence ou contrainte économique »¹¹⁵⁸ subie par les dirigeants-cautions à la violence régie par les dispositions des articles 1112 à 1114, anciens du Code civil. Mais d'une manière générale, les juridictions faisaient très souvent le constat que les conditions du vice de violence n'étaient pas réunies parce que l'exploitation d'une situation de désarroi ou de dépendance n'était pas caractérisée¹¹⁵⁹. Cependant, l'invocation du vice de violence par les cautions pourrait connaître un regain d'intérêt eu égard aux nouvelles dispositions du Code civil issu de la réforme du droit des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. En effet, l'article 1140, nouveau du Code civil prévoit qu'il y a « violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celle de ses proches à un mal considérable ». Ainsi, l'extension des personnes visées par la menace de nature à inspirer la crainte permet de considérer la violence de la même manière qu'elle est exercée sur la personne même du cocontractant que sur ses proches. Et contrairement à l'ancien article 1112 du Code civil qui laissait place à une interprétation *in abstracto* de la gravité de la crainte, l'article 1130, alinéa 2 nouveau du Code civil permet une interprétation *in concreto*, et ce de manière générale pour tous les vices puisque leur caractère déterminant « s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. En tenant compte des circonstances et des personnes, les cautions faibles ou vulnérables pourraient trouver une voie d'annulation pour vice de violence de leur engagement. Également, l'article 1143, nouveau du Code civil

¹¹⁵⁴ Cass. com. 28 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n° 180, p. 128 ; *Defrénois* 1991, art. 35119, n° 82, p. 1120, obs. L. AYNES ; *RTD. civ.* 1991, n° 3, obs. M. BANDRAC.

¹¹⁵⁵ Cass. com. 23 juin 1992, inédit n° 90-14642 ; *RJ.com.* 1993, p. 294, note M.-H. MONSERIE.

¹¹⁵⁶ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 105, p.97 ; M. MIGNOT, Droit des sûretés et de la publicité foncière, préc., n° 142, p. 77 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 181, p. 109 ; Y. PICOD, Droit des sûretés, préc., n° 66, p. 114.

¹¹⁵⁷ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse, préc. n° 102, p. 84.

¹¹⁵⁸ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 66, p. 114 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 182, p. 110 ; M. MIGNOT, Droit des sûretés et de la publicité foncière, préc., n° 143, p. 78.

¹¹⁵⁹ Cass. com. 28 janv. 2014, n° 13-10292 ; *RDC.* 2014. 109, obs. A. BARTHEZ ; *GP.*, 2. 2014, p. 1061, note C. ALBIGES.

qui semble être l'innovation en ce domaine, dispose qu' « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». La caution, tenue financièrement par le créancier ou en état de faiblesse, pourrait se trouver dans une telle situation de nature à lui donner un moyen de se prévaloir du vice de violence à l'encontre du créancier. D'une manière générale, ce texte qui vise toutes les situations de dépendances ouvre la voie à la protection des personnes vulnérables ; et donc à toutes les catégories de cautions dont la faiblesse ou la vulnérabilité empêche un consentement libre et conscient. Un tel consentement est possible si le créancier fait preuve de bonne foi à l'occasion de la souscription du cautionnement.

§2 : La bonne foi et le consentement de la caution profane

451. L'article 1134, ancien du Code civil, édictait dans un alinéa 3 que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Son interprétation devrait, nous semble-t-il, servir à sanctionner tout manquement ayant trait à l'exécution du contrat. Pourtant, la Cour de cassation l'a souvent instrumentalisé afin de « *sanctionner des obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant* »¹¹⁶⁰, c'est-à-dire des incidents portant sur la formation de la convention. Ainsi, le cautionnement a été visé très souvent par cette instrumentalisation et elle a profité à certaines cautions, lorsque le manquement à une obligation d'information avait porté sur le consentement de la caution. Cette exigence de bonne foi qui, dit-on, doit être observée lorsqu'il existe une obligation d'information¹¹⁶¹ contraste avec celle exigée des établissements bancaires à l'égard des cautions lors de leur engagement ; d'autant plus qu'il n'existait aucune obligation générale d'information à la charge du créancier. En rattachant la bonne foi à l'existence d'une obligation d'information qui d'ailleurs n'existait pas, on apporte des limites aux exigences de loyauté et de bonne foi dans la formation de la convention. Alors que pour nous, la limite qui vaille, c'est celle ayant trait à la qualité des parties contractantes. Comme nous l'avons déjà souligné, ce qui importe, c'est la sécurisation du consentement de la caution profane. Dès lors, cette exigence de bonne foi pourrait même exister en dehors de toute obligation d'information, car le créancier est censé éclairer la caution

¹¹⁶⁰ M. FABRE.- MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1992, n° 437, p. 350.

¹¹⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 3 mai 2000, *JCP* 2001, II, n° 10510, note C. JAMIN ; *RTD. civ.* 2000, p. 566, n° 4, obs. B. FAGES et J. MESTRE ; *D.* 2000, IR, p. 169. Les faits de l'espèce concernant la vente de photographies dont la vendeuse demanda la nullité du contrat pour réticence dolosive, invoquant la mauvaise foi de son contractant qui aurait volontairement gardé le silence sur une information déterminante.

sur son engagement, mais aussi sur la situation du débiteur principal et surtout s'assurer que la caution est en mesure de s'engager au regard de la charge de l'obligation. Ou bien le devoir d'information devrait être sous-entendu, du moins dans les rapports entre l'établissement de crédit et la caution profane. C'est pourquoi l'article 1104, alinéa 1 nouveau du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Cette disposition exige la bonne foi à toutes les strates du contrat ; ainsi elle exprime les acquis du droit positif¹¹⁶² conçus à partir de l'ancien article 1134, alinéa 3. La bonne foi étant une vertu, une norme de comportement¹¹⁶³, elle se traduit par l'obligation de se comporter loyalement au moment de la formation du cautionnement (A) dont le manquement, a été appréhendé comme caractérisant un dol par réticence (B).

A- L'exigence de la bonne foi lors de la souscription du cautionnement

452. Très souvent, les tribunaux ont exigé de la part du créancier la bonne foi dans la formation du cautionnement et cela au profit de la caution. On peut reconnaître cependant que l'exigence de bonne foi ne concerne pas qu'un seul contractant en l'occurrence le créancier, mais l'ensemble des parties contractantes. Car, « *la morale et la bonne foi exigent du débiteur qu'il assure au créancier la jouissance parfaite de sa prestation* »¹¹⁶⁴. De même que ce dernier est tenu de faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations¹¹⁶⁵. Dans cette perspective, il est exigé de chaque contractant qu'il communique à l'autre toute information qu'il juge nécessaire pour répondre à cette exigence de bonne foi. Mais en ce qui concerne le cautionnement, cette exigence de bonne foi a beaucoup visé les créanciers au profit de cautions profanes. Ce recours à l'exigence de bonne foi, pour sanctionner le manquement d'une obligation ayant un incident sur le consentement de la caution, semble s'expliquer par l'approche solidariste du cautionnement¹¹⁶⁶. Cette approche solidariste dans la constitution de

¹¹⁶² V. La réforme du Droit des contrats, commentaire article par article, ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, sous la (dir). de T. DOUVILLE, Lextenso éd. 2016, p. 33.

¹¹⁶³ L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. droit*, T. 44.

¹¹⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, préc. n° 438, p. 350.

¹¹⁶⁵ M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, préc. n° 438, p. 350.

¹¹⁶⁶ M. ZIO, Thèse préc.

la garantie, invite à y voir un devoir de loyauté¹¹⁶⁷ et un devoir de coopération¹¹⁶⁸ ou de collaboration¹¹⁶⁹, dont l'inobservation se traduirait par une mauvaise foi de la part de son auteur. En effet, le devoir de coopération qui existe au moment de la formation du contrat consiste pour les parties contractantes à œuvrer dans un but commun, c'est-à-dire dans une sorte d'union. Ainsi, comme l'écrivait un auteur « *les contrats forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun, qui est la somme des buts individuels, poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer à une certaine union* »¹¹⁷⁰. Quant au devoir de collaboration, elle se traduit par l'adoption de comportements concourant à la mise en œuvre d'un intérêt contractuel commun¹¹⁷¹. À ce sujet, le professeur FABRE-MAGNAN explique que « *l'obligation de collaboration signifie que l'on aide autrui alors que soi-même on n'en retire aucun intérêt* »¹¹⁷². Et d'ajouter qu'elle « *crée, à la charge du créancier, l'obligation de faciliter l'exécution du contrat* »¹¹⁷³. Si ce devoir facilite effectivement l'exécution du contrat, par contre, nous n'approuvons pas l'idée le créancier n'aucun intérêt à respecter un tel devoir. Nous estimons que le créancier a intérêt à aider la caution et que cet intérêt se situe justement dans la facilitation de l'exécution du contrat de cautionnement. Il a intérêt à ce que la caution profane sache exactement à quoi elle s'engage et à quoi elle s'oblige de sorte que, la garantie ne devienne pas illusoire. Le recours à ces devoirs moraux dans le droit des contrats, corollaires de l'application de la bonne foi à la formation et à l'exécution des contrats, « *s'inscrit dans une évolution tendant à la protection croissante du contractant le plus faible* »¹¹⁷⁴ et interdit à un contractant de profiter de la faiblesse de son cocontractant. Étant entendu que, la caution profane est considérée comme un contractant faible, c'est à juste titre qu'elle profite de l'application de ces concepts généraux. Le texte de l'article 1134, alinéa 3 a souvent été invoqué pour sanctionner le manquement à l'obligation d'information qui porterait atteinte au consentement du contractant et en l'espèce la caution.

¹¹⁶⁷ Y. PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, préf. G. COUTURIER, n° 97, p. 114.

¹¹⁶⁸ Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP G* 1988, II, 3318.

¹¹⁶⁹ J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD. civ.* 1986, p. 101.

¹¹⁷⁰ R. DÉMOGUE, Traité des obligations, T. VI, 1931, n° 3.

¹¹⁷¹ J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », préc. n° 2, p. 100.

¹¹⁷² M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, préc. n° 53, p. 45.

¹¹⁷³ B. STARCK, Droit civil, obligations, contrat, Litec, 3^e éd., t. 2, 1989 par H. ROLAND et L. BOYER, n° 1144, p. 471, cités par M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*

¹¹⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, préc. n° 53, p. 45

Par ailleurs, les juges estiment souvent qu'atteinte est portée au consentement du contractant par « le silence déloyal gardé par le banquier qui constitue une violation des dispositions de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil énonçant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi »¹¹⁷⁵. Le défaut d'information aurait une incidence sur le consentement de la caution ou du moins le fait de taire une information importante et déterminante pour le consentement de la caution se traduirait par un manquement à la bonne foi exigée dans les contrats. Ainsi, le banquier doit veiller à ce que la caution soit pleinement informée de la situation du débiteur principal ; à défaut, il engagerait sa responsabilité pour manquement à la bonne foi contractuelle ou à la loyauté¹¹⁷⁶. La réticence dolosive constitue un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, car on ne peut en toute raison considérer comme étant de bonne foi¹¹⁷⁷, un établissement de crédit qui connaissant la situation obérée du débiteur et le risque pour la caution, omet de l'en informer, l'incitant ainsi à s'engager.

453. L'exigence de bonne foi dans la formation du contrat de cautionnement nous semble importante et nécessaire en tant qu'instrument de justice contractuelle¹¹⁷⁸ ; mais devrait faire l'objet d'une utilisation stricte et ne concerner que les cautions qui n'étaient pas en mesure d'apprécier par elles-mêmes le risque et de s'enquérir de la situation du débiteur, afin de ne pas malmener la sécurité des conventions. La bonne foi qui se matérialise par l'information de la caution sur la situation du débiteur principal devrait être « *atténuée au cas où la caution est impliquée ou intéressée par l'activité du débiteur, c'est-à-dire celle qui par sa qualité et par sa fonction a connaissance, lors de son engagement, de la situation de la société cautionnée* »¹¹⁷⁹. L'exigence de bonne foi qui gouverne la formation du contrat, lorsqu'elle fait défaut, peut donner lieu à l'annulation du cautionnement pour vice du consentement de la caution profane à raison de la réticence dolosive du créancier dispensateur de crédit. Elle est en effet, retenue lorsque le banquier dissimule à la caution, lors de son engagement, la situation irrémédiablement compromise du débiteur, ou omet de lui révéler une situation lourdement obérée. « *La bonne foi règne avec plus d'intensité dans certains contrats, tels que le contrat*

¹¹⁷⁵ Paris, 28 avr. 1980, *GP.*, 1980, p. 604, note A. PIEDELIÈVRE.

¹¹⁷⁶ M. STORCK, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RLDA* oct. 2008, n° 31, p. 83.

¹¹⁷⁷ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », préc. p. 3338.

¹¹⁷⁸ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, *ibid*, p. 3339.

¹¹⁷⁹ M. STORCK, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », préc. n° 31, p. 83.

d'assurance, le contrat de société, le mandat et même dans le cautionnement où les réticences dolosives ont été sanctionnées sur la combinaison des anciens articles 1116 et 1134, alinéa 3 du Code civil »¹¹⁸⁰.

B- Le défaut de bonne foi caractéristique d'un dol par réticence

454. On est surpris que la Cour de cassation, dans l'hypothèse d'une réticence dolosive caractérisée, vise expressément l'article 1134 alinéa 3 (devenu 1104, alinéa 1) du Code civil sanctionnant le défaut de bonne foi dans l'exécution du contrat. On peut citer comme exemple une décision en date du 10 mai 1989, où des époux ont, par acte sous seing privé en date du 20 juin 1979, emprunté auprès de la caisse régionale de Crédit Mutuel des Deux-Sèvres, une somme de cent mille francs, qui devrait leur permettre de faire face à leurs besoins courants de trésorerie. Pour cette même dette, les époux... P ont souscrit un engagement de caution, dont le montant était limité à cent mille francs, lequel stipulait qu'après avoir pris connaissance des clauses et conditions du prêt susvisé, ils s'engageaient solidairement à garantir à la caisse prêteuse le remboursement de toutes sommes qui seraient dues par l'emprunteur, y compris les intérêts, frais et accessoires. Après le prononcé de la liquidation des biens des époux, D..., les cautions poursuivies en paiement, ont demandé reconventionnellement l'annulation de leur engagement de caution pour dol. Elles reprochèrent au Crédit Agricole de n'avoir pas pris l'initiative de leur faire connaître, au moment de la souscription de l'acte de caution, que la dette de M. D... à son égard atteignait déjà plus de cent treize mille francs. Cet argument fut reçu en première instance, mais la Cour d'appel de Poitiers, statuant le 25 février 1987, les condamnèrent au paiement, indiquant qu'il n'était pas sûr que, même valablement renseignées sur la situation financière réelle de l'emprunteur et sur sa dette à l'égard de la caisse prêteuse, elles ne se seraient pas engagées à garantir cette dernière. Saisie, la première chambre civile de la Cour de cassation sous le visa des anciens articles 1116 (devenu 1137) et 1134, alinéa 3 (devenu 1104, alinéa 1) du Code civil, décida que « *manque à son obligation de contracter bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation, de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* »¹¹⁸¹. En conséquence, elle retint, « *qu'en statuant comme elle l'a fait alors qu'elle ne pouvait exclure*

¹¹⁸⁰ V. La réforme du Droit des contrats, commentaire article par article, ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc., p. 34.

¹¹⁸¹ Cass. 1^{re}, civ. 10 mai 1989, *Bull. civ.* I, n° 187, p. 124 ; *RTD. civ.* 1989, p. 738, obs. J. MESTRE.

le caractère dolosif de la réticence par elle retenue à l'encontre de la Caisse agricole sans relever aucun l'élément propre à établir qu'en l'espèce ladite réticence n'était pas de nature à inciter les intéressés à consentir le cautionnement litigieux, la Cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision » et ce, en application des textes susvisés. Se référer à l'ancien article 1116 (devenu article 1137) du Code civil pour sanctionner la réticence ayant une incidence sur le consentement de la caution ne nous semble pas curieux ; car la banque, en omettant de porter l'information litigieuse à la connaissance de la caution, l'a fait dans le but de l'inciter à s'engager ; elle a donc vicié ou trompé son consentement.

455. En revanche, sanctionner le manquement de la banque à son obligation de contracter de bonne foi sur le fondement de l'ancien article 1134, alinéa 3 (devenu article 1104, alinéa 1) du Code civil, texte général qui exige la bonne foi dans l'exécution des conventions alors qu'il s'agit d'un manquement au stade précontractuel, paraît surprenant et même discutable. Car « *le dol par réticence visé par la Cour de cassation ne participe pas de l'exécution des contrats* »¹¹⁸², mais concerne, nous semble-t-il, la formation du contrat en protégeant l'intégrité du consentement de la caution. C'est ce que semble dire Monsieur MESTRE, lorsqu'il écrit qu'« *à quoi sert d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier, et à bien des égards décisifs, de la formation même de l'acte ? Le contrat forme assurément un corps unique ; il est vital que la bonne foi l'irrigue entièrement* ». Par ailleurs, il rappelle que le projet de Code civil de l'an VIII prévoyait initialement que « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi », mais pour des raisons de forme il a été adopté la version circonscrite à l'exécution du contrat. C'est un retour à cette rédaction initiale que nous constatons avec le nouvel article 1104, alinéa 1 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016. En effet, ce texte énonce que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». L'élargissement de ce texte à la formation du contrat par le législateur permet ainsi, de sanctionner, s'il le faut, par l'annulation, certaines atteintes aux intérêts de la caution lors de la formation du contrat de cautionnement, mais qui échappent aux traditionnels vices de consentement, tout en apparaissant comme un complément nécessaire. Dans cet ordre d'idée, ce qui compte c'est de parvenir à préserver l'intégrité de son consentement, c'est-à-dire faire en sorte de la préserver de tout vice et cela passe assurément par la prévention des vices elles-mêmes, susceptibles d'y apporter atteinte. Par ailleurs, il nous est apparu que toute idée qui consiste à ne pas se référer à la bonne foi afin de caractériser le dol est contestable. Car

¹¹⁸² M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, préc. n° 440, p. 354.

fonder le dol exclusivement sur une obligation précontractuelle d'information réduit le caractère intentionnel du dol, voire l'ignore.

456. L'approche qui tend à envisager le dol sous l'angle de la mauvaise foi nous paraît louable dans la mesure où elle permet d'appréhender la mauvaise foi comme une manifestation du dol par réticence¹¹⁸³. Et elle s'oppose à juste titre à l'idée- à laquelle nous ne souscrivons pas- que « *toute réticence dolosive correspond à la violation d'une obligation d'information* »¹¹⁸⁴. La mauvaise foi manifeste naturellement une intention de tromper, une intention peu honnête. C'est pourquoi, en ce qui concerne le cautionnement, on ne peut attacher le dol exclusivement à la violation d'une obligation précontractuelle d'information. C'est dans cette perspective que le législateur, dans la réforme du droit des contrats, a pris le soin de prévoir une obligation précontractuelle d'information à l'article 1112-1 nouveau du Code civil ayant un fondement autonome et détaché du dol. Ce texte nouveau permettra d'une part de sanctionner la réticence dolosive sans rechercher la violation d'une obligation d'information, qui, elle-même a, désormais, son propre fondement, d'autre part. Il ressort de cette disposition que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Une telle disposition nous semble être un levier important d'anticipation des difficultés résultant de l'interprétation du consentement de l'une des parties, surtout la partie faible, car elle participerait de la prévention des vices de consentement. Les principes de droit commun étant parfois insuffisant à protéger le consentement, la jurisprudence, puis le législateur ont eu recours à d'autres en moyens en vue de mieux éclairer le consentement de la caution.

SECTION 2 : L'EXIGENCE D'UN CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

457. Comme toute obligation contractuelle, le cautionnement, quelle que soit la qualité de celui qui le souscrit, naît d'un échange des consentements¹¹⁸⁵. Dès lors la validité du contrat suppose l'expression d'un consentement libre et éclairé, c'est-à-dire que celui qui contracte doit

¹¹⁸³C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », préc. p. 3339.

¹¹⁸⁴ M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, n° 372, p. 298.

¹¹⁸⁵ V. art. 1109, al. 1, nouveau du C. civ., « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression ».

avoir compris le sens et la portée de son engagement¹¹⁸⁶. Pour sanctionner ce défaut, on recourait au mécanisme traditionnel des vices de consentements prévus à cet effet par le Code civil et surtout à l'établissement d'un dol. Ainsi, pendant longtemps, « *l'information de la caution n'a tenu qu'une place bien modeste au sein du droit du cautionnement qui se résumait, pour l'essentiel, à la prise en compte d'un éventuel dol commis par le créancier* »¹¹⁸⁷. Cette sanction qui intervenait a posteriori lorsqu'intervenait un litige, s'est révélée souvent peu efficace dans la protection des contractants faibles. C'est pourquoi le recours à un mécanisme complétant les vices du consentement de la caution s'est imposé comme une nécessité et est devenu une exigence. Cette nécessité de prévenir les vices de consentement a entraîné l'instauration d'une protection a priori, assurée aujourd'hui par le biais d'une information précontractuelle tendant à faciliter une expression réelle et libre du consentement. Le législateur moderne a donc créé tout un ensemble de dispositions relatives à l'information et à la protection des consommateurs tendant pour l'essentiel à assurer au consommateur un consentement éclairé. Au-delà du simple consommateur, le droit tend aujourd'hui à une certaine moralisation du contrat, et spécialement à la protection de la partie la plus faible contre les abus, les excès ou les pressions dont elle pourrait faire l'objet¹¹⁸⁸.

458. Le cautionnement fut un terrain favorable à cette volonté de moralisation du contrat et de protection du contractant faible au regard de la dangerosité de l'acte de cautionnement (il intéresse l'ensemble du patrimoine de la caution) et de son caractère anormal (la caution s'engage à payer la dette d'autrui), mais aussi le fait qu'il met très souvent en relation, un professionnel du crédit et une caution profane. S'il est actuellement un domaine du droit français qui connaît une inflation législative en matière d'information, c'est bien celui du cautionnement. S'agissant de la caution profane, la protection consiste, pour l'essentiel, en la sécurisation de son consentement¹¹⁸⁹. Car les difficultés qui ressortent de la relation entre le créancier et la caution intéressent moyennement l'ensemble du processus de formation du contrat de cautionnement que le consentement de la caution qu'il faut protéger¹¹⁹⁰. Ainsi, pour exister et être valable, le consentement donné par la caution profane doit être libre et éclairé,

¹¹⁸⁶ S. LE GAC-PECH, L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ?, *RLDC* 2012, n° 97.

¹¹⁸⁷ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », préc. p. 348.

¹¹⁸⁸ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Information, conseil, mise en garde, compétence etc. Toujours plus d'obligations à la charge du professionnel*, *RDC* 2012, p. 1041.

¹¹⁸⁹ B. AKPOUE, « La protection de la caution illettrée », *Cames/RSJP*, 2015, n° 1, vol. 1, p. 99.

¹¹⁹⁰ M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e éd., LGDJ, 2017, n° 126, p. 72.

c'est-à-dire qu'au moment de la souscription de l'acte, elle est à même d'en saisir la portée et d'avoir une volonté réfléchie. Pour cela, le créancier est tenu de respecter une obligation d'information de la caution au stade précontractuel que les juges fondaient sur l'exigence de bonne foi. « *Soucieuse de la protection de la caution eu égard à la disparité pouvant exister entre une caution qui ne dispose que d'une information très limitée et un créancier qui au contraire, est en position d'exiger la fourniture de tous les renseignements* »¹¹⁹¹, la jurisprudence a mis à la charge du créancier une obligation d'information afin de rééquilibrer leur rapport contractuel.

459. L'obligation d'information si elle existe, aucune certitude ne paraît l'accompagner en raison de ses multiples visages. Même une certaine hésitation caractérise sa nature¹¹⁹² car tantôt on parle de devoir¹¹⁹³, tantôt d'obligation¹¹⁹⁴; sans toutefois omettre de préciser qu'elle se fonde tantôt sur la morale et l'équité¹¹⁹⁵, tantôt sur la bonne foi. De même, on constate un foisonnement de cette exigence de transparence imposée au coup par coup par plusieurs textes spéciaux révélant l'engouement qu'elle suscite chez le législateur. L'information apparaît néanmoins comme un moyen direct de protéger le consentement de la caution profane (§ 1) tout comme l'exigence de solvabilité de la caution (§ 2).

§ 1 : La protection du consentement de la caution profane par une exigence de transparence

460. Le devoir d'information est le produit de l'exigence de transparence qui innerve le droit contemporain¹¹⁹⁶. L'exercice de la liberté contractuelle suppose l'expression d'un consentement éclairé, c'est-à-dire que la partie contractante doit avoir compris le sens et la portée de son engagement¹¹⁹⁷. La préservation de l'intégrité du consentement, assurée par la police des vices de consentement, tend aujourd'hui à être assurée par le biais d'informations au profit de la caution; alors que selon des auteurs, « *il appartient à chacun de se renseigner lui-même pour assurer la défense de ses intérêts* »¹¹⁹⁸. Le créancier n'était pas tenu d'informer la caution, car

¹¹⁹¹ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », préc. p. 350.

¹¹⁹² S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », préc.

¹¹⁹³ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, Droit des obligations, préc. n° 174, p. 160

¹¹⁹⁴ M. MIGNOT, Droit des sûretés et de la publicité foncière, préc. n° 138, p. 76; M. STORCK, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », préc. n° 31.

¹¹⁹⁵ S. LE GAC-PECH, *ibid.*

¹¹⁹⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, La réforme du droit des obligations, préc. n° 180, p. 149.

¹¹⁹⁷ S. LE GAC-PECH, *ibid.*

¹¹⁹⁸ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil français, T. II, n° 183, cités par L.-M. MARTIN, « L'information de la caution », in *études réunies en l'honneur de M. de JUGLART*, éd.

on estimait que celle-ci devait s'informer par elle-même¹¹⁹⁹. Mais cette règle traditionnelle selon laquelle la caution à l'obligation de se renseigner n'est pas appliquée de façon rigoureuse. Selon Monsieur LEGEAIS, « *les tribunaux tendent à considérer que les créanciers ont un devoir de se renseigner pour pouvoir informer les cautions* »¹²⁰⁰. Conscients du risque auquel s'expose la caution à savoir, celui de devoir rembourser des sommes souvent très importantes, les magistrats ont créé une véritable obligation d'information qui s'applique aussi bien au moment de la formation du contrat que lors de l'exécution de celui-ci. Mais l'originalité de ce mécanisme réside dans une protection a priori¹²⁰¹. En effet, pour arriver à mettre à l'abri certains contractants contre les abus inhérents aux contrats d'adhésion, il était plutôt nécessaire d'agir en amont, en recourant à un moyen permettant d'assurer l'équilibre du contrat et à conférer au contractant faible une véritable liberté de consentir. Assurer la liberté du consentement passe d'abord par l'information et ensuite la protection.

461. En l'absence d'un texte instituant une obligation d'information générale, la jurisprudence en avait déduit une, de l'exigence de bonne foi contenue dans l'ancien article 1134, alinéa 3¹²⁰² du Code civil et étendu à la formation du contrat. Qualifiée de forçage¹²⁰³, cette méthode jurisprudentielle n'a pas épargné le contrat de cautionnement. L'obligation d'information devenant ainsi un moyen de protection de la caution.

462. Mais la difficulté que posait l'exigence d'information avait attiré à sa définition. En effet, la notion d'information s'est révélée difficile à appréhender en raison des diverses formes qu'a pu prendre ses manifestations. Pour la désigner, il a été tantôt fait référence au renseignement, au conseil, à la mise en garde ; ce qui amène à se poser la question de savoir si elle se distinguait de ces notions voisines. Pour Madame FABRE-MAGNAN, il s'agit de la manifestation de différents degrés de l'obligation d'information et « *ces notions recouvrent en réalité un même et unique concept qui dépend des circonstances de fait* »¹²⁰⁴. Cette réponse est loin de nous satisfaire, car, la jurisprudence qui a souvent imposé une obligation d'information

Montchrestien, 1986 ; M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats, *RTD civ.*, 1945, n° 13, p. 8, où l'auteur écrit que « chaque contractant n'est-il pas libre en effet de se renseigner lui-même sur le contrat qu'il va signer ? »

¹¹⁹⁹ O. LUNTUN, « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RDBF.*, n° 4, juill. 2003, doss. 1048.

¹²⁰⁰ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés*, préc. n° 101, p. 92.

¹²⁰¹ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, préc. n° 248, p. 224.

¹²⁰² Devenu art. 1104, nouveau du C. civ. depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

¹²⁰³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 161, p. 94.

¹²⁰⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préc. n° 464, p. 379 et s.

aux contractants professionnels, ne l'assimile pas au devoir de mise en garde. En matière contractuelle, particulièrement à propos du cautionnement, elle a pour objet d'éclairer le consentement de la caution, voire même à la dissuader à s'engager ou s'abstenir. Dans cette perspective, le devoir d'information, ou même l'exigence de transparence¹²⁰⁵ se décline en l'observation d'une obligation prétorienne de mise en garde du garant profane (A), et au respect d'une obligation précontractuelle légale d'information de la caution (B).

A- L'obligation prétorienne de mise en garde de la caution profane

463. La protection de la caution est assurée par l'information permettant de l'éclairer sur la portée de son engagement et lorsque l'exposition au risque se fait plus lourde par la mise en garde. Cependant, lorsqu'il y a un partage d'information ou lorsque la caution, de par sa situation, ne peut ignorer par exemple la situation financière gravement obérée du débiteur principal, l'information n'a pas lieu d'être. En effet, dûment informée et se sachant donc vulnérable, la caution est libre de s'engager en acceptant le risque en connaissance de cause et le dispensateur de crédit ne se verra pas reprocher le fait de n'avoir pas dissuadé son cocontractant. Mais cette règle jurisprudentielle est soumise à une distinction entre deux catégories de cautions, à savoir celles qui ont besoin d'être mises en garde parce qu'elles ignorent toutes les subtilités de leurs engagements, et souvent même la gravité de leurs actes et celles, étant averties, peuvent s'en dispenser. Le devoir de mise en garde dépend donc, de la qualité de la caution (1), d'une part et de l'existence d'un risque qui le justifierait (2), d'autre part.

1- Une obligation inhérente à la qualité de la caution

464. La protection de la caution par le biais d'une obligation de mise en garde à la charge du créancier est réservée aux emprunteurs et cautions profanes. En effet, la première chambre civile¹²⁰⁶ a établi une distinction entre emprunteur averti et emprunteur profane, et à partir de là, a instauré un régime de responsabilité propre à chacune de ces catégories. À l'égard du profane, l'établissement de crédit est tenu d'un devoir de mise en garde qui implique sa responsabilité lorsque le crédit accordé est jugé excessif eu égard aux facultés financières de l'emprunteur.

¹²⁰⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. 169, p. 113, qui parlent plutôt de devoirs de transparence.

¹²⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, *Bull. civ.* I, n° 324.

465. À *contrario* à l'égard de l'emprunteur averti, la responsabilité de l'établissement de crédit ne peut être engagée que si cette dernière détenait sur la situation financière de l'emprunteur des informations ignorées par celui-ci. Ces règles ont été étendues aux cautions car « *la caution peut être amenée à exécuter l'obligation du débiteur principal et mérite alors une protection similaire à celle de l'emprunteur* »¹²⁰⁷.

466. La chambre commerciale, ralliant la position de la chambre civile, a reconnu à l'occasion d'un arrêt en date du 3 mai 2006, le bénéfice de l'obligation de mise en garde au profit de la caution profane ou non avertie¹²⁰⁸. Concernant les cautions, la Cour de cassation estime que l'obligation de mise en garde est due dans les rapports entre les professionnels de crédit et les cautions non averties ou profanes¹²⁰⁹. Les hauts magistrats à travers ces décisions admirent donc la responsabilité du banquier pour manquement à son obligation de mise en garde à l'égard d'une caution profane sans se borner à vérifier « *l'existence d'une quelconque asymétrie d'informations entre les parties* »¹²¹⁰. L'obligation de mise en garde exigée du créancier consiste alors, à « *avertir les cautions des conséquences de leur engagement, en attirant leur attention sur les risques liés à la constitution d'une telle sûreté liée à l'octroi d'un prêt accordé au débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier* »¹²¹¹.

467. Par ce devoir, il ne s'agit pas pour le créancier professionnel d'informer de manière objective la caution sur l'objet du contrat, mais de lui transmettre une information complète et personnelle sur sa situation, sur les dangers de l'opération et l'opportunité de l'engagement. Le créancier professionnel de crédit ne doit pas se contenter d'informer la caution sur les risques habituels et prévisibles inhérents à tout contrat de cautionnement ; sinon il s'agirait d'une simple obligation d'information quant à l'objet même du contrat de cautionnement. Il doit attirer son attention et l'avertir des risques liés à l'engagement qu'il s'apprête à souscrire. Selon un auteur, « *L'obligation de mise en garde est présentée comme une obligation intermédiaire entre l'information et le conseil. Elle se rapproche à cet effet, d'une obligation d'information en ce qu'elle consiste à transmettre une information particulièrement négative qui demeure toutefois une information objective sans conseil quant à l'attitude à adopter. Néanmoins, elle se distingue de cette obligation d'information et tend à se rapprocher d'une obligation de*

¹²⁰⁷ A. P. DUREAU, « Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions », préc., n° 18.

¹²⁰⁸ Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19315, *Bull. civ. IV*, n° 102, p. 103.

¹²⁰⁹ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 7.

¹²¹⁰ A. P. DUREAU, « Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions », préc., n° 1.

¹²¹¹ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 67, p. 56.

conseil en ce qu'elle alerte sur les conséquences négatives du contrat peut inciter le contractant à ne pas conclure le contrat »¹²¹².

468. L'obligation de mise en garde semble se situer entre l'obligation d'information et le devoir de conseil car elle apparaît plus contraignante qu'une simple information à cause de son caractère subjectif qui tient compte de la personnalité de son bénéficiaire. Par contre, le devoir de mise en garde semble moins contraignant qu'un devoir de conseil car elle n'a pas pour but de dissuader ou d'orienter la caution dans son choix de souscrire ou non le cautionnement. Mais, pour éviter de déresponsabiliser la caution, l'exigence de mise en garde de la caution afin de la protéger, est sélective. Ainsi, *« celles des cautions qui s'engagent en raison des liens effectifs qui les unissent au débiteur principal et qui n'ont pas de connaissance et d'expériences particulières en matière de crédit et de garantie peuvent sans doute profiter tout à la fois du devoir de mise en garde, en qualité de cautions profanes, et de l'obligation précontractuelle d'information, dans la mesure où les juges devraient facilement admettre leur ignorance légitime des éléments afférents au contenu du contrat, ainsi que leur confiance envers le créancier, surtout s'il s'agit d'un professionnel »¹²¹³.* L'obligation de mise en garde peut être exigée du créancier s'il s'avère que la caution ne dispose pas personnellement de connaissances suffisantes pour apprécier les risques nés de son engagement. C'est pourquoi, la caution profane en bénéficie parce qu'on estime que naturellement le profane ne connaît pas ou ne mesure pas le risque de son engagement. Dès lors, le simple fait d'avoir une connaissance de la situation financière de la société cautionnée par exemple au regard des fonctions exercées ne peut suffire à considérer une caution comme avertie des risques en matière de crédit et de garanties. C'est plutôt la capacité à comprendre les risques en matière d'opération de financement, de crédit et de garanties, dont l'acquisition peut se faire à travers une connaissance des affaires et une confrontation renouvelée aux opérations de financement qui justifie une mise en garde de la caution. Toute caution investie ou intéressée par l'activité du débiteur principal, est supposée se trouver dans un tel cas et de ce fait, ne pourrait reprocher à l'établissement de crédit le non-respect de l'obligation de mise en garde à son égard. Il ne s'agit pas seulement de protéger la caution contre sa propre imprudence ou son incompetence, et même de la dissuader à s'engager, mais d'attirer son attention sur les aspects négatifs du prêt cautionné ou sur la vulnérabilité de l'emprunteur. L'obligation de mise en garde est inhérente à la qualité de la caution parce qu'il tient compte de la personnalité du garant et de sa situation personnelle. En effet, il est dû « *eu*

¹²¹² A. P. DUREAU, *ibid.*

¹²¹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 168, p. 100.

égard aux capacités financières de la caution et aux risques d'endettement nés de l'octroi des prêts ». Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle cassé des arrêts qui n'avaient pas retenu la responsabilité du créancier professionnel sans au préalable déterminer la qualité d'avertie de la caution¹²¹⁴ ou, qui avaient à l'inverse condamné le créancier sans déterminer le caractère de non averti de la caution.

469. Dans tous les cas, dès lors qu'une caution n'est pas en mesure de saisir toutes les conséquences qui pourraient résulter de l'octroi d'un crédit garanti, elle mérite d'être alertée par le créancier professionnel de crédit sur les risques encourus. C'est pour cette raison, la jurisprudence fait de la caution profane, le créancier de cette obligation de mise en garde et l'établissement de crédit, le débiteur. On comprend que l'établissement de crédit soit débiteur de cette obligation, car en sa qualité de professionnel du crédit, il est capable de percevoir et de détecter l'ensemble des risques que pourrait engendrer une opération de crédit. Le banquier, professionnel, expérimenté et éclairé, qu'il est, doit être en mesure de connaître les risques encourus par la caution, au regard des documents nécessaires à la constitution de la garantie. Cependant, on ne peut exiger du seul professionnel de crédit une telle obligation, car celle-ci ne se résume pas à une simple alerte sur les risques inhérents à un crédit, mais à tout engagement susceptible d'entraîner un engagement lourd de conséquences. Si l'objectif des juges est de protéger efficacement la caution profane par l'exigence de ce devoir contre tout engagement pouvant provoquer un endettement grave, il faudrait l'exiger de tout créancier qu'il soit professionnel de crédit ou non, c'est-à-dire, « *imposer à tout créancier professionnel un devoir de mise en garde au bénéfice des cautions dites profanes ou non averties* »¹²¹⁵. En effet, la caution profane ou non avertie qu'elle est dans un rapport contractuel avec un établissement de crédit ou tout autre créancier professionnel, se trouve être la partie faible à protéger au regard de l'inégalité structurelle du contrat de cautionnement. De même, le devoir de mise en garde est justifié, à l'inverse de l'obligation d'information par une asymétrie de compétences et non d'informations. Dès lors, faire de l'établissement bancaire, le seul débiteur de ce devoir de mise en garde risque de laisser de côté certaines cautions profanes qui souscriraient un cautionnement au profit des créanciers, autres que les établissements de crédit. Il nous paraît nécessaire d'exiger de tout créancier professionnel, qu'il soit un établissement de crédit ou non un devoir de mise en garde à l'égard de toute caution profane. La qualité du créancier devrait être indifférente à l'existence de ce devoir de mise en garde. Le créancier serait tenu, « *peu importe*

¹²¹⁴ Cass. com., 23 janv. 2013, inédit n° 11-24610 ; Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-20294, *Bull. civ.* IV, 2015.

¹²¹⁵ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 68, p. 57.

*qu'il soit personne physique ou personne morale », profane ou professionnel »*¹²¹⁶. Ce, parce que le créancier, quel que soit sa qualité, est celui qui propose le contrat et la garantie exigée et à ce titre, il connaît les informations relatives au contenu du contrat de cautionnement et du crédit à garantir et les risques qui pourraient en résulter pour la caution.

2- Une obligation subordonnée à un risque d'endettement excessif de la caution

470. L'obligation de mise en garde, qui est un moyen permettant de renforcer la protection des cautions profanes, a été conçue pour sanctionner le banquier en présence des risques nés de l'engagement de la caution. Cette création prétorienne, pour s'appliquer, suppose l'existence d'un risque se traduisant par un endettement excessif de la part de la caution au regard du prêt accordé au débiteur garanti. C'est-à-dire que le banquier manquerait à son obligation de mise en garde dès lors qu'il accepte un cautionnement sans au préalable, attirer l'attention de la caution sur les risques liés à la souscription d'une telle sûreté subordonnée à l'octroi d'un prêt au débiteur principal.

471. En réalité, les considérations qui justifieraient une mise en garde de la caution sont doubles : la caution est mise en garde à raison soit des risques nés du contrat de cautionnement, soit à raison des risques nés du contrat de prêt. Mais, la considération qui semble prédominer est celle qui concerne les risques nés d'un engagement excessif sans commune mesure avec les capacités financières de la caution. La chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 3 mai 2006 précité a censuré la cour d'appel qui n'avait pas retenu la responsabilité de la banque sans vérifier *« si, eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine, l'engagement souscrit par la caution (...) n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières »*, justifiant de la part de l'établissement dispensateur de crédit une obligation de mise en garde vis-à-vis de la caution. Par cette décision, la haute Cour semble lier l'obligation de mise en garde à l'existence d'une disproportion de l'engagement de la caution ; l'obligation de mise en garde se confondrait même avec l'exigence de proportionnalité de la caution¹²¹⁷. Il s'est posé dès lors la question de savoir si l'obligation de mise en garde avait nécessairement un lien avec la disproportion du cautionnement. La chambre civile de la Cour de cassation avait répondu négativement dans une décision en date du 18 septembre 2008, où elle a estimé que l'obligation de mise en garde était due quand bien

¹²¹⁶ D. FENOUILLET, « Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc., p. 322.

¹²¹⁷ A. P. DUREAU, « variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions », préc., n° 22.

même « *les prêts n'avaient rien d'excessif ni d'imprudent* »¹²¹⁸. Mais plusieurs arrêts¹²¹⁹ ont continué de subordonner le devoir de mise en garde soit au constat de la disproportion du cautionnement au regard des biens et revenus de la caution, soit au constat de la disproportion du prêt au regard des facultés financières de l'emprunteur. Le créancier professionnel n'est donc pas tenu d'une obligation de mise en garde lorsque l'engagement du débiteur ou de sa caution est proportionné ou n'est pas excessif en considération de ses biens et revenus.

472. L'obligation de mise en garde prend, dès lors, la forme particulière d'une exigence de proportionnalité entre, d'une part, la garantie souscrite et, d'autre part, la situation et les ressources de la caution. La solution qui consiste à exiger le devoir de mise en garde en cas de disproportion manifeste entre le montant de l'engagement de la caution et ses biens et revenus, qualifiée de « *plus pragmatique parce qu'elle est liée au risque effectif d'endettement* »¹²²⁰, semble s'imposer. En effet, la haute juridiction décide avec constance « *qu'en l'absence de risque d'endettement de la caution, la banque n'est pas tenue d'un devoir de mise en garde* »¹²²¹. Cette solution à l'évidence rend difficile la séparation de ces deux moyens de défense et aboutit à une restriction de la protection accordée à la caution. En subordonnant l'obligation de mise en garde au constat du risque d'endettement excessif, on oblige la caution qui veut mettre en cause la responsabilité de l'établissement de crédit, à rapporter la preuve de l'existence d'un risque. Il ne nous semble pas judicieux de sanctionner le créancier dispensateur de crédit, au titre du manquement à l'obligation de mise en garde en se fondant sur le caractère disproportionné de l'engagement. Car en mettant l'obligation de mise en garde au service de la proportionnalité, on prive la caution d'un moyen de défense autonome. La protection de la caution en considération de ses capacités financières est déjà assurée par le principe de proportionnalité ; de ce fait, la mise en garde de la caution ne devrait pas porter sur le caractère disproportionné de son engagement, qui avéré, prive le créancier professionnel du bénéfice du cautionnement à moins que le patrimoine de cette caution ne lui permette de faire face à son obligation au moment où elle est appelée¹²²². L'obligation de mise en garde doit demeurer un mécanisme de protection de la caution profane sans lien avec l'exigence de proportionnalité,

¹²¹⁸ Cass. 1^{re}, civ. 18 sept. 2008, *Bull. civ. I*, n° 283.

¹²¹⁹ Cass. 1^{re}, civ. 18 févr. 2009, *Bull. civ. I*, n° 36 ; Cass. com. 7 juill. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 92.

¹²²⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 165, p. 98.

¹²²¹ Cass. com., 3 nov. 2015, inédit, n° 14-17727 ; Cass. 1^{re}, civ. 12 nov. 2015, n° 14-21725, *Bull. civ. I*, n° 839, p. 430 ; *GP.*, 2016, p. 73 et s., note M. BOURASSIN ; Cass. com., 13 sept. 2016, inédit, n° 15-11130.

¹²²² V. art. L. 341-4 du Code de la consommation, devenu article L. 332-1, nouveau dudit Code qui énonce que : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

qui est aussi un moyen de protection des cautions et qui, à l'occasion, peut être invoquée sans référence à une mise en garde.

473. La caution, lorsqu'elle est profane, devrait bénéficier systématiquement d'un devoir de mise en garde sans avoir à démontrer l'existence d'un risque excessif d'endettement puisque le risque d'endettement est inhérent à l'engagement de caution ; de même que toute offre crédit est suffisante pour justifier la mise en garde. Il serait intéressant que l'établissement de crédit soit sanctionné dès l'instant où il a manqué à son devoir de mise en garde spontané justifié par la qualité de la caution et la dangerosité du cautionnement pour son cocontractant. Pour éviter d'être sanctionné, il lui appartiendra de faire la preuve qu'il y a satisfait. À défaut d'en rapporter cette preuve, le créancier verra sa responsabilité engagée sur la base de l'article 1147, ancien du Code civil, devenu article 1231-1 du même code.

474. Ainsi, les juges ont recours au droit de la responsabilité civile contractuelle pour sanctionner le créancier, alors même que le devoir de mise en garde est exigé au moment de la formation du contrat. La sanction sur une base contractuelle ne nous paraît pas tout à fait pertinente, car le manquement attaché de ce devoir se situe avant la conclusion du contrat, la sanction sur une base extracontractuelle semble s'imposer. Par ailleurs, la Cour de cassation décide que « *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter* »¹²²³. La réparation du préjudice subi par la caution en raison du manquement du créancier à son devoir de mise en garde ne devrait, selon la Cour de cassation, donner lieu à une indemnisation totale de nature à effacer totalement l'engagement de la caution¹²²⁴. Cette solution est saluée par des auteurs qui estiment qu'« *elle est heureuse, non seulement parce que rien n'est moins sûr que le caractère persuasif d'une mise en garde, mais également parce que l'efficacité du cautionnement ne s'en trouve pas complètement ruinée* »¹²²⁵.

475. Nous ne partageons pas entièrement cette analyse car, nous estimons qu'une caution profane suffisamment mise en garde sur le risque qu'elle court en s'engageant, trouvera dans cette mise en garde l'occasion de mieux réfléchir, de s'entourer de conseil avant de s'engager. Ne pas l'alerter sur le risque potentiel auquel elle est confrontée est une faute sans laquelle, elle

¹²²³ Cass. com., 20 oct. 2009, *Bull. civ.* IV, n° 127 ; Cass. com., 26 janv. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 21.

¹²²⁴ Cass. com., 20 oct. 2009, *JCP E* 2009, 2053, obs. D. LEGEAIS. La Cour de cassation admet même que la perte de chance de ne pas contracter pour non-respect du devoir de mise en garde peut consister à l'octroi d'un euro symbolique (Cass. com., 8 nov. 2011, inédit, n° 10-23662).

¹²²⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 166, p. 98.

se serait abstenue. Par ailleurs, en mettant la caution en garde, le créancier se met à l'abri de toute contestation éventuelle quant à l'exécution du cautionnement, qui lui profiterait. Dans tous les cas, le créancier professionnel doit être tenu de mettre en garde la caution profane malgré la proportionnalité de l'engagement de la caution au regard de ses biens et revenus, afin que cette obligation ne soit absorbée par l'exigence de proportionnalité qui est reconnue par le législateur. Par ailleurs, il nous semble curieux que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés ne contienne aucune disposition relative à l'obligation de mise en garde exigée des créanciers professionnels. Il faut regretter que la loi n'en fasse pas mention alors que « *le contentieux est sur ce point important, et la jurisprudence de la Cour de cassation fluctuante* »¹²²⁶. La consécration de l'obligation précontractuelle d'information par l'article 1112-1 du Code civil n'empêche pas l'insertion dans le droit du cautionnement, une disposition relative à l'obligation de mise en garde en droit ; elle ne la rend pas superflue¹²²⁷. Car, comme l'explique très justement Monsieur PELLIER, « *l'obligation pesant sur les créanciers professionnels en matière de cautionnement est un devoir de mise en garde, et non seulement d'information. Par suite, ils ne sont pas seulement tenus de communiquer une information objective, mais doivent également alerter la caution sur les risques de l'opération (...)* »¹²²⁸.

476. Néanmoins, l'obligation de mise en garde n'est pas sans difficulté, dès lors qu'elle admet une pluralité d'objets. En effet, la chambre commerciale décide que « *la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution où il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières* »¹²²⁹. La haute juridiction française détermine principalement deux objets de l'obligation de mise en garde : le caractère disproportionné de l'engagement de la caution au regard de sa propre capacité financière, et le caractère excessif du crédit consenti au débiteur principal par rapport à la situation financière de celui-ci. Nous ne sommes pas favorables au fait que l'obligation de mise en garde du créancier envers la caution porte sur le caractère excessif de l'engagement de cette dernière au regard de ses capacités de remboursement, car une telle solution vide de son intérêt l'obligation de mise en garde, qui doit

¹²²⁶ J. D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés en marche ! Etude d'impact du PACTE », *Dalloz act.*, 25 juin 2018.

¹²²⁷ J. D. PELLIER, *ibid.*

¹²²⁸ J. D. PELLIER, *ibid.*

¹²²⁹ Cass. com., 15 nov., n° 16-16790, *Bull. civ.* IV, 2015 ; D. 2017, p. 2573, note C. ALBIGES ; *BJS.*, 2018, n° 34, note C. JUILLET ; *JCP E* 2018, 1010, note D. LEGEAIS.

exister même lorsqu'il n'est pas établi ou allégué le caractère excessif de l'engagement¹²³⁰. En sus, l'exigence de proportionnalité s'affirmera comme un véritable mécanisme de protection de la caution, une cause originale d'extinction du cautionnement, qui invite le créancier à vérifier la solvabilité de la caution et par là même à augmenter les chances que la garantie soit convenablement exécutée.

B- L'obligation précontractuelle d'information à l'égard de la caution profane

477. S'il n'est pas discuté que la liberté contractuelle gouverne pour l'essentiel le stade de la formation du contrat, l'accord de volontés doit néanmoins être formé de bonne foi pendant toute cette période. Dès lors, celle des parties qui fournit l'offre doit préalablement à la conclusion du contrat, renseigner l'autre partie contractante sur les caractéristiques principales de l'engagement et les conditions de l'acte afin de faciliter son engagement. Il s'agit, dès lors, de ce qu'on désigne par l'expression obligation précontractuelle d'information, parce qu'elle est exigée au stade de la formation du contrat. Elle s'appréhende comme « *celle qui impose à chaque partie, quelle que soit sa qualité (professionnel ou consommateur, vendeur ou acheteur, etc.), de communiquer à l'autre toutes les informations pertinentes qui lui permettront de consentir en connaissance de cause. Par conséquent, les contours de l'information se déduisent de sa teneur. Elle est due dès l'instant où elle revêt un caractère pertinent, autrement dit dès qu'elle détermine le consentement* »¹²³¹. Il s'agit concrètement de transmettre une information dont on n'a connaissance à une personne qui l'ignore, avec laquelle on est en discussion. Faire de l'information une source d'obligation permettant de protéger le consentement du contractant n'a pas de tout temps existé dans le droit commun des contrats. Depuis la réforme du droit des contrats, le droit commun exige de l'une des parties une obligation précontractuelle d'information d'ordre public¹²³². L'existence de cette obligation suppose une asymétrie d'informations, c'est-à-dire qu'une des parties au contrat doit être en possession d'une information dont l'autre partie n'en a pas connaissance. S'agissant du cautionnement, on peut légitimement croire que cette obligation s'imposerait au créancier à l'égard de la caution

¹²³⁰C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 72, p. 60, qui soutiennent que l'absence de disproportion ne pouvait pas nécessairement légitimer une dispense du devoir de mise en garde ; aussi bien la première chambre civile que la chambre commerciale soutiennent un tel raisonnement car elles que le devoir de mise en garde de la caution non avertie à vocation à s'imposer, peu importe que son engagement soit adapté à ses propres capacités financières (Cass. 1^{re}, civ., 14 oct. 2015, n° 14-14531, *GP.*, 9-10 déc. 2015, p. 15, obs. C. ALBIGES ; *RTD. com.*, 2015, 728, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-16790, préc. ; *JCP E* 2018, 1010, note D. LEGEAIS ; *CCC.*, févr. 2018, n° 21, obs. L. LENEVEUR ; *LPA.*, 28 févr. 2018, p. 11, note J.-F. BARBIERI.

¹²³¹S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », préc.

¹²³²M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, préc., n° 128, p. 72.

profane dans la période contractuelle, avec un fondement différent de celle que prévoyait la jurisprudence.

1- Le fondement de l'obligation précontractuelle d'information

478. Le droit des contrats n'a pas toujours contenu une obligation précontractuelle d'information car, aucun texte ne prévoyait l'imposition d'une telle obligation, c'est-à-dire que la période qui précédait la rencontre des volontés n'étaient pas régies par le Code civil. Néanmoins, elle a connu un essor important en jurisprudence. Partie du contrat de vente, elle s'est généralisée progressivement à l'ensemble des engagements contractuels¹²³³. En ce qui concerne le cautionnement, l'obligation précontractuelle d'information « *se résumait pour l'essentiel, à la prise en compte d'un éventuel dol commis par le créancier* »¹²³⁴. C'est-à-dire que cette obligation était principalement vue sous le prisme de la sanction du silence dolosif au moment de la formation du contrat. En effet, à l'égard des cautions profanes, la Cour de cassation estime sans ambiguïté que l'établissement de crédit qui a connaissance de de la situation financière gravement obérée du débiteur cautionné lorsqu'il recueille le cautionnement à une obligation d'information spontanée à l'égard de la caution¹²³⁵. Toutefois, au nom de l'exigence de bonne foi, les tribunaux ont admis l'obligation d'information, à la charge du créancier, indépendamment de toute référence au dol¹²³⁶. Cette obligation dont était tenue le créancier à l'égard de la caution avait pour fondement au regard de la jurisprudence, l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil, qui concernait l'exécution de bonne foi des contrats alors même que, l'obligation précontractuelle d'information s'imposait au moment de la formation du contrat. L'exigence de cette obligation n'était pas autonome puisqu'elle était rattachée soit à l'exigence de la bonne foi, soit à la réticence dolosive ou même le formalisme. Ainsi, l'obligation de contracter de bonne foi ainsi que le devoir de loyauté exigeaient du créancier de transmettre à la caution toutes les informations susceptibles d'éclairer son consentement. Mais l'intensité du devoir de loyauté dépendait de la qualité de la caution. En effet, « *l'expérience, les capacités intellectuelles et les prédispositions de la caution par elle-même sont autant d'éléments permettant d'alléger l'obligation de foi du créancier* »¹²³⁷.

¹²³³ S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », préc.

¹²³⁴ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », préc., p. 349.

¹²³⁵ Cass. com., 26 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 204 ; Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1997, *JCP E*, 17944, note D. LEGEAIS.

¹²³⁶ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 66, p. 56.

¹²³⁷ M. KONATE, *L'obligation d'information dans les sûretés personnelles*, Thèse Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis 2012, n° 29, p. 36.

479. La caution est un débiteur accessoire qui s'engage à garantir le créancier contre une défaillance éventuelle du débiteur principal ; à ce titre, elle s'expose à un risque considérable : celui de devoir rembourser des sommes souvent très importantes. En considération de ce risque anormal, les tribunaux ont découvert les vertus protectrices de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil lors de la formation du contrat de cautionnement. Ainsi, partant du concept de « bonne foi et de la loyauté contractuelle », tirées de ce texte, les juges ont élaboré une véritable obligation d'information, exigée au moment de la souscription du cautionnement. Il en fut par exemple dans un arrêt en date du 20 septembre 2005¹²³⁸, où la Cour de cassation a clairement retenu que, la banque qui possède au moment de la conclusion du cautionnement des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, et ignorée par celles-ci, manque à son obligation de contracter de bonne foi si elle ne leur transmet pas. Cette décision illustre parfaitement le lien fortement établi entre le concept de bonne foi et l'obligation d'information en matière de cautionnement. Et c'est au nom du devoir de loyauté vis-à-vis de son cocontractant que le créancier est tenu de fournir à la caution les informations qui ont trait à la situation du débiteur garanti, informations permettant de mieux apprécier le risque encouru. Cette obligation d'informer la caution au moment de la formation du contrat de cautionnement n'était pas autonome puisqu'elle était fondée sur l'obligation de contracter de bonne foi et n'était pas générale car elle était reconnue à certaines catégories de cautions : les cautions profanes ou non averties. Cependant, elle s'est développée parce qu'elle apparaissait comme une règle essentielle à l'équilibre des relations contractuelles¹²³⁹, et c'est ce que laisse entendre le professeur CROCQ lorsqu'il écrit que « *la jurisprudence s'est montrée particulièrement soucieuse de la protection de la caution et que, sensible à la disparité existant entre une caution ne disposant parfois que d'une information très limitée et un créancier qui, au contraire, est le plus souvent en situation d'exiger la fourniture de tous renseignements dont il pourrait avoir besoin, elle a eu le souci de rééquilibrer leur relation en développant l'obligation d'information mise à la charge du créancier* »¹²⁴⁰. Mais le développement de l'obligation d'information précontractuelle n'était pas l'apanage de la seule jurisprudence, car il s'est fait aussi dans un cadre législatif. En effet, le législateur a multiplié les obligations d'information de la caution dans le but sans doute de protéger la caution en lui permettant un engagement éclairé ; mais ce développement des obligations d'information s'est fait « *sans*

¹²³⁸ Cass. com., 20 sept. 2005, *JCP E* 2005, note D. LEGEAIS ; *LPA* 23 janv. 2006, p. 10, note D. HOUTCIEFF.

¹²³⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 162, p. 95.

¹²⁴⁰ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », préc., p. 350.

aucune cohérence, avec des domaines d'application qui se recoupent »¹²⁴¹. Au moment de la formation du cautionnement, l'information contractuelle est censée même résulter des divers formalismes d'informations¹²⁴². En dépit de son essor et de son omniprésence, aucune disposition spécifique ne lui était consacrée ; ce qui explique son rattachement tantôt à la bonne foi, à la réticence dolosive ou au formalisme.

480. L'information précontractuelle censée être un mécanisme efficace dans la protection de certains contractants méritait que le législateur l'émancipe. C'est ainsi que l'ordonnance du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats a introduit dans le droit commun des contrats, une obligation générale d'information précontractuelle. Le Code civil consacre donc, une obligation précontractuelle d'information, autonome et indépendante du devoir de bonne foi. Cette autonomie de l'obligation précontractuelle s'est faite aussi à l'égard du dol, car elle ne figure pas non seulement dans la partie réservée aux vices de consentements, mais aussi son contenu en diffère. Ainsi, il ne sera exigé aucun élément intentionnel pour que le défaut d'information précontractuelle soit sanctionné, car annuler le contrat pour dol suppose, au regard de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil, une dissimulation intentionnelle de l'information. En effet, la délivrance de fausses informations ou la réticence d'informations ne sont admises comme dol viciant le consentement que si elles sont intentionnelles. En d'autres termes, le créancier doit avoir eu l'intention de tromper la caution profane ; à qui il revient d'établir la mauvaise foi de celui-ci. Si tel n'est pas le cas, la caution profane ne pourra invoquer avec succès le dol. Rattaché l'information précontractuelle au dol, c'est restreindre son utilité et son efficacité pour la caution profane. Exiger la démonstration d'une intention malveillante paraît extrêmement difficile. Il faut conclure à l'existence d'un manquement sans exiger l'établissement d'une quelconque mauvaise foi du créancier. Ce dernier est tenu d'une obligation précontractuelle d'information à l'égard de la caution profane ; son inobservation doit être simplement sanctionnée. C'est pourquoi consacrer l'obligation d'information précontractuelle sans la rattacher au dol ou à la bonne foi semble être une bonne mesure nécessaire à la transparence des engagements et essentielle à l'équilibre des relations contractuelles. Le manquement du créancier à son obligation précontractuelle d'information, par simple négligence, peut désormais être sanctionné de manière autonome au regard de l'article 1112-1 du Code civil, qui dispose que « *celles des parties qui connaissent une*

¹²⁴¹ S. PIEDELIÈVRE, « Pour une réforme du droit du cautionnement », *Mélanges offerts à G. PIGNARRE*, LGDJ, p. 648.

¹²⁴² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *droit des sûretés*, préc., n° 161, p. 94 ; S. PIEDELIÈVRE, *ibid.*

information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie doivent l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Cette consécration de l'obligation d'information, qui est l'aboutissement d'un mouvement initié par la jurisprudence, devrait consolider les solutions acquises en matière de cautionnement¹²⁴³. Mais, le texte de l'article 1112-1 « *oppose faussement l'ignorance et la confiance ; qu'il y a lieu de rectifier en considérant que, dans tous les cas, l'autre doit être ignorant, qu'il soit confiant ou non* »¹²⁴⁴. Cette analyse nous semble pertinente dans la mesure où ce qui compte, c'est d'éclairer le consentement de l'une des parties en l'informant, peu importe qu'elle ait confiance ou pas à son cocontractant, l'information lui est due dès l'instant où elle est dans l'ignorance de celle-ci. Appliquée à la caution, cet aspect de la règle est délicat car, on peut bien constater que, s'il y a quelqu'un à qui la caution pourrait faire confiance, c'est bien entendu le débiteur alors même que ce n'est pas ce dernier qui est tenu de cette obligation d'information à son égard. Ce qui semble important en matière de cautionnement, c'est de remédier à l'impossibilité pour la caution de s'informer ; et lorsqu'elle est dans cette impossibilité de se renseigner par elle-même, le créancier est tenu de lui transmettre l'information dont il a connaissance. Cette impossibilité de la caution à détenir cette information tient souvent à sa situation d'infériorité qui se caractérise par son incompetence, son ignorance ou son inexpérience et souvent les trois à la fois. C'est pourquoi, l'obligation précontractuelle devrait plutôt bénéficier à la caution profane qui, très souvent, se trouve dans cette situation d'infériorité parce que dans la plupart des cas, elle n'est pas dirigeante de l'entreprise cautionnée. Alors que le dirigeant caution est en mesure d'être informé de la situation patrimoniale exacte du débiteur principal.

481. Lors de la formation du contrat de cautionnement, l'information due à la caution est relative aussi bien à la solvabilité du débiteur garanti qu'au contenu et à la portée exacte de son engagement. Ainsi, la jurisprudence sanctionnait tout manquement du créancier à son obligation d'informer la caution sur la solvabilité du débiteur garanti, en dissimulant à celle-ci « *des informations sur la situation lourdement obérée, ou irrémédiablement compromise du débiteur principal* »¹²⁴⁵. En l'absence de texte spécial instituant une telle obligation, cette sanction jurisprudentielle avait pour fondement, le non-respect par le créancier des dispositions

¹²⁴³ D. HOUTCIEFF, « Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2183 et s.

¹²⁴⁴ M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, préc., n° 128, p. 72.

¹²⁴⁵ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », préc., p. 3338 ; P. CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », préc., p.33.

impératives de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil. Avant la réforme du 10 février 2016, l'obligation de contracter de bonne foi a servi à juste titre de fondement à une obligation d'information précontractuelle. L'obligation de contracter de bonne foi ou l'exigence de transparence contractuelle¹²⁴⁶ ainsi que le devoir de loyauté imposent ainsi au créancier de faire connaître à la caution toutes les informations susceptibles de lui apporter un consentement éclairé. Il appartient aux juridictions de fond de vérifier dans quelle mesure la caution a pu comprendre le contrat que l'on prétend lui avoir fait souscrire¹²⁴⁷. En effet, l'expérience, les capacités intellectuelles et les connaissances de la caution à s'informer par elle-même seront de nature à alléger l'obligation de bonne foi imposée au créancier. Par ailleurs, l'unilatéralité du contrat de cautionnement, tendu vers l'intérêt du créancier, exige une volonté transparente¹²⁴⁸ de celui-ci. Présente dans différentes disciplines juridiques, elle s'est généralisée dans le droit contemporain des contrats grâce à l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles d'une part et à l'influence du droit de la consommation, d'autre part, c'est-à-dire de manière plus concrète, la prise en compte de l'infériorité ou de la faiblesse du consommateur en particulier et du contractant en général.

482. Quoiqu'on puisse penser de cette obligation, imposée au créancier, il est dans son intérêt que la caution profane soit suffisamment informé, éclairé afin que l'exécution de son engagement ait lieu sans litige¹²⁴⁹. Mais l'efficacité de cette exigence réside dans la qualité des informations à transmettre, dans le sens où elles doivent être claires et précises, et exprimées en un langage simple et intelligible¹²⁵⁰, permettant à la caution qui les reçoit, de les comprendre. C'est en sens que l'article L. 111-1 de la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, dans le cas de la vente, invite par exemple le vendeur à informer précisément le consommateur, de manière lisible et compréhensible et avant la signature du contrat, des caractéristiques essentielles du bien de manière à éclairer le consentement du consommateur. Car, les caractères grave et dangereux du cautionnement, mais aussi le déséquilibre du contrat, résultant de la

¹²⁴⁶ S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », préc., n° 97.

¹²⁴⁷ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc., note n° 1 concernant le consentement et en référence à C. A. Aix-en-Provence, 7 févr. 1980, *Bull. Aix*, janv. 1980, p. 15.

¹²⁴⁸ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *ibid.*, n° 300, p. 211.

¹²⁴⁹ C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préc., n° 373, p. 478.

¹²⁵⁰ Y. PICOD, *Droit de la consommation*, préc., n° 227, p. 142.

dissymétrie d'informations entre le créancier professionnel et la caution profane justifient l'exigence de cette obligation d'information.

a- Une obligation justifiée par une asymétrie d'informations

483. L'obligation précontractuelle d'information trouve application en matière de cautionnement étant entendu qu'il s'agit d'une disposition de droit commun des contrats. La généralité des termes de l'article 1112-1, en son alinéa 1 n'admet aucune distinction relative aux parties, c'est-à-dire qu'il n'est fait aucunement référence à la qualité des parties dans la délivrance des informations nécessaires à l'engagement éclairé de l'un ou l'autre des contractants. Chacune des parties peut se trouver être créancière et/ou débitrice de l'obligation précontractuelle d'information.

484. Néanmoins, en matière de cautionnement, s'impose l'identification du créancier et du débiteur de l'obligation précontractuelle. En effet, le cautionnement étant un contrat unilatéral, cette obligation sera nécessairement à la charge du créancier au regard de l'asymétrie d'informations¹²⁵¹, qui caractérise souvent un tel rapport contractuel, c'est-à-dire l'inégalité des parties dans la détention des informations¹²⁵². La caution supporte un engagement sans contrepartie ; dès lors, c'est son consentement qui est le plus susceptible d'être éclairé par des informations déterminantes. En application de l'article 1112-1, alinéa 1 précité, « *les cautions quel que soit leur statut (personne physique ou morale) et les raisons de leur engagement (d'ordre personnel ou professionnel). Les principaux débiteurs de l'information précontractuelle e seront les bénéficiaires de la sûreté, là aussi quel que soit leur profil* »¹²⁵³. L'application de ce texte en matière de cautionnement devrait se faire avec une certaine parcimonie qui tiendrait compte de la diversité des cautions. En effet, les cautions qui sont informées de l'activité du débiteur principal et qui de ce fait connaissent sa situation patrimoniale et celles qui sont susceptibles de se renseigner par elle-même devraient être soustraire du bénéfice de l'information contractuelle. Car exiger du créancier qu'il communique à des cautions, des informations dont elles ont suffisamment connaissance sont de nature à créer

¹²⁵¹ *Contra.* V. L. BOURGEROL, G. MEGRET, Droit du cautionnement, éd. Gazette du Palais 2018, préf. P. CROCQ, n° 51, p. 55, qui estiment que « toute dissymétrie d'information ne fait pas naître une obligation d'information », au regard de l'article 1112-1, alinéas 1 et 3 du Code civil.

¹²⁵² C. L. DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignements dans les contrats », in L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Y. LOUSSOUARN et de P. LAGARDE, LGDJ, Biblio. de droit privé, 1978, n° 31 et 32, p. 322 et s., cité par M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'informations dans les contrats, préc., n° 162, p. 126.

¹²⁵³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 168, p. 100.

des obstacles ou des charges inutiles pour celui-ci et qui peuvent être de nature à entraîner une désaffectation pour le cautionnement.

485. La caution profane qui se caractérise par son ignorance des informations sur la situation du débiteur principal, voire par l'impossibilité de renseigner par elle-même, a droit de se voir transmettre toutes informations susceptibles d'éclairer son engagement, dont le créancier en est, le plus souvent dépositaire. Désormais, toute personne physique ou morale qui sollicite un cautionnement en lien avec son activité professionnelle sans même être un professionnel du crédit, ou en dehors de son activité professionnelle, c'est-à-dire tout créancier quel qu'il soit, est tenue de fournir à la caution, des informations déterminantes de son consentement, dès lors qu'elle en a connaissance et que cette dernière les ignore légitimement. C'est cette asymétrie informationnelle qui sert de fondement à l'identification du créancier et du débiteur de l'obligation précontractuelle légale. Mais, bien que l'asymétrie informationnelle, l'obligation précontractuelle est exigée en référence à l'ignorance de la caution.

b- Une obligation liée à l'ignorance légitime de la caution

486. Le créancier est tenu de communiquer à la caution préalablement à la conclusion du contrat des informations dont il a connaissance et qui sont déterminantes pour le consentement du garant conformément à l'article 1112-1 du Code civil. L'obligation d'information est due lorsque le débiteur de celle-ci était au courant d'une information déterminante pour la caution que cette dernière ignorait et dont il aurait dû lui faire part afin de lui permettre de donner un consentement éclairé au moment de l'engagement¹²⁵⁴.

487. Cette obligation de fourniture d'informations comme nous l'avons dit précédemment est justifiée par une asymétrie d'informations¹²⁵⁵, c'est-à-dire que cette exigence existe parce que le créancier dispose d'informations dont la caution en est dépourvue. Et elle est créancière d'une obligation d'informations que si elle peut justifier de son ignorance légitime. L'ignorance légitime résulte généralement du fait que la caution apparaît totalement profane au monde des affaires et en particulier aux affaires du débiteur, ou bien faisant une totale confiance en son partenaire. Telle est la prescription de l'article 1112-1 du Code civil précité, qui prévoit qu'une partie est débitrice d'une information à l'endroit d'une autre « dès lors que, légitimement, cette

¹²⁵⁴ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », préc., p. 3341.

¹²⁵⁵ M. STORCK, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », préc., p. 82 et s.

dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». On peut penser qu'ignore légitimement une information dont elle devrait être bénéficiaire, toute caution qui n'est pas intégrée dans les affaires du débiteur principal. Car, son éloignement¹²⁵⁶ des affaires du débiteur principal qu'elle garantit, est une situation pouvant la priver d'informations capitales, à même de la guider dans sa prise de décision. À ce propos, nous pensons que la prise en compte de la qualité de la caution peut s'avérer nécessaire à l'appréciation de l'ignorance légitime de la caution. Pour apprécier l'ignorance légitime, il est nécessaire de prendre en compte certains critères relatifs à la personne de la caution, « *son âge, sa personnalité, sa position ou ses fonctions afin de juger si elle est en mesure de faire état de son ignorance* »¹²⁵⁷. En effet, la caution avertie est généralement intégrée dans les affaires du débiteur cautionné et de ce fait, elle dispose des connaissances et informations lui permettant de mieux consentir. C'est pourquoi, le dirigeant, caution de son entreprise, au regard de sa fonction au sein de la société débitrice, voire des études et expériences professionnelles l'ayant conduit, sauf circonstances exceptionnelles¹²⁵⁸, pourrait difficilement faire valoir son droit à être informé sur la situation financière de l'entreprise cautionnée¹²⁵⁹ par exemple.

488. En revanche la caution profane¹²⁶⁰ ou non avertie, néophyte et complètement étrangère à la relation d'affaires qui existe entre le débiteur principal et le créancier, qui n'est pas en mesure d'avoir les informations essentielles sur l'opération de base à l'origine du cautionnement et dont la technicité de celui-ci n'est pas à la portée de l'esprit profane qui est le sien¹²⁶¹, serait recevable à invoquer son ignorance légitime, et prétendre à toute information relative au contenu de l'obligation garantie et à la situation du débiteur garanti. Toutefois, il en serait autrement, « *si les différents formalismes informatifs, qui permettent d'éclairer le*

¹²⁵⁶ D'ailleurs, la proximité de la caution des affaires du débiteur n'établit par elle-même la connaissance par la caution, de manière non équivoque, de la nature et de l'étendue de son engagement, cf., Cass. 1^{re} civ, 28 oct. 1991, *D.* 1991, somm., 278, obs. L. AYNES, à propos des liens de parenté entre la caution et le débiteur principal ; Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1992 ; *D.* 1999, IR., p. 182, obs. Ph. SIMLER, au sujet de la qualité de conjoint du débiteur garanti ; Cass. com., 13 nov. 1990, *D.* 1991, somm., p. 382, obs. L. AYNES, concernant la qualité de père, non dirigeant et non versé aux affaires, du gérant de la SARL garantie.

¹²⁵⁷ C. VUILLEMIN-GONZALEZ, *ibid.*

¹²⁵⁸ C. A. Rennes, 13 nov. 2000, *RDBF.*, nov.-déc. 2001, comm. 222, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com, 28 mai 2002, *Bull. Joly*, oct. 2002, p. 1039, obs. J. DEVEZE ; Cass. com., 23 juin 1998, *JCP E* 1998, p. 1831, note D. LEGEAIS ; *Banque et droit*, févr. 1999, p. 74, obs. J.-L. GUILLOT. Dans l'espèce ayant conduit à cette décision, l'établissement était spécialisé dans le financement de

¹²⁵⁹ C.A Nîmes 9 déc. 1999, *Juris-Data*, n° 116862, où ont été déboutés de leur prétention, des cautions associés majoritaires de la SARL débitrice, étant démontré que ces cautions avaient toujours eu connaissance de la situation de la société à la gestion de laquelle elles avaient toujours participé ; C.A. Paris, 13 févr. 2001, *Juris-Data*, n° 141269, où la caution a été débouté de sa prétention car en tant que responsable de la société débitrice dont elle était l'associée fondateur, étant donné qu'elle avait ainsi nécessairement connaissance des résultats de l'activité de la société et de la situation financière de celle-ci depuis l'origine.

¹²⁶⁰ Cass. com., 5 déc. 2000, *RDBF.*, 2001, comm. n° 14, obs. D. LEGEAIS.

¹²⁶¹ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc., n° 79, p. 68.

consentement de la caution sur le contenu de son engagement »¹²⁶² ont été scrupuleusement respectés. C'est-à-dire que la caution se retrouve dans l'incapacité de faire la preuve de son ignorance légitime vis-à-vis des informations issues des divers formalismes, notamment celles relatives au quantum, à la durée et au caractère solidaire de son engagement¹²⁶³. Quoi qu'il en soit, nous pensons que c'est aux créancier professionnel, astreint à cette obligation et bénéficiaire du cautionnement, de rapporter la preuve de son exécution¹²⁶⁴. Dès lors, il a tout intérêt de se ménager une preuve afin d'anticiper tout litige éventuel. C'est pourquoi, « *par précaution, il lui appartiendra de préconstituer la preuve que l'information a bien été délivrée, quels que soient le moyen et le support utilisés, dès lors qu'ils s'avèrent durables* »¹²⁶⁵. Sinon, le créancier professionnel, débiteur de cette obligation, verra sa responsabilité être engagée pour manquement à un tel devoir dont le caractère est d'ordre public¹²⁶⁶.

2- L'objet de l'obligation précontractuelle d'information

489. Avant la formation du contrat de cautionnement, l'information due à la caution, nécessaire à l'éclairage de son consentement afin qu'elle puisse mieux s'engager, doit nécessairement être importante pour déterminer le consentement de la caution (a), c'est-à-dire qu'on doit pouvoir établir entre cette information et le contenu du contrat ou la qualité des parties, un lien direct et nécessaire (b).

a- Le caractère déterminant de l'information

490. L'information que l'une des parties doit communiquer à l'autre afin d'éclairer son consentement et lui permettre de s'engager en connaissance de cause doit être d'une importance déterminante pour le consentement, selon l'article 1112-1 du Code civil. Alors qu'est-ce qu'il faut entendre par une information dont l'importance est déterminante pour le consentement d'une partie ? Selon le dictionnaire Larousse, est important, ce qui est essentiel, voire qui a de l'influence. Et c'est déterminant, ce qui décide une action, qui incite à agir. Dès lors, on pourrait dire qu'est une information déterminante pour le consentement d'un contractant serait, toute information susceptible d'influencer sa décision, c'est-à-dire toute information lui permettant de se décider à contracter ou à s'abstenir de le faire ou de contracter autrement. En somme, il

¹²⁶² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 169, p. 113.

¹²⁶³ M. BOURASSIN, V. BREMOND *ibid.*

¹²⁶⁴ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, arrêts n° 05-21104 et n° 06-11673, Bull. ch. mixte 2007, n° 7 et n° 8.

¹²⁶⁵ C. ALBIGES, « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », préc., p. 248.

¹²⁶⁶ L'article 1112-1 du Code civil, dispose dans son dernier alinéa que « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir (...), dont la responsabilité de celui qui est tenu, est engagée ».

s'agirait d'une information pertinente¹²⁶⁷ pour le consentement d'une partie contractante. À ce propos d'ailleurs, Madame FABRE-MAGNAN, reprenant une expression de Monsieur PÉTEL au sujet de l'obligation de rendre compte des mandataires, estime qu'une information pertinente à laquelle est tenu un mandataire, est une information sur un « fait majeur »¹²⁶⁸, c'est-à-dire tout fait nécessitant une intervention ou, généralement, une réaction. En l'étendant à tout contractant, « le « fait majeur » serait ainsi toute information ayant un intérêt pour le contractant – le créancier de l'obligation d'information – en ce sens qu'elle va l'amener à modifier son consentement, ou, plus largement, son comportement »¹²⁶⁹, peut-être à s'abstenir de consentir.

491. L'information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre des parties est une information au sujet d'un fait se rapportant à l'objet des obligations nées du contrat. Car si cette information n'admet aucun lien avec l'objet des obligations résultant du contrat, elle ne saurait intéresser le contractant ni avoir une quelconque incidence sur sa décision de conclure le contrat ou sur l'exécution de celui-ci. Dans une telle hypothèse, il n'y a aucune raison à exiger l'existence d'une obligation d'information¹²⁷⁰. L'appréciation de la portée de l'obligation d'information qui pèse sur une partie au contrat se fait donc à la lumière du contenu du contrat. C'est cette approche qu'adopte le législateur dans l'article 1112-1 du Code civil précité, dans lequel il est prescrit qu'« ont une importance déterminante pour les parties, les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ». Non seulement ces informations doivent relever du contenu du contrat, mais elles doivent, en sus, être utiles pour la partie créancière de l'obligation d'information, c'est-à-dire des informations qui l'intéressent. L'information est utile et intéresse le cocontractant parce qu'elle « permet de l'éclairer dans ses décisions et, le cas échéant, de modifier son comportement »¹²⁷¹. Il s'agit bien évidemment d'une information ayant une incidence sur le consentement du cocontractant. L'imposition d'une obligation d'information n'est ni justifiée ni nécessaire dès lors que sa transmission n'a aucun intérêt pour le contractant, c'est-à-dire que la connaissance de cette information ne servira pas à lui faire prendre une décision opportune¹²⁷².

¹²⁶⁷ S. LE GAC-PECH, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en ml de reconnaissance ? », préc.

¹²⁶⁸ Ph. PÉTEL, Les obligations du mandataire, Litec, Biblio. de droit de l'entreprise, 1988, préf. M. CABRILLAC, n° 388 et s., p. 249 et s., cité par M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'informations dans les contrats, préc., n° 169, p. 133.

¹²⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, *ibid.* Elle préfère, au lieu de fait majeur, utiliser plutôt l'expression fait pertinent, c'est-à-dire un fait ayant un lien avec l'objet des obligations nées du contrat et utile pour le contractant.

¹²⁷⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Droit civil, Les obligations, 2^e éd., Cujas 1990, n° 635, p. 346.

¹²⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, n° 176, p. 139..

¹²⁷² M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*

492. L'information à transmettre à l'autre partie ne doit pas être soumise à une restriction, c'est-à-dire que l'information dont la révélation est importante pour l'autre partie ne doit pas être déclarée illicite. En effet, dans certaines matières, la transmission à l'autre partie contractante de certaines informations se trouve parfois limitée. Il en est, par exemple, du secret bancaire¹²⁷³, voire même du secret des affaires¹²⁷⁴. Mais le secret professionnel ne s'oppose pas à ce que le créancier à transmettre des informations objectives¹²⁷⁵, notamment sur la situation du débiteur garanti, de même que sur le sens et « *l'étendue de l'engagement de la caution ainsi que sur le risque couru* »¹²⁷⁶, qui à notre sens ne relèverait pas de la confidentialité acquise dans l'exercice d'une profession ou de fonctions¹²⁷⁷.

493. La qualité de professionnel¹²⁷⁸ de l'une des parties à l'acte, le déséquilibre des forces et des compétences respectives des contractants rendent la communication d'informations, obligatoire, dont « *le contenu, bien entendu, est variable selon la nature et le degré de complexité de l'opération et le niveau d'expérience du client* »¹²⁷⁹. L'information que doit le créancier à la caution est considérée comme étant d'une importance déterminante du consentement de cette dernière que si celle-ci est relative au contenu du contrat ou à la qualité des parties.

b- Une information relative au contenu du contrat ou à la qualité des parties

494. L'information dont l'une des parties doit communiquer à l'autre lui permettant de donner un consentement libre et éclairé en connaissance de cause doit concerner les éléments intrinsèques¹²⁸⁰ à l'objet du contrat, c'est-à-dire l'élément matériel du contrat. À ce sujet, l'article 1112-1 du Code civil, en son alinéa 3, dispose qu'il s'agit d'« informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties », à l'exclusion de

¹²⁷³ L. M. MARTIN, « L'information de la caution », préc., n° 26, p. 164.

¹²⁷⁴ V. G. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD. com.*, 1998, p. 179 ; B. BOULOC, « le secret des affaires », *Dr. Prat. Com. Inter.* 1990, n° 1, p. 6 et s., cités par M. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats », préc., n° 186, p. 150.

¹²⁷⁵ L. M. MARTIN, « L'information de la caution », préc., n° 31, p. 167.

¹²⁷⁶ C. ALBIGES, « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », préc., p. 248.

¹²⁷⁷ M. FRABRE-MAGNAN, *ibid.*, n° 186, p. 150.

¹²⁷⁸ Ph. SIMLER, Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, préc., n° 428, p. 439. L'auteur explique à juste titre que « Que le créancier garanti par une caution ait, comme tout contractant un devoir de loyauté envers celle-ci lors de la formation du contrat relève de l'évidence. (...) La loyauté, qui doit présider à la conclusion de tout contrat, s'impose spécialement au contractant professionnel, par hypothèse mieux informé que le profane. Tel est le cas particulièrement en matière de cautionnement, en raison des dangers inhérents à un tel engagement ».

¹²⁷⁹ GAVALDA et STOUFFLET, Manuel de droit bancaire, 3^e éd., n° 395 et s., cité par J. STOUFFLET, « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », *Mélanges en l'honneur de Michel CABRILLAC*, n° 17, p. 524.

¹²⁸⁰ M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, n° 158, p. 123.

celles portant sur « l'estimation et la valeur de la prestation »¹²⁸¹. En matière de vente par exemple, ces informations concerneront « *la chose vendue, sa quantité, sa qualité, ses propriétés principales* »¹²⁸².

495. Relativement au cautionnement qui concerne notre sujet, le créancier est tenu d'informer la caution profane aussi bien sur le contenu de l'engagement à souscrire que sur celui de l'opération principale à garantir et l'état de solvabilité du débiteur à cautionner. En effet, on peut raisonnablement estimer qu'il est déterminant pour la caution de savoir par exemple que la situation financière du débiteur principal est saine de même que la viabilité de l'opération projetée. Le créancier est tenu de communiquer à la caution toute information relative au contenu de l'obligation garantie et à la situation du débiteur susceptible d'avoir un impact déterminant sur son consentement. Malheureusement, l'article 1112-1 du Code civil ne prend pas en compte ces deux réalités car l'alinéa 3 de ce texte exige des informations que sur le contenu du cautionnement et sur la qualité des parties, c'est-à-dire le créancier et la caution. Exclure toute information sur le contenu du contrat de base et sur la situation du débiteur principal comme n'étant pas déterminante du consentement de la caution, c'est méconnaître « *l'opération globale de cautionnement, ici l'opération triangulaire de sûreté personnelle dans laquelle le crédit garanti et le débiteur principal jouent un rôle essentiel* »¹²⁸³.

496. En considérant l'opération de cautionnement, qui inclut dans une relation plus large, trois parties (le créancier, le débiteur principal et la caution), informer la caution sur le contenu de l'opération garantie et sur la situation du débiteur, s'analyse comme une information ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. En outre, l'alinéa 2 de l'article 1112-1 du Code civil, exclut toute information sur « l'estimation de la valeur de la prestation », comme ayant une importance déterminante du consentement de la caution. Cette exclusion laisse subsister l'obligation prétorienne de mise en garde des cautions, qui n'est pas absorbée par l'obligation précontractuelle d'information¹²⁸⁴, car « *le montant de leur*

¹²⁸¹ V. art. 1112-1, alinéa 2 du C. civ.

¹²⁸² M. FABRE-MAGNAN, *ibid.* n° 160, p. 124.

¹²⁸³ L. ANDREU, « L'incidence de la réforme du droit des obligations sur les sûretés personnelles », *in* les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, préc. p. 499.

¹²⁸⁴ *Contra* D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 107, p. 98, où l'auteur pense que « l'invocation du manquement de l'obligation précontractuelle d'information pourrait diminuer l'intérêt de la caution d'agir sur le fondement du manquement du devoir de mise en garde » ; C. ALBIGES, « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », préc., où l'auteur émet des doutes sur le maintien et l'autonomie du devoir de mise en garde par rapport au nouveau devoir précontractuel d'information en indiquant que « les conditions de mise en œuvre énoncées par le nouvel de l'article 1112-1 du Code civil correspondent, pour l'essentiel, à celles imposées lors du recours au devoir de mise en garde. D'une part, les informations communiquées sont d'une nature identique (...). D'autre part le degré d'intensité de l'information ou de la mise

*engagement et le risque d'endettement excessif qui en résulte au regard de leurs capacités financières ne devraient pas être révélés sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil, mais plutôt conformément à l'objet de l'obligation de mise en garde »¹²⁸⁵. En conséquence, le maintien de l'obligation prétorienne de mise en garde se justifie, et ce, sur le fondement de la loyauté et de la bonne foi contractuelle¹²⁸⁶. Car « *ce n'est pas être de bonne foi, ce n'est pas être loyal que de faire ou de laisser s'engager une caution sans l'informer, très exactement de la nature et de la portée de son obligation »*¹²⁸⁷.*

497. Par ailleurs, « *une appréciation in concreto va s'imposer pour la détermination de la prestation attendue et des éléments qui singularisent la caution »*¹²⁸⁸. Pour anticiper et limiter le contentieux qui pourrait résulter de l'appréciation de l'alinéa 3 de l'article 1112-1 du Code civil, nous partageons l'idée qu'il serait judicieux, et moins contre-productif en matière de cautionnement de « *prévoir une disposition spéciale précisant, les éléments, qui en droit du cautionnement, sont présumés avoir une importance décisive pour la caution, tant il est vrai que la détermination du 'lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties', peut s'avérer délicate »*¹²⁸⁹. Il pourrait s'agir, en effet, de toute information découlant du contrat et susceptible de créer chez la caution une réaction de telle sorte que la connaissance par elle de celle-ci, puisse l'amener à agir différemment sur sa décision. C'est ainsi qu'une caution a-t-elle obtenu la réduction de sa dette de moitié, par compensation avec des dommages et intérêts, sur le fondement de la perte d'une chance, le créancier ne lui ayant donné connaissance ni dans l'acte, ni hors de l'acte, de la faculté de résiliation de son engagement¹²⁹⁰. Il est ainsi nécessaire de s'assurer que la caution dispose des capacités financières pour faire face à son engagement, pour éviter que la garantie ne se relève inefficace.

§ 2 : Une protection renforcée par une exigence de proportionnalité

498. L'exigence de proportionnalité pose à n'en point douter le problème de la solvabilité de la caution au moment de la souscription de l'engagement. À ce propos, l'article 2295 du Code

en garde se ressemble manifestement » ; D. HOUTCIEFF, « Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2183.

¹²⁸⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*

¹²⁸⁶ V. art. 1104 du Code civil.

¹²⁸⁷ P. SARGOS, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », préc. p. 63.

¹²⁸⁸ C. ALBIGES, « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », préc. p. 248.

¹²⁸⁹ J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés est en marche ! Étude d'impact du PACTE », préc.

¹²⁹⁰ Cass. 1^{re}, civ. 14 mars 2000 : *Juris-Data* n° 2000-001065 ; *RDBF.*, 2000, comm. 115, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et droit*, nov.-déc. 2000, p. 54, obs. GUILLOT.

civil dispose que « le débiteur obligé de fournir une caution doit en présenter une (...) qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation ». Si le Code civil s'intéresse à la solvabilité de la caution, elle ne l'érige pas néanmoins en une condition de validité du cautionnement¹²⁹¹. Alors que l'exécution du cautionnement peut être une circonstance ruineuse pour la caution, car « *si l'engagement de la caution est illimité ou s'il dépasse ses facultés de remboursement, il peut même endetter une caution à vie* »¹²⁹². Afin d'empêcher que des personnes physiques se ruinent pour autrui¹²⁹³, le législateur, puis la jurisprudence ont offert à celles-ci, le droit d'invoquer le caractère disproportionné de leur engagement. « *L'exigence de proportionnalité a pour but de protéger la caution, faisant ainsi passer les intérêts du créancier au second plan. Elle est caractéristique de notre époque où l'on se soucie le plus souvent d'abord de la situation économique du débiteur, donc par voie de conséquence également de celle du débiteur accessoire qu'es le garant actionné* »¹²⁹⁴. Ainsi, elle est devenue un moyen de protection essentiel dans le droit du cautionnement, méritant qu'on analyse d'abord ses conditions (A) avant de présenter les effets qu'elle produit (B).

A- Les conditions d'admission de la règle de proportionnalité

499. L'exigence de proportionnalité est devenue un excellent instrument de protection utilisé par la caution pour se dégager de son engagement à l'égard du créancier professionnel. Ce moyen de protection utilisé par les cautions a été l'œuvre aussi bien du législateur que de la jurisprudence. En effet, l'exigence de proportionnalité fait son apparition en matière de crédit par la loi *Neiertz* n° 89-1010 du 31 décembre 1989, relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. L'ancien article L. 313-10, du Code de la consommation, devenu article L. 314-18, issu de la loi précitée indique qu'« un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit [...] conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à ses obligations ». Ce texte, en introduisant l'exigence de proportionnalité en matière de cautionnement, confirme l'influence du droit de la consommation sur le droit du cautionnement. De même, la jurisprudence a introduit dans le droit du cautionnement l'exigence de proportionnalité par le

¹²⁹¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 263, p. 177.

¹²⁹² D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 170, p. 141.

¹²⁹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 267, p. 200.

¹²⁹⁴ S. PIEDELIÈVRE, « Pour une réforme du droit du cautionnement », préc. n° 21, p. 647.

biais de la responsabilité civile et de l'impératif de bonne foi¹²⁹⁵ à l'occasion du célèbre arrêt *Macron* du 17 juin 1997¹²⁹⁶. La règle de la proportionnalité, qu'elle soit d'origine législative ou prétorienne, pose le problème de la qualité des personnes à qui elle s'applique (1), mais aussi l'appréciation du moment de cette disproportion (2).

1- Les conditions tenant à la qualité des parties

500. En référence à l'ancien article L. 313-10, devenu article L. 314-18 du Code de la consommation, l'admission du principe de proportionnalité devrait concerner dans son application que la caution, personne physique qui s'engage à l'égard d'un établissement de crédit. Ainsi, toute personne physique qui se porte caution, peut invoquer la disproportion de son engagement eu égard à ses biens et revenus. Cette protection qui ne fait pas de distinction entre les personnes physiques nous semble pertinente s'« *il s'agit d'inciter les créanciers professionnels à faire preuve de modération pour préserver une personne physique de la spirale de surendettement, in fine, éviter un drame humain et une charge sociale* »¹²⁹⁷, qui peuvent concerner autant la caution physique profane, dirigeante ou non ou même avertie. Il s'agit donc d'une mesure particulière qui s'applique au cautionnement souscrit par une personne physique, en garantie d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier accordé à un consommateur par un établissement de crédit. En effet, « *la prise en considération de la disproportion de l'engagement de la caution vise à empêcher que des personnes physiques (...) ne se ruinent pour autrui en leur permettant en dépit de leur légèreté de ne pas être tenues d'un engagement exorbitant* »¹²⁹⁸.

501. Le principe de proportionnalité vise à l'évidence à protéger la caution personne physique en s'assurant qu'elle est financièrement en mesure d'honorer son engagement, mais aussi de la protéger contre tout excès du créancier dans la souscription du cautionnement. Il s'agit, par cette règle, d'instaurer un certain équilibre dans cette convention qui par ailleurs pourrait être bénéfique pour les parties. Car, « *on peut penser que, plus qu'un instrument de justice et d'équité, les contrats dont les prestations sont équilibrées sont un instrument de satisfaction du contractant. La finalité du contrat est alors d'être utile aux parties* »¹²⁹⁹. Si la

¹²⁹⁵ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 93, p. 73.

¹²⁹⁶ Cass. com. 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14105, *Bull. civ.* IV, 1997, n° 188, *JCP E*, II, 1997, 1007, note D. LEGEAIS ; *RTD. civ.* 1998, p. 100, obs. J. MESTRE, P. CROCQ.

¹²⁹⁷ D. FENOUILLET, « cautionnement », *RDC.*, janv. 2011, n° 1, p. 137.

¹²⁹⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Droit des sûretés, préc., n° 409, p. 119.

¹²⁹⁹ N. VALLET, préc., n° 570, p. 117.

nécessité de préserver le contractant d'un engagement excessif n'est pas contestable en soit, par contre, il se pose le problème de la qualité des parties concernées par cette règle. En effet, le texte qui introduit le principe de proportionnalité en droit du cautionnement, réserve son application à la caution personne physique qui souscrit un engagement de caution au profit d'un établissement de crédit. En application de ce texte, la règle de proportionnalité bénéficie à toute personne physique caution à l'égard d'un professionnel de crédit. Ce texte à l'instar de tous ceux qui vont le succéder, « *est applicable au bénéfice de toute personne physique, sans distinction tenant à la qualité de la personne. La notion de personne physique se substituant à celle de consommateur : le texte s'applique par conséquent à un commerçant personne physique comme à un dirigeant social ou un associé de la société débitrice* »¹³⁰⁰, exclue les seules cautions personnes morales. C'est ainsi que, la Cour de cassation à travers l'arrêt *Macron* précité, va procéder à un contrôle de la proportionnalité de l'engagement des cautions. Et elle va considérer que le fait pour un établissement de crédit de solliciter un cautionnement qui est manifestement disproportionné par rapport au patrimoine et les revenus d'une caution peuvent être constitutifs d'une faute, cause de responsabilité du créancier. En l'espèce, un dirigeant de société avait garanti toutes les dettes de sa société en souscrivant des avals d'un montant cinq fois supérieur à son patrimoine. Par cette décision, elle consacrait le principe selon lequel, toutes les cautions, quel que soit leur qualité (profanes ou averties), avaient la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle des créanciers, dès lors qu'il apparaissait que leurs engagements étaient manifestement disproportionnés par rapport à leurs revenus et patrimoines. À cette occasion, elle conférait au principe de proportionnalité une portée très large, qui, par

502.

503.

504. voie de conséquence, étaient très favorable à l'ensemble des cautions qui ne se privaient pas de l'invoquer systématiquement.

505. Cette généralisation du principe de proportionnalité à l'ensemble des cautions personnes physiques parut regrettable car elle ne tenait pas compte de la bonne foi de celles-ci et cela n'était pas de nature à rassurer les créanciers et pouvait être une cause d'affaiblissement de la garantie. Alors que pour des raisons d'efficacité et d'attractivité du cautionnement, l'application du principe de proportionnalité aurait dû profiter qu'aux cautions personnes physique de bonne

¹³⁰⁰ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc., n° 61, p. 103.

foi. En effet, la caution doit fournir au créancier toutes les informations lui permettant d'apprécier ses revenus et la consistance de son patrimoine au regard du montant de la garantie¹³⁰¹. Toute dissimulation de sa part, qui fausserait l'appréciation réelle et exacte de sa capacité à se porter garant ne devrait pas nuire au créancier. S'il doit être exigé du créancier la conclusion d'un cautionnement proportionné, il est impératif pour la caution d'être tenue d'une loyauté à l'égard du créancier, c'est-à-dire fournir de bonne foi au créancier toutes les informations utiles afin que ce dernier apprécie sérieusement sa solvabilité au regard du montant du cautionnement. C'est pourquoi, son application au profit des cautions averties tout aussi mieux informées de leur situation financière autant que les établissements de crédit, « *était de nature à fragiliser à l'excès le cautionnement* »¹³⁰². La Cour de cassation limitait alors le jeu du principe de proportionnalité en réservant son bénéfice aux seules cautions profanes. En effet, à travers l'arrêt *Nahoum*, la chambre commerciale refusait à deux dirigeants, qui s'étaient portés caution des dettes de leur société, le droit d'invoquer le caractère disproportionné de leur engagement pour engager la responsabilité contractuelle de l'établissement de crédit, car ils n'avaient pas pu démontrer que celui-ci « *a eu sur leurs revenus, leur patrimoine et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès de l'exploitation de la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées* »¹³⁰³. En d'autres termes l'appréciation de la disproportion entre l'engagement de la caution et le montant de ses revenus lors de la conclusion du cautionnement est subordonnée à la détention par la banque d'informations que la caution elle-même ignorait. Par un tel raisonnement, « *la haute juridiction fonde sa solution non pas véritablement sur la proportionnalité et la responsabilité, mais sur la détention de l'information détenue ou non par la banque : cette dernière n'est responsable que si possédant des informations négatives sur la situation financière de la caution, elle conclut quand même le contrat* »¹³⁰⁴.

506. Mais, par cette solution, la Cour de cassation a décidé de cantonner l'application du principe de proportionnalité, en écartant de son bénéfice les cautions dirigeantes¹³⁰⁵, un temps

¹³⁰¹ C. A. Amiens, 27 avr. 1999, *Banque et droit*, nov. 1999, p. 59, obs. J.-L. GUILLOT.

¹³⁰² D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc., n° 172, p. 144.

¹³⁰³ Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18619, *Bull. civ.* IV, n° 36 ; *RTD. civ.* 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; *JCP E*, 2002, 1730, note D. LGEAIS ; *CCC.*, 2003, n° 19, obs. L. LEVENEUR.

¹³⁰⁴ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 98, p. 74.

¹³⁰⁵ Cass. com., 5 nov. 2003, *BJS*, 2004, p. 220, note J.-F. BARBIERI : en l'espèce, une caution présidente du conseil d'administration et actionnaire majoritaire de la société s'était vu refuser le bénéfice de la disproportion par la Cour de cassation, au motif qu'elle n'avait pas pu démontrer, que la banque a eu « sur ses revenus, son patrimoine et ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès de l'exploitation de la société, des informations qu'elle-même aurait ignorées ».

assimilé aux cautions averties¹³⁰⁶. Plusieurs cautions profanes ont pu invoquer avec succès le principe de proportionnalité¹³⁰⁷. Aussi, la première chambre civile a-t-elle adopté ce régime de faveur qui réserve le bénéfice de la règle de proportionnalité aux seules cautions profanes, en admettant la responsabilité civile du créancier lorsque la disproportion a été constatée à l'égard de la caution non dirigeante¹³⁰⁸.

507. La restriction apportée par la Cour de cassation à travers l'arrêt *Nahoum* précité, donnant le droit aux seules cautions profanes de pouvoir invoquer la disproportion de leur engagement, va être remise en cause par le législateur. En effet, « *prenant le contre-pied de la jurisprudence Nahoum, le législateur, à l'occasion de la loi Dutreil pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, a inscrit dans le Code la consommation un article L. 341-4, devenu l'article L. 332-1, qui reprend à l'identique l'ancien article L. 313-10, devenu l'article L. 314-18, en l'étendant à toutes les cautions personnes physiques ayant souscrit un cautionnement auprès d'un créancier professionnel, quel que soit l'objet de la dette cautionnée* »¹³⁰⁹. En choisissant de « *voler au secours des cautions à l'occasion du vote de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique* »¹³¹⁰, par la généralisation de l'exigence de proportionnalité, le législateur a offert à toutes les cautions personnes physiques un moyen de défense particulièrement efficace pour échapper entièrement à leur obligation¹³¹¹.

508. Désormais, la haute juridiction ne semble plus subordonner l'application du principe de proportionnalité au caractère profane ou averti de la caution. Car, elle accorde désormais le bénéfice de l'ancien article L. 341-4 du Code la consommation aux dirigeants, cautions de la société débitrice¹³¹² ; et a même clairement indiqué que « *le caractère profane ou de dirigeant averti est indifférent pour l'application de ce texte* »¹³¹³. C'est dans cette perspective, qu'elle a censuré une cour d'appel qui avait écarté la disproportion au motif que la caution dirigeante avait des connaissances sur la situation financière de la société débitrice principale et sur

¹³⁰⁶ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc., n° 61, p. 103.

¹³⁰⁷ Cass. com., 25 mars 2003, *RDBF.*, juill.-août 2003, comm. 135, D. LEGEAIS ; Cass. com., 21 juin 2003, *RDBF.*, 2005, n° 167, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 17 déc. 2003, *D. Aff.* 2004, p. 208, note F. JACOB ; Cass. com., 18 mai 2005, *JCP E* 2005, 1860, n° 5, obs. Ph. SIMLER.

¹³⁰⁸ Cass. 1^{re} civ. 9 juill. 2003, *D.* 2004, Jur. 204, note Y. PICOD ; *RTD. civ.* 2004, 124, obs. P. CROCQ ; *JCP* 2003, II, 10167, note J. CASEY.

¹³⁰⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND *Droit des sûretés*, 7^e éd. Sirey, 2020, préc. n° 271, p. 203.

¹³¹⁰ D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc. p. 304. Par ailleurs, l'adoption de cette loi aurait dû être l'occasion pour abroger l'ancien article L. 3310-10 (devenu L. 314-18) du C. cons. qui fait double emploi avec l'ancien article L. 341-4, devenu article L. 332-1.

¹³¹¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 271, p. 203.

¹³¹² Cass. com., 13 avr. 2010, inédit, n° 09-66309 ; Cass. com. 14 déc. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 198 ; Cass. com. 13 mars 2012, inédit, n° 11-21966 ; Cass. 1^{re} civ. 4 mai 2012, *Bull. civ.* I, n° 97.

¹³¹³ Cass. com., 19 oct. 2010, inédit, n° 09-69203 ; Cass. com. 10 juill. 2012, inédit, n° 1116355.

l'opération garantie¹³¹⁴. S'agissant donc de la caution, il ne fait pas de doute que l'application de l'ancien article L. 341-4, devenu l'article L. 332-1 du Code de la consommation dépend de la seule qualité de personne physique¹³¹⁵ ; car ce texte pose un principe général de proportionnalité, sans distinction selon la personne physique et le crédit en cause. Cette solution est approuvée par des auteurs, qui estiment que « *dans la mesure où la décharge des cautions ayant souscrit un engagement manifestement disproportionné participe de la lutte contre le surendettement des particuliers et qu'il est légitime, au nom de la justice distributive et de la protection de la dignité humaine, de mettre à l'abri du risque d'endettement excessif et d'exclusion financière et sociale toutes les cautions personnes physiques, sans distinction tenant à leurs fonctions, à leurs compétences ou aux liens qu'ils entretiennent avec le débiteur principal* »¹³¹⁶. Cette analyse est convaincante dans la mesure où contrairement à la personne morale, la personne physique dispose d'une dignité qu'il faut préserver. C'est dans cette même perspective que s'inscrit l'article 2301 du Code civil, lorsqu'il énonce « qu'en toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet, de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L. 331-2 du Code de la consommation ». Cependant elle méconnaît le rôle important du cautionnement pour l'activité économique et l'intérêt de cette garantie pour le créancier. Pour éviter que l'exigence de proportionnalité au profit de toutes les cautions personnes physiques ne porte atteinte à l'efficacité de la garantie, il est nécessaire de moduler la sanction en fonction du niveau de compétence et d'information de la caution.

509. Depuis l'ordonnance du 25 mars 2016, c'est l'article L. 332-1 qui pose le principe de la proportionnalité en énonçant qu' : « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de la conclusion, manifestement disproportionné à ses bien et revenus, à moins que le patrimoine de la caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à cette obligation »¹³¹⁷. Autrement dit, sauf retour à meilleur fortune, le créancier ne peut pas appeler la caution en paiement, si l'engagement de celle-ci était manifestement disproportionné lors de la conclusion du contrat. Il s'agit là, malheureusement de la confirmation de l'abandon de la jurisprudence *Nahoum*, étant entendu que le nouveau texte ne tient pas compte de la qualité des

¹³¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 30 oct. 2013, inédit, n° 12-14982.

¹³¹⁵ Cass. 1^{re}, civ. 12 juill. 2012, inédit, n° 11-20192 ; Cass. com., 22 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 112.

¹³¹⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 273, p. 206.

¹³¹⁷ Ce nouveau texte de portée générale, fait double emploi avec L'article L. 314-18 du Code de la consommation (ancien article L. 313-10 du même Code). Son adoption aurait dû être l'occasion d'abroger les textes précédents précités et leur intégration dans le Code civil.

cautions¹³¹⁸. On pourrait se demander, si cette jurisprudence passée a de l'avenir¹³¹⁹. Et la généralité de la formule utilisée, caution « personne physique », devrait permettre d'appliquer le texte à toute personne engagée dans les liens d'un contrat de cautionnement. Mais cette solution qui ne tient pas compte de la qualité de la caution ne résout pas les difficultés d'application ; car, on peut constater que les juges ont néanmoins tendance à admettre plus aisément la disproportion lorsqu'elle est invoquée par une caution profane¹³²⁰. C'est pourquoi la commission de réforme du droit des sûretés présidée par Monsieur GRIMALDI avait proposé que l'exigence de proportionnalité ne s'impose qu'au bénéfice des cautions agissant à titre non professionnel¹³²¹. À l'occasion de la loi n° 2019-486, du 22 mai 2019, relative à la croissance et à la transformation des entreprises dite loi PACTE¹³²², il a été remis au goût du jour la réforme du droit des sûretés. L'avant-projet¹³²³ portant sur cette réforme a proposé dans son article 2301, l'exigence de proportionnalité au profit de la caution personne physique. Dès lors, on peut se rendre compte à quel point le débat sur la qualité de la caution bénéficiaire de la règle de la proportionnalité n'est pas épuisé et reste encore d'actualité.

510. S'agissant du créancier, alors que la disproportion du cautionnement ne concernait initialement que les établissements de crédit qui en bénéficiaient, l'article L. 341-4, devenu article L. 332-1 du Code de la consommation l'a étendue à tout « créancier professionnel », et non plus seulement aux établissements de crédit. En effet, l'article L. 341-4 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003, admet l'exigence de proportionnalité que pour un cautionnement conclu par une « personne physique » avec « un créancier professionnel », car il énonce qu'« un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de la conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenu (...) ». Ce texte, par la généralité de ces termes, appelle

¹³¹⁸ P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », préc. p. 311, n° 39.

¹³¹⁹ J.-F. BARBIERI, « Caution avertie et caution profane : la jurisprudence passée a-t-elle de l'avenir ? », *BJS*, juin 2007, n° 6, p. 713.

¹³²⁰ Cass. com., 2 nov. 2016, n° 14-27150, *BJS*, janv. 2017, p. 7, obs. C. JUILLET.

¹³²¹ Ph. SIMLER, « Les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* Sept. 2005, n° 140, p. 57 : la commission proposait de créer un nouvel article 2305 du Code civil selon lequel « le cautionnement souscrit à titre non professionnel par une personne physique est réductible s'il apparaît qu'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci, au moment où elle est appelée, ne lui permettent de faire face à son obligation » ; V. en ce sens P. CROCQ, « sûretés et proportionnalité », préc., n° 40, p. 311 ; également Ph. SIMLER, « Codifier ou récodifier le droit des sûretés personnelles », préc. p. 382.

¹³²² O. GOUT, « Quelle réforme pour les sûretés dans la loi Pacte ? », *AJCA*. 2019, 264 ; C. JUILLET, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme du droit des sûretés », *JCP N*, 31 mai 2019, p. 1208.

¹³²³ J. D. PELLIER, « Une certaine idée du cautionnement. À propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant », *préc.*, p. 686 ; A. GOUÉZEL, L. BOURGÉROL, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », préc. *D.* p. 678 ; G. PIETTE, D. NEMTCHENKO, « L'avant-projet de réforme du droit des sûretés », préc. n° 540 ; A. BEZERT, « L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant : un coup d'épée dans l'eau ? », préc. p. 48.

deux analyses. Premièrement, il s'éloigne du texte consumériste originel qui a introduit le principe de proportionnalité en droit du cautionnement et qui en faisait une application particulière aux cautions garantissant un crédit à la consommation ou un crédit immobilier au profit d'un établissement de crédit. Deuxièmement, ce texte au même titre que les autres dispositions de la loi précitée, a vocation à s'appliquer à tout créancier professionnel, d'une part, et n'est nullement réservé aux cautions ayant la qualité de consommateur, d'autre part. En conséquence, il nous apparaît de bon sens que ce texte par la généralité de ces termes ait bien sa place au sein du Code civil, qui demeure encore le droit commun du cautionnement¹³²⁴. Par ailleurs l'adoption de la notion de créancier professionnel n'est pas apparue très éclairante car elle prêtait à discussion¹³²⁵. En effet, la chambre commerciale avait considéré que les vendeurs qui ont cédé leurs fonds de commerce moyennant un prix payé pour partie par un crédit octroyé par eux n'ont pas commis de faute en faisant souscrire un engagement de caution prétendument disproportionné à ses revenus et patrimoine, dès lors qu'ils n'ont pas la qualité de créanciers professionnels¹³²⁶. Ainsi, les vendeurs de fonds de commerce, considérés comme des créanciers non professionnels, ne commettaient pas de faute lorsqu'ils faisaient souscrire à un engagement jugé excessif. Cette solution adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, a suscité dès lors une préoccupation, à savoir, que faut-il entendre par créancier professionnel ? Selon Monsieur GOUT, « *si à l'évidence, les établissements de crédit, professionnels du cautionnement, sont destinataires des nouvelles normes, il est possible d'avoir une lecture plus extensive de la notion de créancier professionnel*¹³²⁷. *Peuvent en effet entrer dans cette catégorie les créanciers qui souhaitent bénéficier d'une sûreté dans le cadre de leur activité professionnelle (...). La loi pour l'initiative économique, étant avant tout destinée à favoriser la création d'entreprise, il est possible de soutenir que les nouvelles règles protectrices visent à protéger celui qui obtenir du crédit pour créer ou développer son activité. Dès lors, seuls les établissements de crédit seraient les créanciers professionnels. Les deux approches pouvant être défendues* »¹³²⁸.

¹³²⁴ *Contra.*, D. LEGEAIS, « Le Code de la consommation, siège du nouveau droit du cautionnement », *JCP E* 2003, n° 282.

¹³²⁵ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc., n° 61, p. 104 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés*, préc., n° 174, p. 146 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 128, p. 93 ; le professeur SIMLER a même indiqué « qu'il s'agissait en somme, du professionnel créancier plutôt que du créancier professionnel », obs. sous C.A. Chambéry, 31 oct. 2006, *JCP E* 2007, I, 1776, n° 5.

¹³²⁶ Cass. com., 13 nov. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 236 ; *RDBF.*, 2008, comm. 9, obs. D. LEGEAIS.

¹³²⁷ La première chambre civile avait déjà retenu cette conception extensive de la notion de créancier lorsque dans un arrêt dont la question était relative justement à l'exigence de proportionnalité du cautionnement, elle avait qualifiée de créancier professionnel une société civile immobilière (SCI), vendeur professionnel qui n'était pas un établissement de crédit : Cass. 1^{ère}, civ. 10 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 200).

¹³²⁸ O. GOUT, « La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement », préc. n° 7, p. 27.

511. Mais, depuis un arrêt en date du 9 juillet 2009¹³²⁹, la Cour de cassation a apporté une précision à la notion de créancier professionnel, en décidant que « *le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se retrouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci pas principale* »¹³³⁰. Par cette décision, la Cour de cassation interprète largement la notion de créancier professionnel, en faisant prévaloir la conception extensive de la notion, à rebours d'une conception restrictive qui la limitait aux seuls créanciers dont l'activité est de fournir du crédit, c'est-à-dire les établissements de crédit¹³³¹. Ainsi, un garagiste¹³³² et une brasserie¹³³³ ont été qualifiés de créancier professionnel. Cette solution adoptée par la haute juridiction nous semble satisfaisante¹³³⁴ car « *l'exercice d'une profession permet de présumer la faute du créancier qui connaissait ou aurait dû connaître les facultés patrimoniales de la caution et pouvait, ou aurait dû pouvoir, mesurer les conséquences désastreuses d'un engagement excessif pour elle et dont le comportement déloyal ou imprudent légitime une sanction* »¹³³⁵. Peu importe donc la nature de l'activité professionnelle, ce qui compte c'est son rattachement à la créance cautionnée.

512. Le professionnel visé, c'est celui, sur qui « *pèsent des devoirs à raison de son entreprise, celui disposant de moyens de connaître et de faire respecter la loi, bref celui disposant d'un véritable pouvoir organisationnel* »¹³³⁶. Mais, à l'égard d'une caution profane ou non avertie, il nous paraît juste de retenir que la simple notion de créancier. La caution lorsqu'elle est profane, peut opposer à tout créancier l'exigence de proportionnalité et même à un créancier qui n'est pas professionnel du crédit¹³³⁷. Car pour nous, l'appréciation, voire le constat de la disproportion des facultés financières de la caution au regard de son engagement, ne nécessite pas des aptitudes spécifiques extraordinaires dont disposeraient les seuls créanciers

¹³²⁹ L'arrêt a été rendu à propos de l'inobservation du formalisme imposé par le Code de la consommation, notamment, pour le jeu de la solidarité du cautionnement ; mais il a vocation à s'appliquer aux cas dans lesquels la loi se réfère au créancier professionnel.

¹³³⁰ Cass. 1^{re}, civ. 9 juill. 2009, *Bull. civ. I*, n° 257 ; Cass. com., 10 janv. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 2 : un vendeur de matériaux de construction, ayant accordé des délais de paiement à ses clients en retour desquels il avait obtenu des garanties, a été qualifié de créancier professionnel ; Cass. 1^{ère}, civ. 11 mars 2014, *RDC* 2014, n° 3, p. 410, obs. A.-S. BARTHEZ.

¹³³¹ O. GOUT, « La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement », préc., n° 66, p. 24.

¹³³² Cass. 1^{re}, civ. 25 juin 2009, n° 07-21506.

¹³³³ Cass. 1^{re}, civ. 9 juill. 2009, n° 08-15910.

¹³³⁴ Voir, C. MOULY, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, préc., n° 127 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc. n° 2461. D'ailleurs cette définition donnée à la notion de créancier était déjà celle proposée par le professeur L. AYNES, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr.* 2003, n° 120, p. 29.

¹³³⁵ D. FENOUILLET, « Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc. p. 315.

¹³³⁶ L. AYNES « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *ibid.* p. 29.

¹³³⁷ Cass. 1^{ère}, civ. 10 mai 2005, *RDBF*, juill.-août 2005, comm. 128, D. LEGEAIS : qui précise que la caution pouvait opposer l'exigence de proportionnalité à un créancier qui n'était pas professionnel du crédit.

professionnels. Et nous saluons la proposition faite dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri-Capitant, qui ne retient pas la qualité du créancier¹³³⁸, bénéficiaire du cautionnement. En effet, il propose d'énoncer dans un article 2301 du Code civil que « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et patrimoines de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ». L'abandon de la condition tenant à la qualité de créancier professionnel est une bonne évolution, car aucune compétence n'est nécessaire pour constater la disproportion entre le patrimoine et les revenus de la caution et le montant de son engagement¹³³⁹. S'agissant d'une disproportion manifeste, elle « *doit sauter aux yeux de tout créancier normalement diligent* »¹³⁴⁰ ou bien, la disproportion à considérer « *doit en quelque sorte crever les yeux* »¹³⁴¹, c'est-à-dire être d'une gravité telle qu'elle ne peut échapper à aucun créancier ; surtout que ce dernier, est en droit d'exiger tous informations et documents pouvant lui permettre une bonne et saine évaluation des capacités financières de la caution, sauf mauvaise foi de cette dernière. Et « *le créancier qui sollicite une caution a donc tout intérêt à conserver un document signé par elle mentionnant ses ressources et son patrimoine* »¹³⁴², au moment où celle-ci s'engage afin de mieux apprécier la capacité de celle-ci à souscrire.

2- Le moment d'appréciation de la disproportion

513. La disproportion concerne le déséquilibre important, susceptible d'exister entre l'étendue de l'engagement de la caution et sa capacité financière, lui permettant d'honorer son engagement. Et l'article L. 313-10¹³⁴³, devenu L. 314-18 du Code de la consommation, puis L. 332-1 du même code s'intéressent au cautionnement « conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus ». C'est-à-dire l'obligation de couverture, qui garantit *ab initio* par la caution devra être

¹³³⁸ J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés est en marche ! », *Dalloz actu.*, juin 2018.

¹³³⁹ *Contra*, M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, préc. n° 493 et s. p. 289 et s., où l'auteur écrit que « pour tenir compte des compétences dont il faut disposer pour apprécier la corrélation entre le patrimoine et l'engagement de la caution personne physique, c'est au seul créancier professionnel de crédit qu'il faudra imposer l'observation de l'exigence de proportionnalité ».

¹³⁴⁰ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 171, p. 142.

¹³⁴¹ D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc., n° 1201.

¹³⁴² D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 171, p. 142.

¹³⁴³ Ce texte, issu de la loi *Neiertz* n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, est celui qui, pour la première fois a introduit dans le droit du cautionnement français, l'exigence de proportionnalité entre les facultés financières de la caution au moment de la conclusion du contrat de cautionnement et le montant de son engagement.

manifestement excessive au regard de son patrimoine¹³⁴⁴. Il doit découler de cette mise en relation, un déséquilibre grave, « manifestement excessif », dont le moment d'appréciation interroge. Ainsi se pose la question suivante : la disproportion entre la capacité financière de la caution et le montant de l'engagement qu'elle a souscrit doit-elle s'apprécier à la formation du contrat, au cours de la vie de la garantie ou au moment où elle est appelée en exécution ? Car, l'article L. 341-4, devenu article L. 332-1 du Code de la consommation dispose qu' « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné (...), à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

514. L'appréciation de la capacité financière de la caution au regard du montant de son engagement est soumise à deux moments : à celui de la formation du contrat de cautionnement, d'une part, et celui de l'exécution, précisément le moment où la caution est appelée à exécuter son obligation. En effet, le législateur français prévoit que « *la disproportion paralysante s'apprécie au moment de la conclusion de l'engagement de la caution par rapport à l'ensemble de ses biens et revenus* »¹³⁴⁵ et au moment où la caution est appelée à exécuter son obligation, de telle sorte que la disproportion qui a existé au moment de la formation du contrat ne sera pas sanctionnée, si la caution fait fortune et qu'au moment de l'exécution, celle-ci lui permette d'exécuter son engagement. La disproportion initiale, dont l'engagement était frappé, est couverte par le retour à meilleure fortune¹³⁴⁶ de la caution. Cette appréciation se fait donc, d'une part, au moment de la conclusion du contrat, le créancier commettant une faute s'il exige de la caution un engagement manifestement excessif¹³⁴⁷, d'autre part, au moment de la demande d'exécution de l'obligation de règlement, quand la caution est appelée¹³⁴⁸, sa solvabilité étant

¹³⁴⁴ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc., n° 109, p. 89.

¹³⁴⁵ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc., n° 1200, p. 836.

¹³⁴⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 274, p. 206 ; D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 172 p. 144.

¹³⁴⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 277, p. 213, qui proposent de remplacer le mot « manifestement » par « significativement » car disent-ils ce dernier adverbe présente un caractère quantitatif plus marqué, au regard duquel, la disproportion pourrait être plus sûrement écartée, notamment lorsque l'engagement de la caution est pratiquement du montant de son patrimoine » ; V. également dans le même sens J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés est en marche ! Étude d'impact du PACTE », *Daloz actu.*, 25 juin 2018, « les textes actuels comme l'avant-projet se réfèrent à un cautionnement « (...) l'adverbe choisi n'est peut-être pas le plus adapté (...), l'idée est qu'une disproportion légère ne doit pas être prise en compte ; seules les disproportions les plus graves, les plus importantes, méritent sanction. Dès lors, l'adverbe « significativement » - déjà connu en matière de clauses abusives - pourrait être préféré ».

¹³⁴⁸ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc., n° 61, p. 104 ; Cass. com., 27 mai 2014, arrêt n° 13-15038, *JCP* 2014, 889, note C. ALBIGES ; *GP*. 9 oct. 2014, obs. S. PIEDELIEVRE, la chambre commerciale a décidé que la caution devait s'exécuter dès lors qu'elle peut faire face à son obligation, lorsqu'elle est appelée, la vente d'un bien immobilier lui permettant de respecter son engagement au moment où elle est poursuivie en paiement.

également appréciée¹³⁴⁹. Autrement, la caution ne peut se prévaloir de la disproportion de son engagement que si, au moment de la conclusion, son obligation de couverture était telle qu'elle n'aurait jamais pu honorer son obligation de règlement, situation ayant perduré pendant toute la durée du cautionnement jusqu'à l'exécution¹³⁵⁰. Prévoir que la disproportion s'apprécie aussi bien lors de la formation que de l'exécution du contrat de cautionnement, c'est méconnaître d'une part, le cas où « *la situation financière de la caution se dégrade postérieurement à la signature de son engagement de sorte que l'on se retrouve en présence d'un engagement de caution, qui bien que non disproportionné au jour de sa souscription l'est devenu au regard des capacités de la caution au moment où celle-ci est appelée* »¹³⁵¹. D'autre part, on prive l'exigence de proportionnalité de sa « *fonction prophylactique (...) dont l'objectif consiste notamment à prévenir les abus des professionnels* »¹³⁵², lorsque la caution, revenue à meilleure fortune, n'a plus la possibilité d'invoquer la disproportion ayant existé *ab initio*. Le créancier échappe à la sanction alors qu'il a commis une faute en acceptant un cautionnement initialement excessif. Cela rend « *la protection de la caution incomplète dans la mesure où un cautionnement excessif peut produire des effets si la caution est solvable au jour de la poursuite du créancier* »¹³⁵³.

515. En dépit de ces observations, la préservation de l'efficacité de la garantie semble l'emporter sur la protection de la caution. En effet, il apparaît pour certains, tout à fait justifier que la caution exécute l'engagement pris, dès lors qu'elle est en mesure de le faire, notamment au moment où elle est appelée en paiement. Lui permettre d'échapper à son obligation alors qu'elle a la capacité financière de s'exécuter, contribue à affaiblir la garantie¹³⁵⁴. Pourtant, le créancier, lui, échappe à toute sanction, malgré sa mauvaise foi¹³⁵⁵ qui a consisté à accepter en toute conscience un engagement disproportionné, dès lors qu'il peut établir que la caution « *est en mesure de payer lors de la poursuite* »¹³⁵⁶. Par ailleurs, la chambre civile de la Cour de cassation a souligné que l'appréciation de la disproportion relevait du pouvoir souverain des

¹³⁴⁹ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc., n° 109, p. 83.

¹³⁵⁰ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc., n° 514, p. 299.

¹³⁵¹ O. CUPPERLIER, A. GORNY, « L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique : Réflexions et statistiques », *JCP N.* 2004, 1540, n° 13, p. 1683.

¹³⁵² D. FENOUILLET, « Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc., p. 315.

¹³⁵³ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 171, p. 143.

¹³⁵⁴ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc. n° 517, p. 300.

¹³⁵⁵ Selon les termes mêmes de l'arrêt *Macron* (Cass. com., 17 juin 1997, *JCP E* 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS), la banque créancière est considérée de mauvaise foi lorsqu'elle accepte un contrat de cautionnement manifestement disproportionné par rapport au revenu et au patrimoine de la caution.

¹³⁵⁶ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 171, p. 143.

juges du fond¹³⁵⁷, d'où l'absence d'un seuil identique, et imprévisible¹³⁵⁸ au gré des décisions rendues par les juridictions inférieures¹³⁵⁹. Toutefois, les hauts magistrats restent vigilants quant au respect de l'exigence légale de la disproportion manifeste du cautionnement et vérifient les éléments d'appréciation. Il nous apparaît judicieux, d'organiser le régime du cautionnement, notamment ici, l'exigence de solvabilité en considération de la qualité de la caution. La prise en compte de la qualité de la caution « *doit innover le droit du cautionnement. Certes, une telle position est contestée (...), pourtant l'efficacité du cautionnement ne saurait se satisfaire d'une organisation unique de son régime. Le principe de proportionnalité comme tout le régime juridique du cautionnement ne peut et ne doit être régi que selon que la caution est un profane ou un averti* »¹³⁶⁰. Certaines juridictions de fond semblent sensibles à une telle démarche, dès lors qu'un dirigeant caution, sans expérience commerciale, reconvertie dans un domaine qui n'était pas connu de lui, a été jugé de profane¹³⁶¹. Lorsque la caution est considérée comme profane, le juge semble retenir plus facilement la disproportion de l'engagement, car, « *il y a une appréciation ratione personae de la disproportion faite par le juge, qui en étudiant la situation de la caution, opère un basculement d'une appréciation objective vers une appréciation subjective de la disproportion* »¹³⁶². Le législateur français ne semble pas s'orienter dans cette voie, au regard de l'avant-projet de réforme des sûretés contenu dans la loi PACTE du 22 mai 2019.

516. Lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre le montant de l'engagement de la caution et sa capacité financière, cela produit des effets très importants sur l'existence même du cautionnement.

B- Les effets de la disproportion

517. L'équilibre et l'efficacité du cautionnement commandent la nécessité de prévoir une exigence de proportionnalité entre les facultés financières de la caution et l'étendue de son engagement. Mais cette exigence de proportionnalité atteindra son objectif que si elle est

¹³⁵⁷ Cass. 1^{re}, civ. 4 mai 2012, inédit n° 11-11464, *RTD. com.* 2012, p. 602, obs. D. LEGEAIS.

¹³⁵⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc.n° 275, p. 208.

¹³⁵⁹ À titre d'illustrations : a été jugé disproportionné un engagement limité à 24000 euros souscrit par une caution dont l'avis fiscal révélait la perception annuelle de 10391 euros comme revenu et l'absence d'un revenu patrimonial (Paris 1^{er} juin 2007, RG n° 05/22456). Par contre, la disproportion a été écartée à propos d'un cautionnement pour un montant de 20000 euros pesant sur une caution dont le salaire était de 1500 euros et qui remboursait déjà un emprunt (Toulouse, 9 mai 2006, RG n° 05/04198).

¹³⁶⁰ M. ZIO, *Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation*, Thèse préc. n° 519, p. 301.

¹³⁶¹ C.A. CAEN, 20 juin 2002, *RDBF.*, sept.-oct. 2002, p. 255, obs. D. LEGEAIS.

¹³⁶² G. MARRAUD DES GROTTES, note sous cass. com. 17 déc. 2003, *RLDA* 2004, n° 2, p. 28, cité par M. ZIO, Thèse préc., *ibid.*

assortie d'une sanction claire et dissuasive de sorte que le créancier s'y conforme. À ce propos, le législateur français à travers l'article L. 341-4, devenu article L. 332-1 du Code de la consommation, prévoit comme sanction de la disproportion constatée, la paralysie du cautionnement. Ainsi, le texte précité indique-t-il que « le créancier professionnel ne peut se prévaloir du cautionnement disproportionné (...) », à moins d'un retour à meilleure fortune de la caution au moment où elle est poursuivie. Recourir à une telle formule, emporte le risque d'entretenir « *un flou* »¹³⁶³, qui serait de nature à créer une intervention abondante et un contentieux très fourni sur la question de la nature de la sanction. La doctrine, majoritairement, estime qu'il s'agit d'une déchéance¹³⁶⁴ qui paralyse totalement les droits du créancier, qu'elle trouve disproportionnés. trouve ¹³⁶⁵

518. À l'occasion d'un arrêt en date du 22 octobre 1996, la Cour de cassation a apporté une précision à cette sanction en indiquant qu'il ne s'agissait pas d'une nullité¹³⁶⁶. Mais, il nous apparaît que l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de l'engagement de la caution n'est pas la seule sanction qui frappe l'inobservation de l'exigence de proportionnalité. En effet, dans l'arrêt *Macron* précité, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité de l'établissement de crédit, pour manquement à son obligation de bonne foi parce qu'elle avait fait souscrire à la caution, dirigeante, un engagement sans rapport avec son patrimoine et ses revenus. La sanction a consisté à condamner le créancier à payer des dommages et intérêts, qui devraient se compenser avec le montant dû par la caution au titre de son engagement. La solution des juges consistait « à supprimer l'excès et non de libérer la caution »¹³⁶⁷. Il fallait « dissuader les créanciers qui agissaient dans un cadre professionnel de faire un usage abusif du cautionnement »¹³⁶⁸.

¹³⁶³ D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc., n° 1205, p. 840.

¹³⁶⁴ N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit* mai-juin 2000, n° 12, p. 7 ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 61, p. 105 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 276, p. 212 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc. n° 110, p. 84 : qui parlent à juste titre de « déchéance conditionnelle » ; S. PIEDELIEVRE, « Le cautionnement excessif », n° 13-14, p. 849 ; V. AVENA-ROBARDET, « Réforme inopinée du cautionnement », J. FRANÇOIS, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, préc. n° 144, p. 124 ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préc., n° 104 ; L. AYNES, « Cautionnement excessif : application dans le temps de la sanction légale », n° 155, p. 22 et s. ; Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc., n° 463, p. 485 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 171, p. 143 ; G. PIETTE, « La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. et patr.*, n° 127, p. 44.

¹³⁶⁵ G. PIETTE, « La sanction du cautionnement disproportionné », préc., n° 127, p. 47.

¹³⁶⁶ Cass., 1^{re}, 22 oct. 1996, *Bull. civ. I*, n° 362.

¹³⁶⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 269, p. 202.

¹³⁶⁸ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, préc. n° 61, 105.

519. À l'analyse de ce qui précède, la disproportion du cautionnement peut être sanctionnée par la décharge de la caution¹³⁶⁹, par l'engagement de la responsabilité civile du créancier¹³⁷⁰, par l'inopposabilité de l'engagement disproportionné¹³⁷¹ à la caution et par la déchéance encourue par le créancier¹³⁷². Cette diversité dans la détermination de la sanction ne nous semble pas suffisante à dissuader les créanciers qui tenteraient de s'en affranchir. De même une sanction unique n'est pas à préconiser au regard de la diversité des situations. Nous préconisons l'adoption d'une sanction qui tienne compte de la qualité des cautions, une sanction subjective liée à la situation personnelle de la caution. Par ailleurs, la jurisprudence rajoute à la confusion qui entoure la sanction en cas de disproportion, lorsqu'elle assimile la mise en garde de la caution¹³⁷³ contre un risque du contrat de cautionnement au fait pour le créancier d'accepter un cautionnement disproportionné.

520. En effet, l'interdiction de solliciter un cautionnement disproportionné ne serait rien d'autre qu'un prolongement, voire une application de l'obligation de mise en garde¹³⁷⁴. D'ailleurs, un auteur avait déjà fait une telle analyse, en expliquant que « *le devoir de ne pas contracter de cautionnement disproportionné prolonge (...) le devoir de mettre en garde la caution contre le cautionnement d'un prêt excédant les capacités du débiteur : il implique, en effet, une même idée de vérification de la capacité d'endettement d'un débiteur et de sanction des engagements disproportionnés* »¹³⁷⁵. Mais, ce lien entre le devoir de mise en garde et l'exigence de proportionnalité ne nous semble pas pertinent parce qu'il prive la caution d'un moyen efficace d'extinction de son engagement. En sus, l'exigence de proportionnalité impose au créancier de veiller à ce qu'il s'établisse un rapport entre l'étendue de l'engagement de la caution et les capacités financières de la caution et non de l'alerter sur le risque pris en s'engageant. Le non-respect de l'exigence de proportionnalité serait plutôt, la manifestation

¹³⁶⁹ D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc. n° 1205, p. 809.

¹³⁷⁰ Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 88 ; *JCP E* 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, « De l'utilité de la responsabilité pour assurer l'équilibre intérêts des contractants », *RTD. com.* 1999, p. 327.

¹³⁷¹ C. ATIAS, « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation, l'impossibilité de se prévaloir d'un engagement valable », *D.* 2003, n° 14, p. 2620.

¹³⁷² D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc., p. 314.

¹³⁷³ Cass. com., 3 mai 2006, *JCP E* 2006, 1890, obs. D. LEGEAIS.

¹³⁷⁴ Cass. com. 30 juin 2009, inédit, n° 08-10719 : « M.X... était le gérant de la société qui a mis en place le plan de lotissement et a obtenu à cet effet un crédit d'accompagnement lotisseur garanti par lui ; que la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que M.X... était une caution avertie, ce dont il résulte que la banque n'était pas tenue à son égard d'un devoir de mise en garde à raison de la proportionnalité des engagements à ses biens et revenus, a légalement justifié sa décision ».

¹³⁷⁵ Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préc., n° 97.

d'un manquement du créancier à son obligation de contracter de bonne foi¹³⁷⁶. Car, nous pensons que ce n'est pas être de bonne foi, de faire souscrire à une personne un engagement dont on sait, qu'au regard de ses capacités financières, elle ne serait pas en mesure de s'exécuter. Un tel comportement, inexcusable, se produit parce que « *dans la psychologie du créancier, la garantie vient avant la créance (...). Et tout créancier, et plus encore le créancier professionnel qui dispose de du temps et des moyens, fera flèche de tout bois pour se garantir. Quitte parfois à se raccrocher à un fétu de paille, mais, pour qui a constamment en tête le risque de naufrage, tout est bon* »¹³⁷⁷. Quoiqu'il en soit, « *le bénéfice de disproportion est instauré en faveur de la caution. Et par voie de conséquence, le créancier se voit, investir afin de respecter le patrimoine de la caution. L'objectif du législateur est clair en enrayant les cautionnements disproportionnés, la loi vise à protéger les cautions et leur liberté patrimoniale en les empêchant d'obérer gravement leur avenir* »¹³⁷⁸.

521. C'est pourquoi le législateur prévoit que le créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un engagement disproportionné, qui en réalité devient inefficace. En d'autres termes, la caution est déchargée de son obligation et le créancier est privé ou est déchu de son droit de poursuite. « *Généralement définie comme la perte d'un droit encourue à titre de sanction, la déchéance va priver le cautionnement de toute efficacité puisque son titulaire, le créancier est privé du droit de le mettre en œuvre. (...). C'est un système de tout ou rien. Cette sanction n'est donc pas modulable : soit le cautionnement s'inscrit dans des proportions raisonnables au regard du patrimoine de la caution et il devra être exécuté par cette dernière. Soit le cautionnement est disproportionné, et le créancier en perdra intégralement le bénéfice* »¹³⁷⁹. Cette sanction a été qualifiée de « *radicale* »¹³⁸⁰ car, elle ne serait pas conforme à l'idée « *d'une sanction proportionnée pour lutter contre la disproportion* »¹³⁸¹. S'il est permis de craindre que cette sanction de la déchéance provoque un délaissement de la sûreté dans le sens où « *le cautionnement étant la sûreté de ceux qui n'ont rien et ne peuvent offrir une sûreté réelle, sa désaffectation par des créanciers échaudés pourrait bien provoquer un ralentissement des crédits consentis aux personnes peu fortunées* »¹³⁸², il faut néanmoins, noter que cette sanction n'est

¹³⁷⁶ D. LEGEAIS, droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 172, p. 144.

¹³⁷⁷ Ph. THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », préc. p. 53.

¹³⁷⁸ G. PIETTE, « La sanction du cautionnement disproportionnée », préc. n° 127, p. 44 et s.

¹³⁷⁹ G. PIETTE, *ibid.*

¹³⁸⁰ M. ZIO, Thèse préc. n° 533, p. 309.

¹³⁸¹ J. RAYNAUD, « La solvabilité de la caution », *LPA*, 21 janv. 2000, n° 15, p. 12.

¹³⁸² J. RAYNAUD, *ibid.*

pas définitive puisqu'elle disparaît, si la caution s'enrichit et si le créancier est capable d'apporter la preuve au moment de la poursuite, que la caution peut s'exécuter. Il en résulte que la protection de la caution n'est pas totale dans la mesure où un cautionnement, même jugé excessif, peut produire des effets si la caution est solvable au jour de la poursuite engagée par le créancier. L'article L. 341-4, devenu article L. 332-1 du Code de la consommation ne permet pas d'envisager une autre sanction que celle de la déchéance, à laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation a apporté des précisions dans un arrêt en date du 22 juin 2010. En l'espèce, un dirigeant, personne physique, s'était porté caution de sa société. Ayant retenu la disproportion, la Cour d'appel en avait déduit que le créancier était privé de la possibilité de se prévaloir de ce cautionnement. Pour rejeter le pourvoi du créancier, la haute juridiction a estimé, d'une part, que l'article L. 341-4 du Code de la consommation s'applique à tout cautionnement conclu par une personne physique avec un créancier professionnel et, d'autre part, que « *la sanction, qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion* »¹³⁸³. Il s'agirait d'une décharge totale de la caution en cas de disproportion. Le texte précité, qui n'a donc pas vocation à se référer aux principes d'application de la responsabilité contractuelle¹³⁸⁴, consacre clairement « *l'abandon de la jurisprudence Macron fondée sur la responsabilité civile* »¹³⁸⁵. L'engagement excessif de la caution n'est pas réductible, il doit être frappé d'inefficacité, c'est-à-dire qu'il doit totalement être privé d'effet¹³⁸⁶. Cette sanction n'est pas retenue par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés comme prévu à l'occasion de l'adoption de la loi PACTE. En effet, l'article 2301 de la réforme modifie la sanction en adoptant la réductibilité de l'engagement au lieu de son inefficacité pure et simple¹³⁸⁷. Cette solution est la traduction d'un probable retour à la jurisprudence *Macron*, qui parvenait à ce qui résultait par le jeu des dommages et intérêts et de la compensation. Si tel devait être le cas, il serait pertinent que la haute juridiction prenne de la distance à l'égard de la lettre de l'article L. 332-1 du Code de la consommation en introduisant une sanction modulée qui tienne compte de la qualité de la caution à l'instar de celle qui avait prévalu pour les jurisprudences *Macron* ou *Nahoum* ou celles concernant les arrêts rendus en matière de mise en garde.

¹³⁸³ Cass. com. 22 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 112 ; Cass. com. 20 avr. 2017, inédit n° 15-16691 ; Cass. com. 28 mars 2018, inédit, n° 16-25651.

¹³⁸⁴ Cass. com. 22 juin 2010, *D.* 2010, 1985, note D. HOUTCIEFF ; *RTD. civ.* 2010, 594, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 2010, 1678, obs. D. LEGEAIS.

¹³⁸⁵ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 174, p. 146

¹³⁸⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 276, p. 212.

¹³⁸⁷ J.-D. PELLIER, « La réforme du droit des sûretés en marche ! Étude d'impact du PACTE », préc.

522. Par ailleurs, si l'inefficacité du cautionnement prévu par le Code de la consommation n'est pas une sanction définitive, donc pas totalement satisfaisante, la réductibilité ne nous paraît pas efficace au regard de l'objectif d'exigence de proportionnalité. En effet, le texte ne dit pas dans quelle mesure la réduction devrait s'opérer ; mais on pourrait penser qu'elle se fera en proportion des facultés financières de la caution. Ainsi, on se rend compte qu'avec une telle sanction la caution sera tenue toujours de payer quelque chose ; ce qui, pour nous, n'est pas de nature à dissuader le créancier à exiger d'elle un engagement hors de proportion avec ses revenus et patrimoine. Alors qu'il nous paraît, qu'en agissant ainsi, le créancier commet un abus, dont la sanction devrait consister à le priver du droit d'exiger un quelconque paiement à la caution, surtout lorsque cette dernière, ignorante, n'est pas en mesure d'appréhender la disproportion de son engagement, comme peut l'être très souvent la caution profane ou non avertie. Avec une telle sanction, la caution paiera, quoi qu'il arrive. Cette sanction pose une difficulté car «...l'engagement de la caution est réduit à hauteur de ce qu'elle est en mesure de payer. Autrement dit encore, la caution est dispensée de payer ce qu'elle est de toute manière dans l'incapacité de payer. Dans l'autre sens, le créancier est privé du droit de réclamer une somme dont il ne pourrait de toute façon pas obtenir le recouvrement ! Qu'apporte alors le texte ? Où est la sanction pour le créancier ? Qu'il respecte ou non l'exigence de proportionnalité, le résultat sera le même : il récupérera tout ce que la caution est en mesure de lui verser et seulement cela. Il n'y a plus aucun effet dissuasif. Dès lors le créancier n'a plus intérêt à respecter cette exigence qui est privée de toute portée »¹³⁸⁸.

523. L'exigence de proportionnalité est une règle destinée à instaurer un équilibre dans les rapports entre les parties au contrat de cautionnement, d'où son utilité pour la relation contractuelle. Elle permet de prévenir un éventuel surendettement de la caution, mais aussi faciliter l'exécution efficiente de la garantie pour le créancier. S'il faut reprocher au créancier le fait de créer un déséquilibre en acceptant un cautionnement disproportionné ; la caution n'est pas exempte de tout reproche dans la souscription d'un tel cautionnement. Car, elle peut tout à fait refuser un engagement dépassant considérablement ses capacités financières et susceptibles d'obérer gravement son patrimoine. Si un tel argument est valable à l'égard d'une caution avertie, par contre elle est difficilement soutenable lorsque le garant est une caution profane. Cette dernière, convaincue qu'elle ne sera jamais appelée en paiement, n'a pas nécessairement vis-à-vis de son patrimoine plus d'égards. C'est pourquoi le choix d'une sanction suivant la

¹³⁸⁸ J.-D. PELLIER, *ibid.*

qualité de la caution, est préférable. Si la situation de la caution profane mérite plus de bienveillance, de rigueur dans la protection, il n'en est pas forcément ainsi pour la caution avertie. Dès lors, la sanction actuelle de la déchéance mérite d'être maintenue pour la seconde tandis que la première pourrait, nous semble-t-il, se prévaloir de la nullité du cautionnement disproportionné. En recourant à la déchéance, on prive d'effet le cautionnement, qui devient inefficace et son bénéficiaire déchu du droit d'en exiger l'exécution. Cette sanction implique que *« le bénéfice de disproportion n'aurait pas d'effet extinctif : la disproportion n'entraînerait que la paralysie du cautionnement »*¹³⁸⁹. Le créancier professionnel recouvre son droit de poursuivre contre la caution, si la situation financière de celle-ci lui permet de s'exécuter *« en dépit d'une disproportion initiale contemporaine à la formation de la sûreté »*¹³⁹⁰. En revanche, adopter la nullité comme sanction en cas de disproportion, ferait du principe de proportionnalité une condition de formation du contrat¹³⁹¹ de sorte que le cautionnement frappé d'un vice initial, serait nul dès sa formation. *« La nullité qui correspond, en principe, à la formation du contrat est normalement encourue en cas de violation d'une condition de validité du contrat »*¹³⁹². Cette sanction avait été retenue par une juridiction de fond, qui a été censurée par les hauts magistrats qui ont considéré que *« la faute du créancier à l'égard de la caution ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages et intérêts à la mesure du préjudice ; qu'en prononçant l'annulation des trois contrats de cautionnement signés par M. et Mme GOUBIN le 17 mai 1988, après avoir relevé que la banque avait commis une faute à l'égard des cautions en leur faisant souscrire des engagements hors de proportion avec leurs ressources et la consistance de leur patrimoine, la cour d'appel, qui a par ailleurs expressément écarté tout vice du consentement susceptible d'entraîner une annulation des engagements, a violé les articles 1147 et 2037 du Code civil »*¹³⁹³. *« Néanmoins, la sanction de la nullité présente l'avantage essentiel d'être prédéterminée dans sa nature et d'être suffisamment dissuasive. Elle apporte de la prévisibilité au droit du cautionnement en obligeant le créancier professionnel, dès la formation du contrat, à faire preuve de bonne foi, respectant ainsi la nécessité de l'équilibre contractuel (...), qui interdit à ce dernier de solliciter un cautionnement dont l'exécution est susceptible de conduire la caution à une ruine certaine. Certes, on peut craindre que cette sanction radicale provoque une désaffection pour le cautionnement, mais l'on pourrait circonscrire cette sanction à la*

¹³⁸⁹ D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc. n° 1207, p. 839.

¹³⁹⁰ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc. n° 548, p. 316.

¹³⁹¹ *Contra*. V. Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 61, p. 104, où l'auteur explique que *« la solvabilité de la caution ne constitue pas une véritable condition de validité dans la mesure où le cautionnement ne sera pas privé d'efficacité si, à l'échéance, la caution peut faire face à ses engagements »*.

¹³⁹² S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, préc. n° 190, p. 89.

¹³⁹³ Cass. 1^{re}, civ. 6 avr. 2004, n° 01-10926, *Bull. civ.* I, n° 110, *D.* 2004, act. jurisp. p. 1232.

seule caution dont la protection participe à l'équilibre de la garantie et dont l'appréciation du patrimoine révèle une certaine importance pour l'utilité de la sûreté. En d'autres termes, la sanction de la nullité ne trouverait à s'appliquer qu'en présence de la caution profane, personne physique »¹³⁹⁴.

524. La nullité comme sanction de la disproportion ne rencontre pas à l'évidence une adhésion générale car il est reproché à cette sanction de provoquer, elle-même, une disproportion ayant pour effet d'entraîner une désaffection pour cette sûreté. Même lorsque *« certaines juridictions ont opté pour la nullité : la Cour régulatrice a considéré que le cautionnement manifestement disproportionné n'était pas nul (...), son bénéficiaire ne pouvait s'en prévaloir »¹³⁹⁵*. Il s'agit d'une sanction qui prive le créancier de sa garantie alors que *« la gravité de la faute commise par le créancier ne justifie pas une sanction aussi lourde que la disparition du cautionnement. Les abus les plus graves, les excès les plus fréquents relèvent à l'évidence de la mauvaise foi du créancier. En revanche, dans la plupart des hypothèses, le cautionnement est disproportionné sans pourtant être la conséquence d'une faute grave commise par le créancier. L'estimation inexacte de la valeur d'un bien appartenant à la caution, une croyance erronée dans ses perspectives d'avenir financier, une mauvaise projection de l'évolution de ses revenus sont autant de causes possibles de disproportion du cautionnement. La faute commise par le créancier dans ce genre d'hypothèses ne justifie-t-elle pas la disparition pure et simple de la sûreté »¹³⁹⁶*. Cependant, la sanction de la nullité a le mérite d'être dissuasive et donc d'attirer suffisamment l'attention du créancier. La crainte de la perte irrémédiable et définitive de sa garantie en cas de disproportion l'amènera à procéder à *« une appréciation sérieuse et efficiente des facultés contributives de la personne physique caution profane avant son engagement »¹³⁹⁷*.

¹³⁹⁴ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc. n° 317, p. 549.

¹³⁹⁵ D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc., n° 1206, p. 838.

¹³⁹⁶ G. PIETTE, « La sanction du cautionnement disproportionné », préc., n° 127, p. 44 et s.

¹³⁹⁷ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc. n° 552, p. 318.

Conclusion du chapitre 1

525. Il est indéniable le rôle essentiel que jouent les règles de fond dans la protection de la caution profane. Leur mise en œuvre doit nécessairement tenir compte de la particularité de cette catégorie de cautions que le législateur n'a pas entendu consacrer. Tantôt, il faut se référer au droit commun, tantôt au droit propre du cautionnement et ce va-et-vient est de nature à brouiller la protection nécessaire de cette caution. C'est en cela que sous l'influence du droit de la consommation, il s'est développé le formalisme informatif visant à éclairer le consentement de la caution dont la finalité réside dans la protection de cette dernière.

CHAPITRE 2

LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE PAR LE FORMALISME

526. « *La forme d'un contrat est considérée comme l'expression extérieure de la volonté des contractants. Elle est librement choisie par les parties* »¹³⁹⁸. Ainsi, les actes juridiques étaient dans les anciennes législations rigoureusement formalistes¹³⁹⁹ car, leur validité était soumise en principe, à l'observation des règles de forme. « *A priori, la forme peut revêtir des aspects divers, suivant les pays et les époques. Ainsi, en droit romain, elle se manifestait par la présence de témoins ou par le prononcé de formules sacramentelles. En droit moderne, la forme consiste en général dans l'établissement d'un écrit, soit authentique, soit sous seing privé. Parfois la loi exige que le contrat soit établi par acte authentique : la solennité consistera alors dans l'obligation de recourir à un notaire pour la rédaction du contrat. Mais, le plus souvent, on se contentera d'imposer, à titre de forme, l'établissement d'un acte sous seing privé. Suivant les cas, ces formes sont imposées dans un souci de protection des parties, ou des tiers, ou de l'ordre public* »¹⁴⁰⁰.

527. Sous l'influence de l'autonomie de la volonté, le formalisme a connu un certain amoindrissement au profit du consensualisme¹⁴⁰¹, lequel est censé procurer au contrat une perfection indiscutable dès le seul échange des consentements. Acquis dans le droit français depuis le XVI^e siècle, ce principe a été maintenu à l'article 1172, alinéa 1, nouveau du Code civil, qui dispose que « les contrats sont par principe consensuels ». Sauf, pour un certain nombre de conventions, pour lesquelles en plus de l'échange des consentements, il est exigé le respect de certaines formes pour qu'elles soient déclarées valables. La loi subordonne ainsi, la validité ou l'efficacité de certains actes contractuels à l'observation de certaines formes et souvent, à l'accomplissement de certaines formalités. Même, « *lorsqu'elles ne sont pas requises ad validitatem, les exigences de forme contribuent à préserver les intérêts des contractants et*

¹³⁹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 9^e éd. LGDJ, n° 535, p. 305 ; J. FLOUR, J.-L. ; AUBERT, Droit civil, Les obligations : L'acte juridique, 7^e éd. Paris, Dalloz 1996.

¹³⁹⁹ O. LITTY, Inégalités des parties et durée du contrat, études de quatre contrats d'adhésion usuels, préc. n° 98, p. 83.

¹⁴⁰⁰ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, Droit des obligations, 15^e éd. LexisNexis, 2019, n° 76, p. 73.

¹⁴⁰¹ S. FORTICH, Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel, Thèse en cotutelle de l'Université Panthéon-Assas et Universidad Externado de Colombia, 2016, (dir) E. CORTES et D. MAZEAUD, n° 1, p. 9.

assurer le strict respect de la parole »¹⁴⁰². Indéniablement, le formalisme joue un rôle important dans la protection des contractants, surtout dans la sécurisation de leur consentement. C'est la raison pour laquelle, la loi oblige, dans certains cas¹⁴⁰³, les professionnels à rédiger le contrat par écrit et à y insérer des mentions destinées à informer¹⁴⁰⁴ le cocontractant profane sur le contenu et l'étendue de son engagement. « *L'exigence d'une forme de l'acte constitue à la fois une limitation au pouvoir de la volonté et un renforcement ou une protection de ce pouvoir* »¹⁴⁰⁵. Le formalisme est alors un instrument, destiné à protéger le consentement « *en évitant les engagements spontanés, insuffisamment réfléchis, peut être surpris, et attirer l'attention de leur auteur sur la gravité de certains actes juridiques. (...). Non seulement la forme ne remplace pas la volonté, mais elle la protège* »¹⁴⁰⁶. Forte de cette finalité protectrice, l'exigence formelle connaît une renaissance au profit de certaines catégories de contractants, devenant ainsi, « *en droit des contrats, un outil de protection de la partie faible* »¹⁴⁰⁷.

528. La volonté du législateur, puis de la jurisprudence de protéger la liberté de la partie faible d'un rapport contractuel, explique à juste titre le regain de formalisme¹⁴⁰⁸, dont un auteur s'était fait l'écho, en écrivant que « *sans vouloir prédire l'avenir, il semble qu'on peut affirmer que les besoins de sécurité et de certitude ne feront que s'accroître, que la conception humanitaire de la protection de la liberté des faibles s'imposera de plus en plus au législateur et au juge, que le formalisme, propagateur de sécurité et garant de liberté, réduira encore le domaine du consensualisme dans les contrats pour étendre celui de la solennité* »¹⁴⁰⁹. En effet, l'avènement d'une société contractuelle¹⁴¹⁰ favorisée par le développement du capitalisme et de

¹⁴⁰² O. LITTY, Inégalités des parties et durée du contrat, préc. n° 98, p. 84.

¹⁴⁰³ La constitution d'une hypothèque (art. 2416 C. civ.) ; la donation (art. 391 C. civ.) ; la vente d'immeuble à construire (art. L. 261-10 CCH) ; le contrat mariage (art. 1394 C. civ). Ces actes contractuels sont soumis à l'observation de formes particulières sous peine d'invalidité.

¹⁴⁰⁴ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, Droit de la consommation, préc. n° 62, p. 67.

¹⁴⁰⁵ J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse, Paris, LGDJ, 1971, n° 93, p. 142.

¹⁴⁰⁶ M.-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, Thèse, Paris, LGDJ, 1975, préf. J. VIDAL, n° 6, p. 14, cité par O. LITTY, Inégalité des parties, Thèse préc. n° 98, p. 84.

¹⁴⁰⁷ M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le formalisme en droit du cautionnement : proposition de réforme », préc. p. 439.

¹⁴⁰⁸ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, T. 1, Études générales droit de la famille, 1950 ; P. MOENECLAYE, De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, Thèse, Lille, 1914 ; H. JACQUEMIN, Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible, éd. Larcier, 2010, p. 29, « Le formalisme contractuel désigne l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou réglementaire qui déterminent la manière dont la volonté ou une information particulière doit s'extérioriser au cours du processus contractuel, sous peine de sanction en cas d'inobservation ».

¹⁴⁰⁹ P. MOENECLAYE, De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, Thèse Lille 1914, cité par M. ZIO, Thèse préc. n° 180, p. 128.

¹⁴¹⁰ Y. H. GUE, La protection du consommateur en Côte d'Ivoire, Thèse Montpellier 2009, p. 1 et s.

la société de consommation de masse a engendré de nouvelles contraintes matérialisées par la célérité, l'encadrement des coûts ou même la mesure des risques. « *Les contractants passent moins de temps à établir le contrat, à le négocier. Beaucoup de documents contractuels sont rédigés à l'avance, standardisés, offerts à une catégorie de personnes, plutôt qu'à une personne déterminée. Ils sont élaborés la plupart du temps par un seul des contractants, le plus puissant économiquement ou techniquement* »¹⁴¹¹. En conséquence, on se retrouve avec des contrats contenant des clauses de style : clauses ne reflétant pas la volonté de l'une des parties au contrat¹⁴¹². Cette contractualisation croissante¹⁴¹³ de la société, dans un contexte de modernité des outils contractuels qui, a priori, devrait ménager au mieux les intérêts des contractants, s'est révélée à l'analyse, être une source de danger¹⁴¹⁴ pour certains contractants. C'est ainsi que le formalisme s'est imposé comme un instrument de protection, susceptible de prévenir les vices de consentement¹⁴¹⁵ et les facteurs de déséquilibre contractuel¹⁴¹⁶. Celle des parties, à l'initiative de la rédaction de l'acte contractuel, ne peut s'affranchir de certaines exigences formelles au nom de la liberté contractuelle, et commettre des abus au détriment de la partie qui y adhère.

529. L'acte contractuel n'est pas l'expression de la domination et de la suprématie d'une partie sur une autre, mais s'analyse comme un moyen d'échanges au service de la justice commutative¹⁴¹⁷. Le formalisme doit servir à rééquilibrer l'inégalité informationnelle qui sépare les contractants, et contribuer à éclairer la volonté appelée à s'exprimer ; afin que le contrat soit valablement formé. Le formalisme a été très prégnant en droit du cautionnement parce qu'en cette matière, le contrat échappe à la négociation de ces termes, possible dans d'autres matières. Le contenu du contrat n'est pas l'émanation des deux parties contractantes ; seul le créancier en détermine unilatéralement le contenu. C'est-à-dire que toutes les stipulations du contrat relèvent de l'apanage et de la maîtrise du seul créancier. Alors se pose la question de la réalité du

¹⁴¹¹ M. RAYSSAC, L'adhésion en droit privé, Thèse Bordeaux 2004, p. 16.

¹⁴¹² J.-M. MOUSSERON, Techniques contractuelles, éd. Francis Lefebvre, 2010, p. 47.

¹⁴¹³ M. ZIO, Thèse préc. n° 181, p. 129.

¹⁴¹⁴ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 148, p. 123 ; J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et européen », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge, préc. p. 25.

¹⁴¹⁵ Civ. 1^{re}, 14 juin 1989, *RTD civ.* 1989, p. 741, obs. J. Mestre ; *D.* 1989, somm. p. 338, obs. J.-L. Aubert. Il s'agit d'une solution adoptée pour le prêt qui peut s'appliquer au cautionnement ; selon laquelle le respect des dispositions spécifiques, en matière d'information du consommateur, excluait toute allusion aux vices de consentement.

¹⁴¹⁶ J.-J. BARBIERI, vers un nouvel équilibre contractuel ?, préc. p. 212.

¹⁴¹⁷ J.-J. BARBIERI, vers un nouvel équilibre contractuel ? *ibid.*

consentement de la caution, lorsque celle-ci est une personne physique profane. Car, « *en donnant son consentement à un contrat qui n'est pas le fruit d'une négociation, de pourparlers entre elle et le créancier, la caution profane s'expose dangereusement à des clauses de nature à augmenter son engagement dans des proportions qu'elle n'avait pas forcément souhaité. Le contenu du contrat relevant de la compétence du créancier, ce dernier en prévoit les clauses et l'impose à la caution profane* »¹⁴¹⁸.

530. D'une manière générale, le créancier établit le contrat de cautionnement sur la base d'un modèle type¹⁴¹⁹, qualifié de contrat « prêt-à-porter »¹⁴²⁰, dans sa relation avec la caution. Cette dernière s'engage alors sans aucune possibilité d'obtenir une quelconque modification du contenu du contrat et « *sans réelle liberté ; les relations personnelles (...) qu'elle entretient avec le débiteur principal, ne lui permettant pas de refuser sa signature* »¹⁴²¹. De même, l'action subrogatoire ou personnelle de la caution qui a payé, contre le débiteur est souvent très illusoire en ce sens que « *les relations entre le débiteur et la caution empêcheront bien souvent celle-ci d'agir (...), mais surtout le débiteur est en général insolvable quand une caution est appelée par le créancier : la caution a peut-être une action, mais qui n'aboutira à rien de concret* »¹⁴²². Et « *le cautionnement, nul n'en disconvient, n'est un acte périlleux* »¹⁴²³. Pour toutes ces raisons, le formalisme devient utile car il permet au consentement, qui réalise la conclusion d'un acte juridique, d'être éclairé et librement exprimé dans une forme lui assurant une certaine intégrité.

531. Le recours au formalisme en tant qu'instrument de protection de la caution, s'est traduit par l'utilisation de la mention manuscrite comme moyen d'encadrement de l'expression de la volonté de la caution (Section 1) pour garantir la validité de son engagement. De même, en cas d'impossibilité pour celle-ci d'y recourir par elle-même, des solutions spéciales, alternatives lui sont offertes, qui dérogent à l'impérativité du formalisme (Section 2).

¹⁴¹⁸ M. ZIO, Thèse préc. n° 183, p. 129.

¹⁴¹⁹ M. ZIO, *ibid.*

¹⁴²⁰ J.-M. MOUSSERON, Techniques contractuelles, préc. p. 47.

¹⁴²¹ D. FENOUILLET, « Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc. p. 306.

¹⁴²² CHABOT, rapport devant le tribunal, 21 pluviôse, an XII (Loché, Livre III, Titre XIV, p. 337), cité par M. REMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », préc. n° 1.

¹⁴²³ Ph. SIMLER, « 2006, une occasion manquée pour le cautionnement », préc.

SECTION 1 : L'ENCADREMENT DU CONSENTEMENT DE LA CAUTION PROFANE PAR L'EXIGENCE DE LA MENTION MANUSCRITE¹⁴²⁴

532. Le cautionnement est un contrat unilatéral, consensuel¹⁴²⁵, qui, en principe, n'est soumis à aucune forme spécifique ou à aucune formalité particulière¹⁴²⁶ lors de sa formation. En raison de la dangerosité de l'engagement et pour attirer la vigilance du candidat à l'acte de cautionnement, l'article 2292 du Code civil prévoit que « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès ». Le législateur n'a pas entendu, par cette disposition, imposer une condition de forme à la souscription de cet acte. Ce texte n'exige donc pas un formalisme particulier pour la souscription du contrat de cautionnement. Ce dernier est valable dès lors qu'il établit clairement la volonté exprimée de la caution de s'obliger en faveur le créancier, c'est-à-dire, lorsque « *la caution a manifesté d'une manière quelconque sa volonté de s'engager à se substituer au débiteur, et que le créancier a accepté cet engagement* »¹⁴²⁷. Le caractère exprès de l'engagement de la caution ne fait pas du cautionnement, un contrat solennel puisque le Code civil ne subordonne pas sa validité à l'accomplissement d'une formalité quelconque.

533. Cependant, en raison de la gravité de l'acte et de son caractère unilatéral, un certain formalisme a entouré sa conclusion, ce, dans le but de protéger la caution inexpérimentée et incompétente. Car la caution qui s'engage doit être très bien informée, afin de prendre conscience de l'étendue et de la portée de son engagement. Alors que bien souvent, en pratique, la caution lors de la conclusion de l'acte s'engage sans se préoccuper des risques liés à son engagement. Afin d'attirer l'attention de la caution sur le danger du cautionnement et lui faire prendre conscience des risques qui en ressortent, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve, mais ont pour finalité la protection de la caution* »¹⁴²⁸. Par une telle décision, elle apportait un tempérament au consensualisme de principe en transformant une règle de preuve en règle de validité destinée à protéger la caution (§ 1). Bien qu'elle ait

¹⁴²⁴ Expression répandue car très employée, mais aujourd'hui impropre à caractériser le formalisme de l'article 1376 du Code civil (ancien article 1326). En effet, depuis la loi n° 230 du 13 mars relatif à l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies, la mention ne doit plus nécessairement être écrite de la main de celui qui s'engage, mais « écrite par lui-même », ce qui permet le recours à un mode électronique d'écriture.

¹⁴²⁵ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 47, p. 51.

¹⁴²⁶ L. AYNES, P. CROCQ, Droit des sûretés, préc. n° 202, p. 94.

¹⁴²⁷ L. AYNES, P. CROCQ, *ibid.*

¹⁴²⁸ Cass. 1^{re}, civ. 22 févr. 1984, *JCP* 1985, II, 20442, note M. STORCK ; Cass. 1^{re}, civ. 30 juin 1987, *D.* 1987, somm. 442 obs. L. AYNES.

abandonné sa jurisprudence après une décennie de « *divisions en son sein et une succession de revirement ayant un temps fait du cautionnement un contrat solennel, l'harmonie semble restaurée sur le sens et le contenu de la mention* »¹⁴²⁹, mais elle semble avoir inspiré le législateur. Celui-ci a pris le relais à l'occasion de la loi du 1^{er} août 2003 en transformant la majorité des cautionnements en actes solennels, faisant du formalisme une condition de validité du cautionnement (§ 2).

§ 1 : La transformation prétorienne d'une règle de preuve en un moyen de protection de la caution

534. L'exigence du formalisme lors de la conclusion d'un engagement contractuel constitue pour « *la partie faible un moyen permettant une meilleure appréhension de la durée de l'engagement d'une part, en assurant le respect des règles de fond qui encadrent cette donnée, d'autre part* »¹⁴³⁰. Les règles prévoyant des mentions obligatoires n'ont pas pour effet d'entraver la liberté contractuelle ; mais, ont un but informatif protecteur afin de permettre à la partie faible de s'engager en connaissance de cause. Car, « *le formalisme, nul ne le contestera, a une fonction protectrice. Tel est le cas lorsque la loi exige à peine de nullité que tels contrats soient passés par écrit, voire, dans des cas limités, par acte authentique. Tel est aussi le cas du formalisme institué à des fins probatoires, comme par exemple, celui de la mention manuscrite requise pour les engagements unilatéraux de payer une somme* »¹⁴³¹. La formalité de l'écrit apparaît ainsi, comme une sorte de garantie de la partie qui s'engage, du particulier face à des intérêts économiques beaucoup plus puissants que les siens¹⁴³². Le formalisme est « *édicte afin de renforcer le consentement de la partie qui s'oblige en attirant son attention sur les risques ou la complexité* »¹⁴³³. Comme on peut le constater, il joue divers rôles : « *preuve d'un acte juridique, validité d'un acte juridique, opposabilité aux tiers* »¹⁴³⁴.

535. En matière de cautionnement, les règles relatives au formalisme du cautionnement s'interprétaient comme des dispositions ayant une fonction probatoire et constituaient d'ailleurs

¹⁴²⁹ I. TRICOT-CHAMARD, « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement : suite ou fin ? », *JCP G* 2004, I, 112.

¹⁴³⁰ O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, préc. n° 100, p. 85.

¹⁴³¹ Ph. SIMLER, « un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie. L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 06 juillet 1989 », *Mélanges à l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR*, 2004, p. 754.

¹⁴³² P. SARGOS, « Les dangers du cautionnement », préc. p. 42.

¹⁴³³ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, préc. n° 117, p. 102.

¹⁴³⁴ M. BOURASSIN V. BREMOND *Droit des sûretés*, préc. n° 238, p. 163.

le principal tempérament au consensualisme principal. La mention manuscrite exigée par l'article 1326 du Code civil, devenu article 1376, avait pour fonction d'établir la preuve de l'existence de la garantie accordée par la caution (A). Mais, afin de protéger les cautions en leur faisant prendre conscience de la gravité de leur engagement, la jurisprudence a, un temps, fait de la mention manuscrite une règle de validité du cautionnement (B), solution qu'elle abandonnera, mais qui va inspirer le législateur.

A- La fonction originelle de la mention manuscrite : une règle de preuve de l'existence de la garantie

536. En matière de cautionnement, comme d'ailleurs dans tout contrat, le consensualisme demeure le principe¹⁴³⁵ car dit-on « *il a le mérite de la simplicité et l'avantage de la rapidité et de l'économie* »¹⁴³⁶. De même, aucune disposition du Code civil relative au cautionnement n'est consacrée à la preuve de cette garantie. Dès lors, le cautionnement est soumis au droit commun de la preuve¹⁴³⁷. Ainsi, en cas de contestation portant sur l'existence même du cautionnement, conformément à l'article 1353, alinéa 1 du Code civil, c'est au créancier qui réclame l'exécution de l'engagement de la caution, d'établir la preuve de l'existence de celui-ci. De même, l'article 2292 du Code civil prévoit que le cautionnement « ne se présume point ; il doit être exprès ». Ces règles ont, certes, une incidence sur l'établissement de la preuve de l'existence du cautionnement, mais elles ne semblent pas faire l'objet de difficultés. Car, il n'est pas discuté par exemple que c'est au créancier d'établir que la caution a « *clairement et positivement exprimé l'intention de s'engager en cette qualité* »¹⁴³⁸. L'auteur de la charge de la preuve n'est pas une question qui semble susciter un contentieux important.

537. Cependant, en ce qui concerne les modes de preuve de la garantie, le contentieux demeure important. En effet, l'article 1376 (ancien article 1326) du Code civil indique que « l'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut

¹⁴³⁵ Principe qui vient d'ailleurs, d'être réaffirmé par l'article 1109, nouveau du Code civil, qui définit le contrat consensuel comme celui qui se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.

¹⁴³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, préc. n° 535, p. 305.

¹⁴³⁷ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 161, p. 133, selon qui le droit commun en matière de preuve se résume à une application très résiduelle.

¹⁴³⁸ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, préc. n° 134, p.131.

preuve pour la somme écrite en toutes lettres ». Ce texte qui n'est pas spécifique au cautionnement - exige une mention manuscrite¹⁴³⁹ pour les contrats unilatéraux¹⁴⁴⁰- a connu un contentieux important, principalement en matière de cautionnement. Car, le cautionnement est, non seulement un contrat unilatéral, mais aussi un engagement de payer une somme d'argent¹⁴⁴¹.

538. La formalité prescrite par l'article 1376 du Code civil a été dans un premier temps instituée afin de mettre le débiteur à l'abri d'une probable fraude provenant du créancier. En effet, il est possible que le créancier tente de falsifier le montant pour lequel la caution s'est engagée car son engagement est constaté dans un acte unique dont le créancier est seul détenteur. C'est pour cela qu'il est exigé que le montant soit inscrit par le débiteur lui-même, en chiffres et en lettres, afin que cette entreprise de falsification soit difficilement réalisable. Dans un second temps, la mention manuscrite est exigée dans le but de protéger le signataire de l'acte contre « *l'abus de blanc-seing* », susceptible d'être commis par le bénéficiaire de l'engagement. Bien qu'elle ait été imposée en vue d'établir l'existence même du cautionnement, l'exigence de la mention manuscrite était mue par l'idée de protection¹⁴⁴² de toute personne s'engageant unilatéralement, en l'occurrence la caution. Car, « *même s'il ne s'agit que d'exigence d'ordre probatoire, l'idée de protection de la caution demeure présente car le contrat n'aura pleinement aucun effet et ne pourra être prouvé que si la caution avait totalement conscience de l'engagement souscrit, ce qui affecte bien, indirectement, l'efficacité de l'acte* »¹⁴⁴³. C'est la raison pour laquelle, l'acte constatant l'engagement de la caution doit être signé par elle. La preuve du cautionnement rapportée par le biais de la mention manuscrite s'établit dans un premier temps par la signature de la caution apposée sur l'acte. Cette signature peut être manuscrite, ou apposée par voie électronique, conformément à l'article 1174, nouveau du Code civil. En outre, la signature doit être apposée sur un document tel qu'il permet d'identifier clairement non seulement les parties à l'acte, mais aussi l'objet de l'obligation de la caution.

539. L'omission de la mention ou en cas de mention incomplète ou équivoque, l'acte de cautionnement ne peut être frappé de nullité car, l'exigence d'une mention manuscrite n'est qu'une simple règle de preuve. Il reste néanmoins valable, mais ne constitue pas une preuve

¹⁴³⁹ Depuis la loi du 13 mars 2000, le mode de rédaction peut être soit manuscrit, dactylographié ou électronique.

¹⁴⁴⁰ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc. n° 119, p. 89.

¹⁴⁴¹ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *ibid.*

¹⁴⁴² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 241, p. 167.

¹⁴⁴³ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *ibid.* n° 148, p. 109.

parfaite de la garantie¹⁴⁴⁴. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation considère que « *l'acte vaut commencement de preuve par écrit* »¹⁴⁴⁵, au sens de l'article 1362 du Cod civil et qui doit être complété par des éléments *extrinsèques*. Est qualifié d'élément extrinsèque, d'une part, « *un élément étranger à l'acte de cautionnement, tel qu'une qualité particulière de la caution, un lien particulier existant entre la caution et le débiteur principal, à moins que cette qualité soit de nature à établir une connaissance effective par la caution de la portée de son engagement* »¹⁴⁴⁶. Lorsque l'acte souscrit par une caution profane est incomplet, le créancier doit rapporter la preuve en la complétant d'éléments extrinsèques, qui ne seraient se réduits, ni à la seule qualité de la caution, ni à l'existence de liens familiaux¹⁴⁴⁷. Par contre, la haute juridiction considère que lorsqu'une mention est équivoque ou incomplète ou lorsqu'une mention fait défaut, la seule qualité de dirigeant constitue l'élément extrinsèque suffisant¹⁴⁴⁸, susceptible de compléter le commencement de preuve par écrit. Mais, cette qualité étant présumée constituer un élément extrinsèque suffisant peut être écartée par la preuve d'un défaut de connaissance réelle du dirigeant caution de la portée et de l'étendue de son engagement¹⁴⁴⁹ ; surtout si ce dernier apportait la preuve qu'il n'occupait pas réellement les fonctions de direction¹⁴⁵⁰. De même, la seule qualité d'associé, même majoritaire, de la société débitrice, ne peut constituer un élément extrinsèque de nature à compléter l'acte incomplet¹⁴⁵¹.

540. S'agissant d'une présomption simple, la preuve contraire est supportée par la caution ; ce qui ne semblait pas très favorable au dirigeant caution qui en supportait le risque. Car, il suffisait que la caution appose sa signature au pied d'un acte comportant un engagement de caution pour que la preuve de la garantie soit rapportée¹⁴⁵². D'autre part, il peut être qualifié

¹⁴⁴⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.* n° 243, p. 170.

¹⁴⁴⁵ Cass., 1^{re}, civ. 9 avr. 2015, n° 14-10975.

¹⁴⁴⁶ L. BOUGEROL, G. MEGRET, *Droit du cautionnement*, éd. Lextenso Gazette du Palais, coll. Guide pratique », 2018, n° 97, p. 94.

¹⁴⁴⁷ Cass. 1^{re}, civ. 6 déc. 1994, *CCC.*, 1995, n° 50 ; qui ne considère pas suffisant la seule qualité de conjoint ; Cass. 1^{re}, civ. 3 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n° 399, *D.* 1996, somm, p. 263, obs. L. AYNES ; Cass. 1^{re}, civ. 10 mai 2000, *D. aff.* 2001, somm. 691, obs. L. AYNES.

¹⁴⁴⁸ Cass. com. 19 juin 1990, *Bull. civ.* IV, n° 180, *JCP G* 1990, II, 21578, note D. LEGEAIS ; Cass. com. 1^{er} juin 1993, *Bull. civ.* IV, n° 213, *JCP E* 1993, II, 488, note D. LEGEAIS ; Cass. com. 24 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 198, Cass. com. 3 avr. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 64.

¹⁴⁴⁹ L. BOUGEROL, G. MEGRET, *Droit du cautionnement*, préc. n° 97, p. 94, M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 243, p. 171.

¹⁴⁵⁰ Cass. com. 6 déc. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 364, à propos d'une caution âgée et malade qui occupait de manière théorique le poste de vice-président du conseil d'administration de la société débitrice, dont le fils en exerçait la présidence.

¹⁴⁵¹ Cass. com. 11 janv. 1994, *RTD. civ.* 1994, 900, obs. M. BANDRAC ; Cass. com. 23 avr. 2003, pourvoi n° 00-13251.

¹⁴⁵² Généralement, le dirigeant d'une entreprise est à la fois emprunteur au nom de la société et caution de celle-ci. Ainsi, une seule signature est souvent apposée au bas de l'acte constant à la fois l'obligation principale garantie et le cautionnement.

d'élément extrinsèque également, « *un élément qui figure dans l'acte signé par la caution - l'instrumentum - dès lors qu'il est extérieur à son engagement – negocium* »¹⁴⁵³. C'est ainsi qu'il a été admis que l'élément complémentaire extrinsèque pouvait figurer dans l'acte de prêt garanti signé par la caution¹⁴⁵⁴. De même qu'il a été jugé que lorsque le cautionnement se retrouve au sein d'un acte unique de cession, le fait pour la caution d'apposer sa signature sur toutes les pages de l'acte de cession peut constituer un élément extrinsèque de nature à établir la conscience qu'elle avait de la portée de son engagement de caution du cessionnaire¹⁴⁵⁵. Il s'agit, là, de l'adoption d'une conception extensive de l'élément extrinsèque favorable au créancier qui vide la mention manuscrite de son rôle de protection de la caution. Par ailleurs, lorsque la caution s'engage pour garantir des dettes futures, c'est-à-dire des dettes dont, ni la naissance, ni le quantum n'est déterminé au jour de la souscription du cautionnement, il se pose la difficulté de respecter matériellement la lettre de l'article 1376 du Code civil. Pour surmonter cette difficulté, la jurisprudence a semblé trouver un équilibre entre le maintien de l'efficacité du cautionnement et la protection dont bénéficie la caution au titre de la formalité prescrite par l'article 1376 du Code civil. En effet, la haute juridiction a remplacé, dans cette hypothèse, la mention manuscrite prescrite, par une mention, écrite par la caution, exprimant « *sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance par celui qui s'engage de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'il contracte* »¹⁴⁵⁶. Par cette exigence, les juges ont pu opportunément protéger les cautions profanes qui avaient souscrit des cautionnements indéterminés en privant ceux-ci de leur force probatoire. Bien qu'elle soit instituée à des fins de preuve, la mention manuscrite a pu servir d'instrument de protection de certaines catégories de cautions. Car, s'il est indéniable que le consensualisme demeure encore le principe en matière contractuelle, donc parfait pour la formation du contrat, il présente l'inconvénient de faciliter des consentements irréflechis, donnés à la légère.

541. L'exigence d'un formalisme, surtout la rédaction d'une mention écrite, constitue pour la caution qui n'est pas en mesure d'apprécier la portée exacte de son engagement, une source de sécurité. À ce titre, elle garantit le caractère sérieux de l'engagement qui tient compte de la gravité de l'acte, qui transmet aux parties une information sûre de même qu'elle leur procure une preuve. Elle constitue une garantie de la liberté en protégeant le contractant contre lui-

¹⁴⁵³ L. BOUGEROL, G. MEGRET, Droit du cautionnement, *ibid.*, n° 97, p. 95.

¹⁴⁵⁴ Cass. 1^{re}, civ. 9 avr. 2015, n° 14-10975.

¹⁴⁵⁵ Cass. 1^{re}, civ. 15 janv. 2002, n° 98-22113, *Bull. civ. I*, n° 13 : « le commencement de preuve par écrit que constitue l'acte de cautionnement irrégulier peut être complété par tout élément extérieur à l'engagement de caution, fût-il porté dans le même acte ».

¹⁴⁵⁶ Cass. 1^{re}, civ. 22 fév. 1984, *Bull. civ. I*, n° 171 ; Cass. com. 29 oct. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 153.

même car « *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté. Elle sert en effet, de contrepoids à l'attraction de la liberté vers la licence...les formes fixes sont l'école de la discipline et de l'ordre, par conséquent celle de la liberté elle-même...tout peuple qui a su pratiquer le vrai culte de la liberté a senti d'instinct la valeur de la forme, et deviner que dans ses formes il possédait, non quelque chose de purement extérieur, mais le palladium de la liberté* »¹⁴⁵⁷. Mais, elle ne sert pas qu'à faire la preuve d'un acte car, « *l'imperfection formelle et les lacunes d'un instrumentum sont souvent utilisées pour contester la validité de l'acte, au point que la loi elle-même tend de plus en plus souvent à y inviter le juge* »¹⁴⁵⁸.

B- La mention manuscrite exigée à titre de validité de la garantie par la jurisprudence

542. Pour certaines catégories de cautions, il paraissait loisible de soustraire leur engagement au consensualisme pour le soumettre à un formalisme validant ; dans le sens où le cautionnement constitue un acte grave et inhabituel pour celles-ci, qui risquent de s'appauvrir sans contrepartie. La mention manuscrite de l'article 1376 du Code civil apparut comme un moyen de protéger la caution, car elle devrait conduire celle-ci à réfléchir davantage avant de s'engager¹⁴⁵⁹. Elle sert à attirer son attention sur l'importance du contrat conclu¹⁴⁶⁰, « *afin qu'elle prenne connaissance et conscience de la portée de son engagement* »¹⁴⁶¹.

543. L'engagement de la caution envers le créancier n'est pas assorti de contrepartie et la caution s'engage souvent avec beaucoup de légèreté puisqu'elle s'attend pas à devoir payer, étant entendu que la dette repose sur le débiteur principal. Or, les dangers du cautionnement exigent un encadrement du consentement de la caution, surtout lorsque celle-ci est une personne profane au regard de l'activité¹⁴⁶². Dès lors, l'exigence d'un consentement éclairé, exempt de vices, passe aussi par la prise en compte de la forme dans laquelle, ce consentement est exprimé. La mention manuscrite jouera un rôle très important dans la détermination de l'étendue et de la portée de l'engagement de la caution, étant entendu que celles-ci s'apprécient au regard de la volonté des parties. C'est ainsi qu'à partir du début des années quatre-vingt, la haute juridiction

¹⁴⁵⁷ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Maresq, t. III, 3^e éd., 1887, p. 164, cité par Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, préc. n° 306, p. 307.

¹⁴⁵⁸ L. M. MARTIN, « L'information de la caution », préc. p. 155.

¹⁴⁵⁹ A. CERLES, « Le point sur la protection de la caution personnelle », *Dr. et patr.* 2003, n°117, p. 57.

¹⁴⁶⁰ G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois* 2000, art. 37209, p. 885.

¹⁴⁶¹ C. ALBIGES, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », préc. n° 14, p. 10.

¹⁴⁶² A. MEDINA, « Formalisme et consentement. Évolution de la jurisprudence », *D.* 2002, chon. 2787.

française a attribué à cette mention une autre fonction : protéger le consentement de la caution en lui faisant prendre conscience de l'étendue et de la portée de son engagement. La Cour de cassation transforma à cet effet, la règle de preuve de l'ancien article 1326 du Code civil, devenu article 1376, en une règle de validité du cautionnement¹⁴⁶³. Pour y parvenir, elle se fondait sur les dispositions des articles 2015 et 1326 du Code civil, devenus articles 2292 et 1376. En effet, l'article 2292 du Code civil dispose que « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté »¹⁴⁶⁴.

544. Ce texte pose une règle de fond puisqu'il en ressort que la caution n'est pas engagée au-delà de ce qui est expressément mentionné. Par une interprétation combinée des anciens articles 1326 et 2292 du Code civil (aujourd'hui articles 1376 et 2294), la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt très remarqué, a estimé que « *les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuves, mais ont pour finalité la protection de la caution* »¹⁴⁶⁵. Dans l'espèce ayant donné lieu à cette solution novatrice¹⁴⁶⁶, une dame s'était portée caution des engagements d'un locataire et avait oublié de faire apparaître dans la mention manuscrite, le montant en chiffres pour lequel elle s'engageait. Poursuivie en paiement, la cour d'appel confirma la décision des premiers juges estimant que « *dame Bouazzat ne pouvait, lors de la signature de l'acte de caution, mentionner en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose pour laquelle elle s'engageait, le montant ne pouvant être déterminé en cette date* » et que « *son engagement parfaitement explicite et non indéterminé* », devrait être considéré comme valable. La haute Cour a cassé cette décision aux motifs d'une part que l'article 1326 exigeait que le montant maximum garanti apparaisse dans la mention manuscrite, et que l'article 2292 exigeant un cautionnement exprès, d'autre part, il s'ensuit que la mention manuscrite exigée par l'article 1326 était une condition de forme sanctionnée par la nullité¹⁴⁶⁷. Elle sanctionnait alors l'absence ou l'insuffisance de la mention manuscrite par la nullité du contrat de cautionnement, et non plus seulement par l'inefficacité probatoire de l'acte¹⁴⁶⁸. Cette solution était motivée par la volonté de protéger les personnes qui s'engagent en qualité de caution, sans une réelle conscience de la portée de leur engagement. D'autant plus

¹⁴⁶³ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 120, p. 89.

¹⁴⁶⁴ Devenu art. 2294, al. 1^{er} nouveau du C. civ., « Le cautionnement doit être exprès », ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés

¹⁴⁶⁵ Cass. 1^{re}, civ. 22 févr. 1984, *Bull. civ. I*, n° 1 ; *JCP* 1985, II. 20442, note M. STORCK.

¹⁴⁶⁶ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 149, p. 123.

¹⁴⁶⁷ Cass. 1^{re}, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210 ; *D.* 1987, somm. 442, obs. L. AYNES.

¹⁴⁶⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 241, p. 167.

que, lorsque l'engagement de la caution est indéterminé, l'acte juridique qui le constate doit porter une mention écrite par la caution « *exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée* ». Lorsque le contrat n'est pas suffisamment précis sur de tels aspects, il peut s'en déduire une interprétation restrictive des obligations de la caution¹⁴⁶⁹ conformément à l'article 1190¹⁴⁷⁰ du Code civil.

545. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la caution s'engage à garantir toutes les dettes qui naîtront entre les parties au contrat principal ; cautionnements dits *omnibus* et dangereux par nature, la mention manuscrite devrait exprimer la connaissance par la caution de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'il contracte¹⁴⁷¹. Alors, comment apprécier le caractère explicite et univoque de la mention manuscrite ? La réponse à une telle question peut se trouver dans une décision de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 4 mars 1986, où il est indiqué « *qu'il doit être tenu compte non seulement des termes employés, mais également de la qualité, des fonctions et des connaissances de la caution, de ses relations avec le créancier et le débiteur de l'obligation cautionnée ainsi que les caractéristiques de cette dernière* »¹⁴⁷². Cette appréciation consiste en réalité à chercher à savoir si la caution est suffisamment intégrée aux affaires du débiteur principal, la permettant de mieux contracter en connaissance de cause. S'il tel n'est pas le cas, celle-ci serait considérée comme une caution profane, qui mériterait la bienveillance des juridictions.

546. Le formalisme de la mention manuscrite est d'autant plus important dans cette matière que la caution s'engage unilatéralement et très souvent gratuitement. Afin de mieux renforcer l'intensité du consentement¹⁴⁷³ de la partie qui s'engage de façon unilatérale et gratuite, et de la prémunir d'un engagement irréfléchi, la mention manuscrite a été requise à titre de validité de l'acte de caution par la première chambre civile. En détournant ainsi la mention manuscrite de sa finalité probatoire, la Cour de cassation offrait malheureusement à de nombreuses cautions une occasion inespérée de se « *prévaloir de cette solution pour obtenir l'annulation de leur*

¹⁴⁶⁹ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 33, p. 55.

¹⁴⁷⁰ Nouvel art. issu de l'ordonnance du 10 févr. 2016 qui indique que « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

¹⁴⁷¹ Cass. 1^{re}, civ. 20 juill. 1978, *Bull. civ. I*, n° 234.

¹⁴⁷² Cass. 1^{re} civ. 4 mars 1986, *D.*, 1987. 342, note L. AYNÈS.

¹⁴⁷³ D. HOUTCIEFF, Droit des contrats, préc., n° 96, p. 94.

engagement »¹⁴⁷⁴ ; ce qui semblait « *fragiliser le droit du cautionnement* »¹⁴⁷⁵. Puisqu'elle profitait indistinctement à toutes les cautions alors qu'elle devait s'appliquer qu'aux cautions profanes, qui méritaient une protection particulière. Cette solution jurisprudentielle devait détourner les créanciers du cautionnement qui, désormais, la considéraient comme une « *sûreté-piège* »¹⁴⁷⁶ et favoriser l'essor de certaines garanties plus contraignantes et dangereuses pour les garants. Elle apparaissait comme un « *excès d'indulgence* » au profit de toutes les cautions ; les cautions de bonne comme de mauvaise foi trouvait là, une opportunité de se libérer trop facilement de leurs engagements¹⁴⁷⁷. La jurisprudence qui a très souvent appliqué les règles en matière de cautionnement selon la qualité des cautions, afin de préserver l'efficacité du cautionnement, faisait « *l'amalgame de deux règles de preuve donnant ainsi naissance à une règle nouvelle* »¹⁴⁷⁸, susceptible de mettre en péril le recours au cautionnement, sûreté nécessaire et très importante pour l'activité économique.

547. Cette solution se heurtait à la critique d'une majorité de la doctrine, et Monsieur SIMLER de s'interroger même, en ces termes : « *Par quel prodige l'addition d'une règle d'interprétation (article 2015 du Code civil) et d'une règle de preuve peut-elle avoir pour résultat une règle de fond sanctionnée par la nullité de l'engagement ?* »¹⁴⁷⁹. S'il est incontestable que « *la mention manuscrite est un moyen de protection du consentement de la caution, il n'en demeure pas moins que lui donner une autre valeur que sa fonction probatoire traditionnelle est contraire à l'esprit et à la lettre de l'article 1326 (devenu article 1376)* »¹⁴⁸⁰ du Code civil. Ce qui explique que, la solution adoptée par la première chambre civile n'a pas été suivie par la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui elle, restait fidèle à la finalité originelle de la mention manuscrite, à savoir sa fonction probatoire. En effet, elle réaffirma à maintes occasions¹⁴⁸¹, qu'en application de l'article 1326 du Code civil, une mention manuscrite irrégulière valait commencement de preuve par écrit, susceptible d'être complété par des preuves supplémentaires, permettant d'établir que la caution avait conscience de l'engagement souscrit.

¹⁴⁷⁴ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc, n° 149, p. 123.

¹⁴⁷⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 241, p. 167.

¹⁴⁷⁶ Y. PICOD « Le formalisme de la mention manuscrite », *Mélanges F. CHABAS*, Bruylant, 2011, p. 777.

¹⁴⁷⁷ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc. n° 574.

¹⁴⁷⁸ Cass. 1^{re}, civ. 22 févr. 1984, *JCP*, 1985, II, 20442, note M. STORCK.

¹⁴⁷⁹ Cass. 1^{re}, civ. 31 mai 1988, *Bull. civ.* I, 1988, n° 163, p. 113 ; *JCP* 1989, II, 2118, obs. Ph. SIMLER

¹⁴⁸⁰ G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement, préc. n° 33, p. 43.

¹⁴⁸¹ Cass. com. 6 juin 1985, *Bull. civ.* 1985, IV, n° 182, p. 153 ; *Defrénois* 1985, p. 1454, obs. J.- L. AUBERT ; Cass. com. 21 juin 1988, *Bull. civ.* 1988, IV, n° 182 ; Cass. com. 15 nov. 1988, *Bull. civ.* 1988, IV, n° 310, p. 208 ; *D.* 1990, p. 3, note P. ANCEL.

548. Critiquée par la doctrine sur l'interprétation donnée à l'article 2015 du Code civil, qui n'admet point que la caution appose des mentions manuscrites dont l'absence ou l'insuffisance serait frappée par la nullité de l'engagement, et isolée au sein des formations de la haute cour quant à cette solution, la première chambre civile amorça un revirement en infléchissant sa position, et cessa de sanctionner par la nullité l'irrégularité de la mention manuscrite. Dans une décision en date du 15 novembre 1989, en se fondant toujours sur les articles 1326 et 2015 du Code civil, elle a estimé que « *l'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature ainsi que la mention écrite de sa main de la somme en toutes lettres et en chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement ; que ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution* »¹⁴⁸². En décidant ainsi, elle revenait à une certaine orthodoxie¹⁴⁸³, en restituant à la mention manuscrite son caractère originel, à savoir son caractère probatoire. Dès lors, en cas d'irrégularité de la mention manuscrite, le cautionnement n'est pas frappé de nullité, mais vaut commencement de preuve par écrit¹⁴⁸⁴. C'est ainsi qu'il a été décidé, qu'une cour d'appel « *avait exactement énoncé que, si l'absence de mention manuscrite exigée par l'article 1326 du Code civil (...) rendait le cautionnement irrégulier, ledit acte constituait néanmoins un commencement de preuve par écrit pouvant être complété par d'autres éléments* »¹⁴⁸⁵. Elle estime que la décision rendue par la cour d'appel est juridiquement justifiée, en ce sens que d'autres éléments extrinsèques à l'acte de cautionnement pouvaient permettre de démontrer que la caution avait une connaissance suffisante de la nature de son engagement. En voie de conséquence, l'article 1326, devenu article 1376 du Code civil, est une règle de pure forme dont la finalité est la protection de la caution. Plusieurs décisions viendront confirmer cette solution, permettant ainsi, une « *unité retrouvée* » de la position des deux chambres¹⁴⁸⁶ de la haute juridiction française. Désormais, la non-conformité de la mention manuscrite à l'article 1326, devenu article 1376 du Code civil, est sanctionnée par l'inefficacité de l'*instrumentum*¹⁴⁸⁷.

549. Toutefois, l'exigence de la mention manuscrite continue d'être un moyen par lequel, la première chambre civile entend s'assurer que la caution a pris conscience de l'étendue et de la

¹⁴⁸² Cass. 1^{re}, civ. 15 nov. 1989, *Bull. civ.* I, n° 348 ; *JCP* 1989, II, 21317, note D. LEGAIS, *D.* 1990, Jur. 177, note C. MOULY.

¹⁴⁸³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 241, p. 167 ; D. NEMTCHENKO, *Cours de droit des sûretés*, 1^{re} éd. 2019-2020, GUALINO, n° 223, p. 88.

¹⁴⁸⁴ En référence à l'ancien article 1347 du Code civil, devenu article 1362 du Code civil.

¹⁴⁸⁵ Cass. 1^{re}, civ. 15 oct. 1991, arrêt *inédit* n° 89-21936, *JCP E*, II, 1992, p. 266, obs. Ph. SIMLER.

¹⁴⁸⁶ Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 1998, p. 53 ; Cass. 1^{re}, civ. 7 oct. 1992, arrêt *inédit* n° 91-10242, *CCC.*, 1995, n° 5, obs. L. LEVENEUR ; Cass. 1^{re}, civ. 12 mai 1993, arrêt *inédit* n° 91-14943, *D.* 1994, somm. 10, obs. L. AYNES ; *Rapp. Cass. com.* 1^{er} juin 1993, *inédit*, n° 88-19223, *Defrénois*, 1993, p. 55, obs. L. AYNES ; V. aussi, *Cass. com.* 18 mai 1999, *Bull. civ.* IV, n° 103 ; *JCP* 1999, I, 156, n° 3, obs. Ph. SIMLER.

¹⁴⁸⁷ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, préc. n° 37, p. 47.

portée de son engagement. À ce titre, elle devient une règle dont le fondement est hybride car, elle vise la protection de la caution, non seulement contre la malveillance du créancier, mais également contre sa propre faiblesse¹⁴⁸⁸. La Cour de cassation semble vouloir faire prévaloir la finalité protectrice de la mention manuscrite sur sa fonction probatoire. Elle a décidé dans un arrêt en date du 27 juin 2002, « *qu'en l'absence totale de la mention de la somme écrite en chiffres, l'acte sous seing privé contenant l'engagement de la caution est irrégulier et ne peut constituer qu'un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par des éléments extrinsèques* »¹⁴⁸⁹, alors même que l'article 1326 du Code civil (devenu article 1376), *in fine*, prévoit la prévalence de la mention en lettres sur la mention en chiffres¹⁴⁹⁰. La mention unique de la somme en lettres est alors insuffisante à l'établissement de la validité de la mention manuscrite, qui doit également contenir la mention en chiffres, faute de quoi sa force probante se trouverait être entachée. Cette exigence de la double mention en lettres et en chiffres en l'espèce, qui n'est pas conforme à la lettre de l'article 1326 du Code civil, est qualifiée de superfétatoire¹⁴⁹¹, dont le bien-fondé et l'efficacité quant à la protection de la caution contre sa propre faiblesse, suscite des doutes¹⁴⁹². Néanmoins, l'application d'une telle exigence uniquement à l'égard des cautions profanes pourrait se comprendre. À rebours d'une application indifférente à l'ensemble des cautions, qui elle, conduirait à fausser l'équilibre des intérêts entre les parties dans le cautionnement¹⁴⁹³. À l'analyse de tout ce qui précède, on se rend compte qu'au regard de la dangerosité du cautionnement, la première chambre civile s'est positionnée clairement en faveur d'une protection de la caution¹⁴⁹⁴ contre sa propre crédulité. Mais, désormais, conformément à l'article 1376, nouveau du Code civil, qui dispose que « l'acte sous signature privée par lequel une seule personne s'engage envers une autre (...) ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres »,

¹⁴⁸⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 241, p. 168.

¹⁴⁸⁹ Cass. 1^{re}, civ. 27 juin 2002, *Bull. civ.* II, n° 147 ; Cass. 1^{re}, civ. 25 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 248, *inédit*, n° 04-11862, *D.* 2005, AJ. 1548, obs. V. AVENA-ROBARDET. En l'espèce, une dame s'était portée caution solidaire et indivisible du crédit contracté par un particulier auprès d'établissements de crédit. La défaillance du débiteur principal survenue, la banque créancière assigna la dame, en sa qualité de caution, en paiement de la dette. Celle-ci s'opposa à la demande en paiement en invoquant la non validité de son engagement conformément à l'article 1326 (devenu 1376) du Code civil. Sa demande fut rejetée par la Cour d'appel au motif que la mention en lettres était suffisante et n'affectait pas la force probante de la mention manuscrite. La Cour de cassation censura cette décision en estimant que l'omission de la mention chiffrée faisait perdre à la mention manuscrite sa force probante.

¹⁴⁹⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 241, p. 168.

¹⁴⁹¹ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, préc. n° 39, p. 47.

¹⁴⁹² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 241, p. 168

¹⁴⁹³ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, *ibid.* n° 39, p. 48.

¹⁴⁹⁴ Y. DAGORNE-LABBE, note sous cass. 1^{re}, civ. 25 mai 2005, *Deffrénois*, 2005, 1489.

il semble que la mention écrite par la caution ne s'applique qu'à la preuve de l'acte et non à la validité proprement dite de ce dernier¹⁴⁹⁵. Cependant, l'évolution de la jurisprudence relative à la portée de la mention manuscrite semble ne pas avoir laissé le législateur indifférent. En effet, « *lorsqu'il est apparu que le formalisme pouvait être un instrument de protection de la partie faible, le législateur a débuté ses interventions en matière de cautionnement* »¹⁴⁹⁶. Il a renforcé le formalisme en multipliant les régimes spéciaux en matière de cautionnement, dans lesquels le formalisme est exigé à peine de nullité, dont la finalité réside dans la protection du consentement de la caution.

§ 2 : Le formalisme à titre de validité imposé par le législateur

550. Le formalisme contemporain tend à se diversifier dans ses modalités ; se traduisant souvent, par un acte notarié, la rédaction d'un écrit, l'apposition de mentions obligatoires, formalités de publicités ou formalités probatoires, etc. Mais « *par-delà leur hétérogénéité et la diversité de leurs sanctions, l'accent est mis sur la communauté de but du formalisme : la protection du consentement* »¹⁴⁹⁷. Présenté comme « *incommode, engendrant souvent des frais supplémentaires* »¹⁴⁹⁸, il n'est pourtant pas sans avantages ; en ce qu'il peut paraître très efficace dans la protection de certains contractants faibles et ignorants. Et lorsque « *la validité en la forme et au fond coïncide, l'acte est clair et inattaquable* »¹⁴⁹⁹. C'est pourquoi se dessine « *un renouveau du formalisme* », nécessaire à éclairer la volonté du contractant profane. En effet, alors que la jurisprudence a abandonné sa solution, qui a consisté un temps, à sanctionner l'absence ou l'insuffisance de la mention manuscrite par la nullité de l'engagement, le législateur a pris le relais en exigeant le respect du formalisme à peine de nullité. Soucieux de s'assurer que la caution en s'engageant, a parfaitement conscience de la nature, de l'étendue et de la portée de son engagement¹⁵⁰⁰, le législateur, sous l'influence du droit de la consommation¹⁵⁰¹, a imposé certaines formalités visant à renforcer le consentement de la

¹⁴⁹⁵ G CHANTEPIE, M. LATINA, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, préc. p. 1032.

¹⁴⁹⁶D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc, n° 150, p. 124.

¹⁴⁹⁷ I. DAURIAC, « Forme, preuve et protection du consentement », in Ruptures, mouvements et continuité du droit autour de M. GOBERT, Economica, 2004, p. 409.

¹⁴⁹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, préc. n° 535, p. 306.

¹⁴⁹⁹ Ph. MALAURIE L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

¹⁵⁰⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 244, p. 171.

¹⁵⁰¹ C. ALBIGES, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », préc.

caution avant que cette dernière ne s'engage (A). Il en sera de même d'un formalisme informatif au moment où la caution consent à garantir le débiteur principal (B).

A- La prescription d'un formalisme avant l'engagement de la caution

551. Le formalisme constitue à n'en point douter un moyen permettant à la caution profane de saisir le sens de son engagement¹⁵⁰². À ce propos, MOENECLAY écrivait « *sans vouloir prédire l'avenir, il semble qu'on peut affirmer que les besoins de sécurité et de certitude ne feront que s'accroître, que la conception humanitaire de la protection de la liberté des faibles s'imposera de plus en plus au législateur et au juge, que le formalisme, propagateur de sécurité et garant de liberté, réduira encore le consensualisme dans les contrats pour étendre celui de la solennité* »¹⁵⁰³. Elle s'analyse comme un moyen de favoriser la réflexion avant tout consentement aux actes les plus graves ; on peut comprendre qu'elle ait été détournée à des fins de protection de la caution. En effet, avant qu'une personne décide de s'engager pour garantir l'obligation d'une autre, plusieurs moyens sont mis à sa disposition afin que sa décision soit la mieux éclairée possible. D'abord, la personne qui décide de s'engager comme caution, peut se voir remettre de la part du créancier, un exemplaire de l'offre du contrat de crédit, qui constituera *in fine* la dette garantie à la charge de la caution. Ainsi, il résulte de l'article L. 312-18, alinéa 1^{er} (ancien article L. 311-11, alinéa 1^{er}) du Code de la consommation, que « l'offre de contrat de crédit est établie sur support papier ou sur un autre support durable. Elle est fournie en autant d'exemplaires que des parties et, le cas échéant, à chacune des cautions ». Cette disposition permet de fournir à la caution une information sur l'obligation qu'elle devra garantir. Elle semble importante en ce sens que, dans un contrat d'adhésion comme peut l'être le cautionnement, le formalisme informatif pourrait contribuer à rétablir une certaine liberté de contracter au profit de la caution, notamment profane. Par le biais de la technique de l'offre préalable, « *la formation du contrat de cautionnement s'étire, se retarde ou se diffère afin de permettre à la caution de donner un consentement réfléchi, gage de liberté contractuelle. Dans une optique de protection, il lui procure les moyens de saisir la signification et les conséquences des engagements qu'elle souscrit et par conséquent, de contracter librement et lucidement* »¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰² Y. PICOD, « Le formalisme de la mention manuscrite de la caution », préc. p. 775 et s.

¹⁵⁰³ P. MOENECLAY, De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, Thèse Lille 1914, cité par M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc. n° 190, p. 133.

¹⁵⁰⁴ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc. n° 190, p. 134.

552. Dans cette perspective, les formalités à but informatif devraient conduire, à toutes fins utiles à éclairer la caution profane « *dans ses choix dans une société de consommation où les échanges de consentement sont de plus en plus pressés, mécanisés, voire déshumanisés* »¹⁵⁰⁵. La technique de l'offre préalable peut se révéler efficace dans la mesure où la prudence exige de la caution de consentir « *qu'après avoir lu attentivement le contrat qui lui est proposé. Cela suppose qu'il puisse obtenir avant tout engagement de sa part, le document contractuel et le conserver quelques jours* »¹⁵⁰⁶. Alors que l'absence de remise du document contractuel, prive la caution profane, de la possibilité de s'instruire de la teneur des clauses contractuelles avant d'apposer sa signature, qui matérialise son consentement à l'acte. S'il est indéniable que la remise des documents peut avoir des vertus protectrices du consentement de la caution profane, il n'en demeure pas moins qu'elle peut tout aussi s'avérer inutile pour attirer l'attention de cette catégorie de cautions. En effet, « *il est douteux que l'information ainsi fournie au candidat au cautionnement soit réellement de nature à éclairer son consentement. L'offre de prêt, dont les articles L. 312-18 et L. 313-24 du Code de la consommation prévoient la remise au candidat au cautionnement, est particulièrement hermétique à la compréhension des profanes, la seule lecture des tableaux d'amortissement ne permettant pas de prendre conscience de la réalité économique et du risque concret de non-paiement du débiteur. En outre, comme la caution garantissant une telle opération doit s'engager pour un montant limité, la lecture de l'offre de prêt ne paraît guère utile pour faire prendre conscience au candidat au cautionnement de la portée et de l'étendue de son engagement* »¹⁵⁰⁷. En outre, le risque que l'offre préalable de crédit ne soit même pas lue par la caution avant de donner son accord pour garantir la dette du débiteur principal est réel et sérieux. Dès lors, plus que la remise de l'offre préalable de prêt, voire de manière générale, la remise du contrat principal, c'est la remise au garant du contrat de garantie qui nous semble important dans la prise de conscience du risque encouru.

553. Le contrat de cautionnement est un acte unilatéral, dont la caution n'a pas en sa possession aucun exemplaire. Et « *cette absence de remise à la caution d'un exemplaire est regrettable, car elle se traduit fréquemment par l'oubli de leur engagement par les cautions, qui omettent dès lors d'inciter le débiteur principal à s'exécuter et de prendre elles-mêmes des mesures pour être solvables en cas d'appel en paiement. L'absence de remise d'un exemplaire du contrat de cautionnement à la caution présente en outre un grave inconvénient ne cas de*

¹⁵⁰⁵ E. BAZIN, « L'exigence de loyauté dans les contrats de consommation », *RLDA.*, 2008, n° 31.

¹⁵⁰⁶ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, préc. n° 68, p. 200.

¹⁵⁰⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 245, p. 173.

décès de celle-ci, puisque ses héritiers risquent d'accepter la succession sans avoir connaissance de la dette de cautionnement »¹⁵⁰⁸. Il s'agit d'une sorte de formalité du double qui permettra à la caution profane d'avoir constamment à l'esprit son engagement¹⁵⁰⁹. Par ailleurs, la remise à la caution du contrat de garantie et du contrat de principal s'avérera suffisante à protéger le consentement de la caution que si, elle s'accompagne d'un moment de réflexion au profit de cette dernière.

554. Afin de favoriser la prise de conscience par la caution de l'étendue de son engagement à travers la remise des documents afférents à l'offre préalable, le Code de la consommation prescrit, dans le cas du cautionnement de crédit immobilier, un délai de réflexion de dix jours à compter de la remise de l'offre de crédit, nécessaire à la caution personne physique, de s'engager. En effet, l'article L. 313-34, alinéa 2 dispose que « l'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation est donnée par lettre, le cachet de l'opérateur postal faisant foi, ou selon tout autre moyen convenu entre les parties de nature à rendre certaine la date de l'acceptation par l'emprunteur ». L'instauration d'un délai de réflexion nous paraît très utile car elle donne du temps à la caution profane par exemple de se renseigner, de se faire conseiller, voire de se faire expliquer les stipulations de l'offre contractuelle avant d'accepter de se porter garant. Cette technique lui permet de prendre connaissance de l'obligation qu'elle garantit et en prenant connaissance d'une telle obligation, c'est bien en toute connaissance de cause qu'elle pourrait mieux se porter caution. Cependant, nous regrettons que l'instauration de ce délai qui contribue à la réflexion de celui qui prend le risque de garantir l'obligation d'une autre personne, ne soit limitée qu'aux contrats de crédit immobiliers, comme si le risque est uniquement inhérent qu'aux crédits immobiliers.

555. La protection de la caution profane exige qu'une telle règle innerve tous les domaines dans lesquels le recours à un cautionnement est indispensable ou est exigé. Surtout que cette formalité est considérée comme une condition de validité de l'engagement de la caution, personne physique et de l'emprunteur. Car, la Cour de cassation décide que le non-respect de cette formalité est frappé de nullité de l'engagement de la caution, et non pas par la seule déchéance du droit aux intérêts. Dans une affaire où un établissement de crédit avait consenti à une SCI un prêt immobilier pour le paiement duquel plusieurs personnes s'étaient portées

¹⁵⁰⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*, p. 167, note n° 1.

¹⁵⁰⁹ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc. n° 208, p. 145.

cautions solidaires de la SCI ; poursuivies en paiement, à la suite de liquidation judiciaire de la société, les cautions ont saisi la cour d'appel pour demander l'annulation de leur engagement de caution. Pour débouter les cautions, la cour d'appel a relevé que seule restant indéterminée la durée séparant l'offre de l'acceptation, la sanction du non-respect des dispositions de l'article L. 312-10, alinéa 2 du Code de la consommation n'est pas la nullité de l'acte, mais la déchéance du droit aux intérêts. Décision censurée par La Cour de cassation aux motifs « *qu'en statuant ainsi alors que la méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours est sanctionnée par la nullité de l'engagement de caution, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »¹⁵¹⁰. La première chambre civile de la Cour de cassation fait ainsi de l'acceptation de l'offre de crédit par l'emprunteur et les cautions dans le délai de dix jours instauré par l'article L. 313-34, alinéa 2 du Code de la consommation, une condition de formation du contrat de crédit immobilier dont le non-respect est sanctionné par la nullité. Cette sanction de la nullité nous semble justifiée car, la remise à la caution de l'offre de contrat de crédit et le respect d'un délai de réflexion pour l'acceptation de cette offre est une condition de formation du contrat de cautionnement, permettant d'éclairer suffisamment le consentement de la caution en lui facilitant un engagement réel et sérieux.

556. En tout état de cause, une offre du contrat de crédit, comportant toutes les informations relatives aux parties (identité du créancier et de la caution), à l'obligation garantie (nature et quantum), aux modalités du cautionnement (montant, durée, condition de réalisation, d'extinction...), remise à la caution profane assortie d'un délai lui permettant une bonne et saine compréhension de son engagement, loin de toute explication ou incitation biaisée, nous semble très protecteur de cette catégorie de caution. Avant de se décider, la caution profane aurait eu une parfaite connaissance de ce à quoi elle s'engage et les risques qui en ressortent.

557. Avant l'engagement de la caution profane, le formalisme est nécessaire dans la mesure où il lui permet d'être éclairé sur son engagement et de valablement consentir, mais cela ne suffit pas dans la mesure où cette catégorie de caution est souvent sous une pression psychologique qui l'amène à prendre un engagement à la légère. Dans un tel cas, est exigé un formalisme au moment de la souscription du cautionnement dont les mentions sont exigées à titre de validité de l'engagement, paraît nécessaire.

¹⁵¹⁰ Cass. 1^{re} civ. 25 nov. 2010, inédit, n° 09-14336 et n° 09-68321.

B- Le formalisme informatif au moment de l'engagement de la caution

558. Dans le souci de s'assurer de la parfaite connaissance par certaines cautions de leurs engagements, le législateur a entouré progressivement le moment de la souscription de l'engagement de caution, d'un formalisme spécifique dont le non-respect est frappé de nullité. Ainsi, dans un type de cautionnements où la caution est considérée comme vulnérable, on n'a pu constater de façon quelque peu désordonnée, la multiplication des exigences formelles. Celle-ci a débuté à la fin des années 1980 (1), lorsque la jurisprudence des deux chambres de la Cour de cassation a été unifiée à propos du caractère probatoire de la mention manuscrite, pour atteindre ce point d'orgue le 1^{er} août 2003, avec l'exigence d'un formalisme à titre de validité du contrat de cautionnement (2).

1- Les mentions manuscrites *ad validitatem* imposées par les lois de 1989

559. À la fin des années 1980, comme nous l'avons indiqué précédemment, le législateur convaincu par l'idée que le formalisme est une technique efficace pour attirer l'attention de la caution sur l'importance de l'acte par lequel, elle s'engage à garantir la dette d'autrui, a choisi d'imposer des mentions manuscrites à titre de validité dans certains cautionnements. En effet, les mentions manuscrites imposées à peine de nullité semblent être utiles pour éclairer le consentement des parties. Ainsi, se distingue à cette période, deux types de formalisme protecteur des cautions, notamment les mentions manuscrites insérées dans le Code de la consommation (b) et les mentions manuscrites relatives au cautionnement d'un bail à usage d'habitation (a).

a- Les mentions manuscrites spécifiques au cautionnement d'un bail d'habitation

560. Le bail d'habitation est régi par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, laquelle a fait l'objet de plusieurs modifications¹⁵¹¹. Le cautionnement des dettes locatives n'a pas échappé à toutes ses modifications. En effet, pour se prémunir contre l'éventuelle insolvabilité des locataires, les bailleurs subordonnent habituellement la conclusion des baux d'habitation à la fourniture d'une caution, en garantie des dettes locatives. C'est ainsi que, la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994, qui a modifié la loi du 6 juillet 1989 précité, en son article 22-1, dernier alinéa dispose que : « La personne qui se porte caution fait précéder sa signature de la reproduction manuscrite du

¹⁵¹¹ Loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat ; loi n° 2009-23 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion ; loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové ; loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique

montant du loyer et des conditions de sa révision telles qu'ils figurent au contrat de location, de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et de la reproduction manuscrite de l'alinéa précédent. Le bailleur remet à la caution un exemplaire du contrat de location. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement ».

561. Soucieux de la protection des cautions, le législateur a imposé à travers ce texte, un double formalisme¹⁵¹² dont le non-respect entraîne la nullité du contrat de cautionnement. En effet, l'article 22-1, dernier alinéa de la loi du 6 juillet 1989 exige à peine de nullité du cautionnement, d'une part, la remise à la caution, d'un exemplaire du contrat de location. Il soumet la validité du cautionnement des obligations résultant d'un contrat de bail à usage d'habitation, à la rédaction manuscrite¹⁵¹³ d'une mention précédée de la signature de la caution, censée refléter le consentement de la caution¹⁵¹⁴, d'autre part. Par ailleurs, l'avant-dernier alinéa de ce texte impose à la caution, le recopiage de la mention suivante à peine de nullité du cautionnement : « Lorsque le cautionnement d'obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée du cautionnement est stipulée indéterminée, la caution peut le résilier unilatéralement. La résiliation prend effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat reconduit ou renouvelé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation ». Un tel formalisme protecteur des cautions, notamment lorsqu'elles sont profanes, devrait avoir pour finalité de leur permettre de prendre conscience de la portée de leur engagement¹⁵¹⁵, lorsque le contrat était conclu sous seing privé¹⁵¹⁶.

¹⁵¹² Certains auteurs parlent même d'un triple formalisme, cf. D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 228, p. 90.

¹⁵¹³ Caractère manuscrit de la mention est abandonnée par la loi Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique dite loi ELAN), prévoit la dématérialisation du contrat de cautionnement ; ce qui n'est pas sans poser de problème, notamment sur l'identité de la caution, la sincérité de l'acte.

¹⁵¹⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés préc. n° 251, p. 180.

¹⁵¹⁵ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 137, p. 104.

¹⁵¹⁶ Il s'était posé même la question de savoir si la mention manuscrite est requise seulement dans les actes sous seing privé ou également dans les baux passés par acte authentique. En effet, l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 modifié ne limite pas l'exigence de la mention manuscrite imposée aux actes sous seing privé. Des juridictions s'étaient prononcées dans ce sens, d'autres dans un sens plutôt contraire. Fort heureusement la haute juridiction rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Grenoble a résolu la question en décidant que « celle-ci a exactement énoncé que les formalités prescrites par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 ne concernent que les cautionnements conclus sous seing privé et non ceux donnés en la forme authentique », V. Cass. 3^e, civ. 9 juill. 2008, *JCP* 2008, II, 10131, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; *Dr. et patr.* avr. 2009, p. 124, obs. Ph. DUPICHOT.

562. Mais, la doctrine s'est montrée particulièrement très critique à l'encontre du formalisme entourant le cautionnement des dettes locatives, notamment sa sanction¹⁵¹⁷, sa longue et mauvaise rédaction¹⁵¹⁸, son application aux cautionnements dits *omnibus*¹⁵¹⁹ et tout récemment son manque d'articulation avec les autres textes qui prévoient de telles règles¹⁵²⁰. Si toutes ces critiques trouvent leur justification, il faut néanmoins souligner que ce texte permettait aux parties de formuler librement le contenu de la mention manuscrite, tout en précisant les informations de fond exigées. Car, les termes ne sont pas imposés par la loi. À ce propos, elle paraissait moins contraignante, moins rigide et infiniment moins contentieuse que les formules « *sacramentelles prescrites, au mot près, par le Code de la consommation* »¹⁵²¹. Les parties pouvaient librement et de façon très efficace, recourir à des formules conformes, voire fidèles à la volonté exprimée par les uns et les autres et à la compréhension des termes de l'engagement.

563. Les critiques et même les doutes qui ont été émis au sujet des vertus prophylactiques¹⁵²² du formalisme prescrit pour les cautions de baux d'habitation, ont amené le législateur à réagi. D'abord, afin d'éviter l'exclusion de locataires ne pouvant fournir une caution personne physique solvable ou recourir à un garant professionnel, il a adopté la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 portant mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion et la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 dite loi *ALUR* pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, qui ont de manière tout à fait considérable, réduit le champ du cautionnement des dettes locatives. Ainsi, il est interdit à un bailleur qui a souscrit une assurance, ou toute autre forme de garantie, garantissant les obligations locatives, d'exiger à peine de nullité, un cautionnement au locataire, sauf en cas de logement loué à un étudiant ou à un apprenti. Ensuite, le législateur a réduit le champ d'application du formalisme de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989. En effet, contrairement aux textes du Code de la consommation, l'article 22-1 ne distinguait pas *ab initio*, selon que la caution est une personne morale ou une personne physique. Par une loi n° 2017-

¹⁵¹⁷ Ph. SIMLER, « un peu de formalisme protège. Trop de formalisme opprime et spolie : l'exemple de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 », in *Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR*, Dalloz 2009, p. 783.

¹⁵¹⁸ F. MAGNIN, « Une page d'écriture pour la caution », *LPA* 5 et 10 oct. 1994, n°119 et 121. Cet auteur se montre particulièrement sévère à l'endroit de la mention qu'il trouve complexe, longue et même excessif en soulignant qu'il s'agit « *d'une bonne trentaine de lignes à recopier trois fois (...) pas loin d'une heure d'écriture* » ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, préc. spéc. n° 230, p. 120 ; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil*, préc. spéc. n° 560.

¹⁵¹⁹ Ph. SIMLER, « Prévention et dispositif de protection de la caution », *LPA* 10 avr. 2003, spéc. n° 72, p. 20 ; J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, Dalloz 2016, spéc. n° 85, p. 46.

¹⁵²⁰ A. GOUËZEL, « Mention manuscrite et cautionnement d'un bail d'habitation : entre étonnement et interrogations », *D.* 2018, p. 2380 ; C. JUILLET, « La fin de la mention manuscrite *ad validitatem* dans le cautionnement des dettes locatives : observations sur l'article 134 de la loi ELAN », *RLDC.*, janv. 2019, p. 21, spéc. n° 11.

¹⁵²¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 252, p. 181.

¹⁵²² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*

86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, désormais, le formalisme de l'article 22-1 concerne exclusivement les cautions personnes physiques. Cette modification, qui n'est pas sans intérêt, rentre en résonance avec la limitation apportée au domaine d'application du cautionnement de dettes locatives¹⁵²³.

564. Enfin, en adoptant la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, relative à l'évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi *ELAN*, le législateur a apporté des modifications substantielles¹⁵²⁴ au formalisme prescrit en matière de cautionnement de bail à usage d'habitation par la suppression de l'exigence de la mention manuscrite. En effet, l'alinéa 4 de l'article 22-1 de la loi du juillet 1989 dispose désormais que « la personne physique qui se porte caution signe l'acte de cautionnement faisant apparaître (...), la mention exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte ainsi que la reproduction de l'avant-dernier alinéa du présent article ». Autrement dit, la simple signature de l'acte par la caution est suffisante pour sa validité, sans qu'il soit nécessaire de respecter le fastidieux jeu d'écriture précédemment exigé¹⁵²⁵.

565. La volonté du législateur de simplifier le cautionnement, tout en prenant en considération la dématérialisation¹⁵²⁶ du bail d'habitation, vide la mention manuscrite de son sens. En effet, l'exigence de la mention manuscrite impose l'exercice d'un écrit visant à informer la caution de la nature et de l'étendue de son engagement. Mais, le plus important est que le recopiage manuscrit de la mention par la caution lui permette de prendre pleinement conscience de ce à quoi elle s'engage réellement. Alors, en abandonnant le caractère manuscrit de la mention, elle ouvre la possibilité au bailleur, « *de se contenter de faire signer un texte rédigé par ses soins, que la caution aura loisir de lire ou non, et de comprendre ou non* »¹⁵²⁷. L'intervention du législateur a certes réduit substantiellement le formalisme du cautionnement en matière de bail à usage d'habitation, néanmoins les cautions personnes physiques se trouvent

¹⁵²³ Voir nouvelle rédaction de l'art. 22-1, al. 2 tel que modifié par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 : « Si le bailleur est une personne morale autre qu'une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, le cautionnement ne peut être demandé que : -s'il est apporté par des organismes dont la liste est fixée par décret en conseil d'Etat.

-ou si le logement est loué à un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur. »

¹⁵²⁴ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc. n° 138, p. 105.

¹⁵²⁵ Y. PICOD « Le balancier de l'histoire : le recul de la mention manuscrite de la caution », *AJC.*, 2018, p. 445.

¹⁵²⁶ Objectif en cohérence avec la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui a inséré dans le Code civil les anciens articles 1108-1 et 1108-2 (remplacés par les articles 1174 et 1175, nouveaux), relatifs aux formes de l'écrit prescrit à titre de validité de l'acte juridique.

¹⁵²⁷ D. NEMTCHENKO, *Cours de droit des sûretés*, préc. n° 229 p. 90.

protégées, dont la plupart sont des cautions profanes, par la nullité prescrite en cas de cautionnement litigieux. Par ailleurs, s'il y a une matière où l'intervention du législateur crée beaucoup d'inquiétudes, c'est l'introduction du formalisme dans le droit de la consommation.

b- Les mentions manuscrites insérées dans le code de la consommation

566. Considéré comme un acte dangereux et souvent accompli par une personne réputée faible, la caution profane, vis-à-vis d'un créancier professionnel, c'est naturellement que le cautionnement n'a pas échappé à l'emprise du droit de la consommation¹⁵²⁸. Lequel droit, dont le rôle est de remédier au déséquilibre originel, existant entre les professionnels et les non professionnels, généralement des consommateurs¹⁵²⁹. Depuis la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989¹⁵³⁰, relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi *Neiertz*, les mécanismes de protection du consommateur sont appliqués au cautionnement donné pour garantir un crédit à la consommation ou un crédit immobilier¹⁵³¹. Ces cautionnements sont soumis à l'exigence de mentions manuscrites particulières, sous peine d'être frappés de nullité. Insérées dans le Code de la consommation aux articles L. 313-7 et L. 313-8 (devenus L. 314-15 et L. 314-16), ces mesures exigent que les cautions personnes physiques qui s'engagent par acte sous seing privé, recopient impérativement et de façon manuscrite des mentions nécessaires suivant le caractère du cautionnement. En effet, en cas de cautionnement simple, la caution personne physique doit, sous peine de nullité, faire précéder sa signature de la mention suivante et uniquement celle-ci : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour une durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et biens si X... n'y satisfait pas lui-même »¹⁵³². Dans l'hypothèse d'un cautionnement solidaire, la caution doit, en outre, sous peine de nullité, adjoindre la mention spécifique suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive

¹⁵²⁸ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 153, p. 126.

¹⁵²⁹ D. MAJDANSKI, Signatures et mentions manuscrites, Thèse, Université de Bordeaux, 2000, préface G. ROUZET, p. 217.

¹⁵³⁰ Cette loi est connue sous le nom de loi *Neiertz*.

¹⁵³¹ S. PIEDELIÈVRE, note ss. Cass. com., 11 juin 2014, *Bull. civ. IV*, n° 107, *Dr. et patr.* sept. 1997, p. 56 ; ne sont pas concernés les prêts destinés au financement en propriété ou en jouissance d'immeubles à usage uniquement professionnel.

¹⁵³² Art. L. 313-7 du Code de la consommation, devenu article L. 314-15.

préalablement X... »¹⁵³³. Le formalisme imposé ainsi par le Code de la consommation procède d'une limitation du montant et de la durée des engagements dus par la caution. L'imposition de cette mention manuscrite a été critiquée par une partie de la doctrine d'autant plus que son absence ou sa mauvaise rédaction est sanctionnée par « la nullité de l'engagement »¹⁵³⁴ de la caution. En effet, la prescription d'une telle mention conduit à l'exclusion des cautionnements dits *omnibus* et inversement encourage la souscription par les cautions d'engagements réduits. Car, elle exige que l'engagement de la caution se fasse pour une somme maximale déterminée couvrant le paiement du principal, des intérêts et accessoires ; alors même que ce type de cautionnement permet « *aux organismes de crédit de percer l'écran de la personne morale en exigeant d'un dirigeant un tel engagement* »¹⁵³⁵. Une telle pratique semble aujourd'hui impossible pour de nombreux établissements de crédit qui y recouraient. En outre, l'indication d'une durée précise dans la mention manuscrite est très étonnante, dans le sens où elle entraîne l'extinction de l'obligation de couverture de la caution, selon un auteur¹⁵³⁶. Ce dernier explique que le cautionnement comporte rarement une clause de durée car l'utilité d'une telle clause est différente selon qu'il s'agit de cautionnement d'une dette déterminée ou bien du cautionnement dit *omnibus*. En effet, dans la première hypothèse l'obligation de la caution épouse très souvent la durée d'exigibilité de l'obligation du débiteur principal, de sorte que le créancier puisse agir contre la caution aussi longtemps que le débiteur reste tenu ; la stipulation d'une durée plus courte au profit du cautionnement n'aurait pas de sens. Par contre, dans la seconde hypothèse, indiquer un terme, c'est permettre d'éteindre l'obligation de couverture de la caution. Concernant, la formule légale relative à la mention obligatoire dans les cautionnements solidaires, elle n'avait pas une grande clarté au regard du fait qu'elle n'était d'aucune précision quant à son application au cautionnement conclu sous la forme authentique. Face à cette incertitude, il a fallu attendre que la jurisprudence apporte certaines clarifications. C'est ainsi que la Cour de cassation¹⁵³⁷ a pu préciser avec justesse que le contrat conclu sous la forme authentique n'est pas soumis aux exigences formelles de l'article L. 313-8 (devenu article L. 314-16) du Code de la consommation. Cette position de la haute cour semble logique dans la mesure où l'intervention du notaire, qui est tenu d'un devoir de conseil à l'égard de la caution,

¹⁵³³ Art. L. 313-8 du Code de la consommation, devenu article L. 314-16.

¹⁵³⁴ Art L. 341-51-1 du Code la consommation suivant lequel, les prescriptions des art. L. 314-15 et L. 314-16 sont prévues à peine de nullité de l'engagement.

¹⁵³⁵ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc.p. 134, n° spéc. 77.

¹⁵³⁶ Y. PICOD, *ibid.*

¹⁵³⁷ Cass. 1^{re}, civ. 24 févr. 2004, *JCP* 2004, I, p. 143, n° 3, obs. Ph. SIMLER ; *LPA* 17 mai 2004, p. 4, note D. HOUTCIEFF ; *Dr. et proc.* Juill.- août 2004, p. 205, obs. Y. PICOD ; *Defrénois* 2004, art. 37944, p. 709, obs. S. PIEDELIVRE.

est suffisante pour éclairer le consentement de la caution¹⁵³⁸. La présence du notaire est une protection supplémentaire dont bénéficie la caution ; qui à l'occasion, pourra engager la responsabilité civile de celui-ci en cas de manquement à son obligation de conseil¹⁵³⁹.

567. Par ailleurs, si l'anormalité et la gravité du cautionnement justifient la nécessité d'un acte écrit¹⁵⁴⁰, l'exigence d'une rédaction manuscrite des mentions exigées par le législateur afin de protéger les signataires d'un engagement jugé dangereux¹⁵⁴¹, ne semble pas emporter la conviction. On peut légitimement douter du fait que « *le recopiage d'un texte assure à la caution de saisir le sens de son engagement. Sa seule signature ne l'assurera pas davantage* »¹⁵⁴². Néanmoins, le législateur continue de voir dans un tel formalisme pointilleux,¹⁵⁴³ un moyen nécessaire et efficace de protéger le consentement de la caution. À rebours de la jurisprudence, il a décidé dans une loi, en date du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique, dite loi *Dutreil*, de renforcer le formalisme légal en l'accentuant et en étendant son champ d'application.

2- Les mentions manuscrites prescrites par la loi du 1^{er} août 2003

568. Le cautionnement, en tant que contrat, était soumis au consensualisme qui est « *la règle d'or* » en matière contractuelle. Mais, depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique, dite loi *Dutreil*, le principe selon lequel, le cautionnement, comme tout contrat, est consensuel, tend à devenir l'exception¹⁵⁴⁴. Car, selon l'article L. 341-2, issu de la loi précitée et devenue article L. 331-1 du Code de la consommation, « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : 'en me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X...n'y satisfait pas

¹⁵³⁸ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 127, p. 92.

¹⁵³⁹ C. ALBIGES, « Responsabilité notariale et cautionnement », *Dr. et patr.* juill.-août 2008, p. 68).

¹⁵⁴⁰ D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », préc. p. 304 et s.

¹⁵⁴¹ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 234, p. 91.

¹⁵⁴² A. GOUËZEL, « Mention manuscrite et cautionnement d'un bail d'habitation : entre étonnement et interrogations », préc.

¹⁵⁴³ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. p. 134, n° spéc. 77.

¹⁵⁴⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 253, p. 184.

lui-même ». À travers ce texte, le législateur opère, d'une part, une généralisation¹⁵⁴⁵ de l'exigence formelle en matière de cautionnement, issue de la loi du 31 décembre 1989 en élargissant son champ d'application¹⁵⁴⁶, et fait du contrat de cautionnement, un contrat solennel¹⁵⁴⁷, d'autre part. En effet, le formalisme requis intéresse tous les cautionnements sous seing privé conclus par une personne physique au profit d'un créancier professionnel et, est exigé à peine de nullité de l'engagement. Alors même que ces règles étaient cantonnées au cautionnement en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier, le législateur opère ainsi, une réforme inattendue du régime juridique du cautionnement¹⁵⁴⁸.

569. Désormais, l'article L. 331-1 (ancien article L. 341-2) du Code de la consommation subordonne la validité des cautionnements à la rédaction par les mains de la caution de la mention prescrite relative au montant et à la durée de son engagement. De même, selon l'article L. 341-3 (devenu article L. 331-2) du Code de la consommation, « Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ». Par cette loi de 2003, le législateur en consacrant un retour au formalisme, condition de validité du contrat de cautionnement¹⁵⁴⁹, entendait protéger efficacement le consentement des cautions en leur faisant prendre pleinement conscience de la portée de leur engagement ; en ce sens le formalisme prescrit par ces dispositions, a une fonction informative¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁵ La généralisation du domaine des dispositions issues de la loi de 2003, d'une part exige logiquement que ces dispositions soient inscrites dans le Code civil, et l'abrogation des mêmes dispositions contenues dans la loi *Neiertz* du 31 décembre 1989 avec lesquelles elles font doublon, d'autre part.

¹⁵⁴⁶ Sauf échappés au formalisme prescrit par la loi *Dutreil*, les cautionnements conclus par acte authentique, ceux souscrits par une personne morale, ou enfin ceux conclus au profit d'un créancier non professionnel.

¹⁵⁴⁷ M.-P. DUMONT, « Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », préc. p. 438.

¹⁵⁴⁸ Y. PICOD : Droit des sûretés, préc. spéc n° 77, p. 133 : « ...C'est au moment où l'édifice commençait à se consolider, après de nombreuses turbulences, que le législateur a décidé de le remettre en cause, à l'occasion d'un amendement de la fameuse loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique » ; D. LEGEAIS, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E.* 2003, n° 1433 ; L. AYNES : « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr. nov.* 2003, p. 28 et s. : « ... Le législateur a opéré un revirement aussi brutal qu'inattendu » ; F. PASQUALINI, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », préc., p. 3 ; A. PRÜM, « Protéger les cautions contre elles-mêmes », préc., p. 269 ; S. PIEDELIEVRE, « La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003 », *Deffrénois* 2003, p. 1372.

¹⁵⁴⁹ La mention manuscrite étant une condition de validité du contrat, toute irrégularité formelle doit être sanctionnée par la nullité du contrat, cf. Cass. com. 5 juin 2012, arrêt n° 11-19627, *Bull. civ.* II, n° 113, *JCP E* 2012, 1501, note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2012, 1604, obs. X. DELPECH ; *RTD. com.* 2012, 603, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et droit*, juill.-août 2012, p. 4, obs. E. NETTER. A propos d'un aval irrégulier qui aurait pu valoir comme un cautionnement de droit commun, mais qui était dépourvu de la mention légale.

¹⁵⁵⁰ D. LEGEAIS, Droit des sûretés, préc. n° 158, p. 130.

570. Mais cette ambition du législateur, si vertueuse¹⁵⁵¹ qu'elle soit, a engendré beaucoup de difficultés. En effet, on peut regretter que le législateur exige le formalisme de la mention manuscrite indépendamment de la qualité de la caution. Car, au regard des articles L. 341-2 et L. 341-3 (devenus L. 331-1 et L. 331-2) du Code de la consommation tels qu'issus de la loi de 2003, une caution professionnelle ou non, même commerçante, à condition d'être une personne physique¹⁵⁵², pourrait invoquer ces textes pour demander l'annulation de son engagement. C'est ainsi que la jurisprudence a admis a considéré que la mention manuscrite prescrite par les textes précités est également exigée pour les cautionnements souscrits par les dirigeants sociaux, même si ceux-ci sont des personnes averties¹⁵⁵³.

571. Cette solution tranche avec la tendance jurisprudentielle qui consiste à traiter les cautions profanes et les cautions averties selon des règles différenciées. Cependant, elle est conforme à la lettre de la loi, qui ne distingue pas au sein des cautions personnes physiques, mais plutôt selon que les cautions sont des personnes physiques ou des personnes morales, les premières bénéficiant d'une protection plus accrue. Ceci étant, « *il n'y a alors plus lieu de distinguer entre le consommateur et le professionnel. Ces règles qui figurent actuellement majoritairement dans le Code de la consommation s'éloignent pourtant de la philosophie du droit de la consommation qui nécessite pour l'application de ses règles, tout du moins sous forme de principe, une double condition à savoir une personne physique et ne pas agir à des fins professionnelles* ». Cette généralisation du formalisme à toutes les cautions personnes physiques ouvrent d'une part, une voie inespérée aux cautions de mauvaise foi, appelées en paiement, qui tenteront par tous les moyens d'invalider les engagements, dont elles avaient pourtant très bien compris le sens, la nature et la portée, entraînant ainsi un accroissement du contentieux¹⁵⁵⁴, susceptible de « *porter les créanciers nécessairement vers les rives d'autres*

¹⁵⁵¹ M.-P. DUMONT, « Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », préc. p. 439 ; D. LEGEAIS, Droit des sûretés, préc., n° 155, p. 128, où l'auteur s'interroge même si le caractère vertueux de ce formalisme jugé excessif.

¹⁵⁵² D. LEGEAIS, Droit des sûretés, préc. n° 156, p. 128, « les cautions concernées sont les seules personnes physiques. Les établissements de crédit et plus généralement les personnes morales se portant caution ne sont donc pas visées. Elles ne méritent pas la protection réservée aux personnes physiques. La loi n'opère pas de distinction. Il faut en déduire que la loi s'applique aux cautions, qu'elles soient profanes ou averties. Le législateur refuse ainsi de tenir compte de la distinction opérée par la jurisprudence entre les différentes catégories de caution ».

¹⁵⁵³ Cass. com. 10 janv. 2012, arrêt n° 10-26630, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, que les articles L. 341-2 et L. 341-3 (devenus articles L. 331-1 et L. 331-2) du Code de la consommation sont applicables à « *toute personne physique, qu'elle soit avertie ou non* » et Cass. 1^{re} civ. 8 mars 2012, arrêt n° 09-12246, D. 2012, p. 1102, note L. THIBIERGE ; JCP G, 2012, 517, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹⁵⁵⁴ A. CERLES, « La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux », préc., p. 68.

sûretés plus prometteuses et plus solides, c'est-à-dire plus dangereuses »¹⁵⁵⁵ pour les cautions, d'autre part.

572. Cette généralisation n'est donc pas « *satisfaisante car elle est utile que si la caution a des connaissances limitées, voire inexistantes, en matière de crédit et de garanties. Ce n'est normalement pas le cas de toutes les personnes physiques, notamment certains dirigeants cautions qui, de par leurs fonctions au sein de la société débitrice, voire des études et des expériences professionnelles qui y ont conduit, ne sauraient ignorer que les garanties sont la rançon du crédit et que le cautionnement est un engagement juridique contraignant qui engage l'ensemble du patrimoine personnel en cas de défaillance de l'entreprise débitrice* »¹⁵⁵⁶. Quoiqu'on n'en pense, les règles nouvelles s'appliquent à la caution personne physique et toute autre interprétation serait *contra legem*. Cet égard pour la seule caution personne physique n'est pas dénué de fondement. Car, « (...) *le souci d'une protection efficace oblige à reconnaître qu'il n'y a pas un contractant abstrait, saisi dans sa qualité générale de partie. Telle était la vue du Code civil, que le réalisme de la sociologie s'est employé à ruiner. A deux égards, la personne physique se sépare de la personne morale : par le processus de décision et par les conséquences de l'endettement. Sous ce dernier aspect, les drames du surendettement et de l'exclusion réclament des égards pour la seule personne physique, au moment où le principe de dignité de la personne est sur toutes les lèvres. À mesure que le spectre du surendettement se fait plus menaçant, la caution personne physique fait l'objet d'une protection spéciale (...). Un droit de la personne se construit progressivement, qui balaie les autres critères. Pas totalement, cependant, puisque les règles nouvelles saisissent la personne physique dans ses relations avec le créancier professionnel* »¹⁵⁵⁷.

573. La caution est tenue de se conformer au formalisme de la mention manuscrite comme prévu par les textes lorsqu'elle s'engage envers un créancier professionnel. Malheureusement, le législateur en 2003 n'a pas trouvé nécessaire de donner une définition à la notion de créancier professionnel, laquelle n'a pas manqué de créer des difficultés. Pour pallier cette carence de la loi, la chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt en date du 9 juillet 2009, décidé qu'il faut entendre par créancier professionnel, « *celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles,*

¹⁵⁵⁵ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, préc. n° 220, p. 153.

¹⁵⁵⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 258, p. 188 et s.

¹⁵⁵⁷ L. AYNES, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr.* 2003, n° 120, p. 28.

même si celle-ci n'est pas principale »¹⁵⁵⁸. Cette admission large de la notion de créancier professionnel¹⁵⁵⁹, n'a pas échappé au législateur, qui dans l'ordonnance du 14 mars 2016, à l'article liminaire du Code de la consommation, a défini le professionnel comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». Si cette nouvelle définition semble satisfaire certains auteurs, qui la trouvent plus compréhensive parce qu'« *aucun lien direct avec l'activité n'est exigé* »¹⁵⁶⁰. D'autres, en revanche, la considèrent moins éclairante, voire peu satisfaisante et suggèrent une formulation plus simple et adéquate, au sujet des activités, en retenant plutôt « *les activités n'entrant pas dans le cadre d'une activité professionnelle quelconque* »¹⁵⁶¹. Quelle que soit la définition retenue, les juridictions se montrent généralement très protectrices des cautions personnes physiques, en admettant très souvent la qualification de créancier professionnel¹⁵⁶². Le contenu de la mention doit être écrit de la main de la caution elle-même qui ne saurait se substituer à un tiers, fût-il un préposé¹⁵⁶³ et signée par elle, sous peine de nullité de l'engagement. Une telle exigence apparaît pour le législateur comme un moyen de mieux protéger le consentement de la caution en l'informant sur la nature et de la portée de son engagement¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁵⁸ Cass. 1^{re}, civ. 9 juill. 2009, *Bull. civ.* I, n° 173 ; G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement du cautionnement », *RLDA* 2008, n° 31, p. 134 et s. ; O. GOUT, « La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement », *RLDC*, 2009, n° 66, p. 24.

¹⁵⁵⁹ M. BOURASSIN V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 257 p. 187 ; D. LEGEAS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 156, p. 129 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 129, p. 93 ; M. GRIMALDI, « Pour une réforme globale des sûretés », *Dr. et patr.* sept 2005, n° 140, p. 58, pour qui, « l'expression vise, ben sûr, les établissements de crédit, qui font réellement profession d'être créanciers, puisque le crédit est leur objet même. Mais elle devrait certainement être comprise comme embrassant aussi tous commerçants ou sociétés commerciales, créanciers garantis par des cautions dans le cadre de leur activité professionnelle ou statutaire »

¹⁵⁶⁰ M. BOURASSIN V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 257, p. 188

¹⁵⁶¹ Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 3^e éd., Paris, Sirey 2015, spéc. n° 35 ; G. PIETTE, « Le cautionnement dans le nouveau Code de la consommation », *Lexbase Hebdo*, La lettre juridique, n° 651, 14 avril 2016, p. 2, cité par G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, préc. note 164.

¹⁵⁶² Cass. com. 27 sept. 2017, arrêt n° 15-24895, *Gaz. Pal.* 21 nov. 2017, p. 26, obs. M.-P. DUMONT, *JCP G* 2018, 1239, n° 5, note Ph ; SIMLER ; *AJ contrats* 2017, 544, obs. Y. PICOD, à propos d'une association professionnelle de solidarité de tourisme.

¹⁵⁶³ Cass. com. 13 mars 2012, arrêt n° 10-27814, *Gaz. Pal II*, 2012, p. 942, obs. C. ALBIGES ; *RDC* 2012, 1265, obs. A.-S. BARTHEZ., où a été décidé qu'« est nul l'engagement de caution, pris par acte sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel, qui ne comporte pas la mention manuscrite exigée par l'article L. 341-2 du code de la consommation ; qu'ayant constaté que les mentions manuscrites de l'acte de caution avaient été rédigées par la secrétaire, la cour d'appel, en a exactement déduit que, même si la signature de la caution n'était pas contestée, l'acte devait être annulé » ; *contra*, Cass. com. 20 sept. 2017, arrêt n° 12-18364, *JCP E* 2017, 1638, note D. LEGEAS ; *GP.*, 21 nov. 2017, p. 27, obs. C. ALBIGES ; *Defrénois* 7 juin 2018, p. 41, obs. S. CABRILLAC ; *RTD. civ.* 2018, 176, obs. P. CROCQ, où il a été admis que la secrétaire de la caution puisse rédiger la mention manuscrite, la caution, n'avait pas la maîtrise de la langue française.

¹⁵⁶⁴ Cette méthode de protection n'est pas entièrement partagée car, « (...) recopier servilement une page d'écriture n'est probablement pas la meilleure solution pour s'assurer du consentement du garant », cf. M.-P. DUMONT, « Le formalisme du droit du cautionnement : une proposition de réforme », préc. p. 445 ; M. GRIMALDI, « Orientations générales », *in* Pour une réforme globale des sûretés », préc. p. 57, où l'auteur fustige les mentions

574. Le formalisme est censé inciter à la réflexion et l'organe de ce formalisme est la main et « *la main, la plus importante des parties du corps, éclaire la volonté par ce qu'elle écrit* »¹⁵⁶⁵. Néanmoins la mention manuscrite exigée par la loi du 1^{er} août 2003 telle que modifiée par l'ordonnance du 14 mars 2016 semble difficilement s'articuler avec certains textes du Code civil, car, elle exclut tout procédé mécanique d'écriture¹⁵⁶⁶. En effet, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 relative au commerce électronique autorise que l'écrit exigé *ad validitatem* soit établi sous forme électronique¹⁵⁶⁷, sauf en matière de sûretés, l'utilisation d'une telle technique doit se faire pour les besoins de la profession de celui qui s'engage¹⁵⁶⁸. De même que la mention elle-même, la signature manuscrite peut être remplacée par une signature électronique¹⁵⁶⁹. En conséquence de ce qui précède, le cautionnement ne peut être souscrit par voie électronique que, s'il est reçu par acte authentique ou par la caution dirigeante¹⁵⁷⁰, pour les besoins de sa profession. Et la reproduction manuscrite du formalisme prescrit, demeure de rigueur pour les cautions profanes ou non averties. Par ailleurs, la conformité aux mentions légales exigées, sonnent comme une restriction à la liberté des parties¹⁵⁷¹ quant à la délimitation de l'étendue du cautionnement. En effet, la caution est tenue de préciser le montant et la durée de son engagement, le cautionnement ne pouvant dès lors être, ni *omnibus*, ni à durée indéterminée. Il en est de même pour le cautionnement solidaire puisque qu'il résulte de l'article L. 331-3 du Code la consommation, que « les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires ». Le cautionnement doit être défini par l'indication d'un plafond propre à l'engagement de la caution, incluant le principal et les accessoires. En cas de respect de la lettre de la mention, les intérêts, les accessoires sont garantis, mais dans la limite du plafond indiqué. Si l'interdiction d'un cautionnement *omnibus* peut se justifier au regard de l'objectif de protection des personnes physiques contre les

manuscrites prescrites par la loi *Dutreil* en écrivant que « ces mentions imposées sont inutiles que lourdes, et au surplus source de contentieux où la bonne foi ne trouve pas toujours son compte ».

¹⁵⁶⁵ M. MIGNOT, Cours de Droit des sûretés, Montchrestien, 2010, n° 206 et s., p. 86.

¹⁵⁶⁶ L. BOUGEROL, G. MEGRET, Droit du cautionnement, préc. n° 83, p. 83.

¹⁵⁶⁷ Art. 1174 du C.civ., ancien article 1108-1 dudit code.

¹⁵⁶⁸ Art. 75 du C. civ., anc. art. 1108-2 dudit code.

¹⁵⁶⁹ Art. 1367 du C. civ.

¹⁵⁷⁰ D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », préc. p. 599.

¹⁵⁷¹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 158, p. 130 ; L. BOUGEROL, G. MEGRET, Droit du cautionnement, préc. n° 85, p. 84.

engagements irréfléchis, sources de surendettement¹⁵⁷², l'exigence d'une durée déterminée ne nous paraît pas profitable à la caution. Car, elle pourrait se retourner contre celle-ci puisqu'elle est privée de « *la faculté de résiliation unilatérale du contrat* »¹⁵⁷³.

575. Le formalisme tel que prescrit par la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique, « *très pointilleux et rigoureux* »¹⁵⁷⁴ ne laisse de place, ni à aucune autre formulation, ni aucune autre sanction car au regard de l'article L. 331-1 (ancien article L. 3441-2) du Code de la consommation, la mention manuscrite doit être « *uniquement* » celle édictée par le législateur, à défaut le cautionnement est frappé de nullité relative. La nullité est relative parce qu'il s'agit d'un ordre public de protection¹⁵⁷⁵ ayant « *pour finalité la protection des intérêts de la caution* »¹⁵⁷⁶ ; qui seule, peut s'en prévaloir et qui a la possibilité d'y renoncer¹⁵⁷⁷ en exécutant volontairement son engagement en connaissance du vice l'affectant. Malgré cette rigueur du texte législatif, qui commande qu'on s'y conforme, certaines difficultés ont surgi relativement au recopiage de la mention manuscrite. Il s'est posé aux juridictions, la question de savoir, en cas d'omission dans la reproduction de la mention manuscrite, quelles sanctions adoptées ou quelles omissions sanctionnées ? Selon un auteur, la réponse à cette préoccupation, invite à faire deux analyses. En effet, « *il est permis d'adopter une interprétation littérale du texte en sanctionnant tout non-respect, même si celui qui doit être protégé n'en subit aucune conséquence. Cette analyse, pouvant conduire à des solutions absurdes, peut protéger des cautions de mauvaise foi. Néanmoins, elle favorise la sécurité juridique et incite au respect de la loi. Une autre analyse encourage une lecture téléologique du texte. La nullité n'est prononcée que si le non-respect du formalisme a bien altéré le consentement de la personne protégée* »¹⁵⁷⁸. Les hauts magistrats ont apporté des tempéraments à la rigueur législative en refusant une interprétation purement littérale de la mention manuscrite comme prescrite. C'est ainsi qu'il a été décidé que l'omission de la conjonction, « *et* », entre l'indication du montant dû et celle de la durée, n'est pas une cause de nullité de l'engagement de la caution, dans le sens

¹⁵⁷² L. AYNES, P. CROCQ, Droit civil, Droit des sûretés, préc. n° 210, p. 101.

¹⁵⁷³ L. BOUGEROL, G. MEGRET, Droit du cautionnement, préc. n° 85, p. 84.

¹⁵⁷⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 259, p. 190.

¹⁵⁷⁵ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 159, p. 131.

¹⁵⁷⁶ Cass. com. 5 févr. 2013, *Bull. civ.* IV, n° 20.

¹⁵⁷⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 261, p. 195, « Cette application de la théorie moderne des nullités conduit à reconnaître à la caution le droit de renoncer à agir en nullité. Cette confirmation doit respecter les conditions figurant dans l'article 1182 du Code civil : l'acte de confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat ; il doit mentionner l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat ; la nullité à agir peut être tacite ».

¹⁵⁷⁸ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 159, p. 131 ; M.-P. DUMONT, « Le formalisme du droit du cautionnement : Proposition de réforme », préc. p. 440 et s.

où « elle n'affecte ni le sens ni la portée de la mention manuscrite¹⁵⁷⁹. Également la place de la virgule a été minimisée par la Cour de cassation¹⁵⁸⁰ afin de déclarer valable l'engagement d'un garant contenant une virgule entre la mention de l'article L. 331-1 (ancien article L. 341-2) et celle de l'article L. 331-2 (ancien article L. 341-3) du Code de la consommation. C'est dans cet élan qu'elle décida que la sanction du non-respect de la formulation exigée pour la solidarité ne porte pas atteinte à la validité du cautionnement, mais se résume à la seule perte du bénéfice de la solidarité¹⁵⁸¹. Mais toute une série d'erreurs matérielles a¹⁵⁸² retenu la validité du cautionnement, à rebours du rigorisme des mentions exigées par le législateur. La jurisprudence faisant preuve d'une certaine souplesse à travers une interprétation téléologique de la mention manuscrite telle qu'éditée par la loi du 1^{er} août 2003. Mais cette interprétation téléologique, très souvent défavorable aux cautions¹⁵⁸³, n'a pas tout le temps prévalu. En effet, à rebours de la tendance générale, qui consistait à un assouplissement de la rigueur littérale du formalisme légal, certaines décisions se sont néanmoins, conformées à la lettre des textes, souvent de façon excessive¹⁵⁸⁴. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'omission de l'indication du débiteur principal¹⁵⁸⁵, voire une erreur de sa désignation, entrave la compréhension de la caution quant à sa qualité de débiteur de second rang et contredit en outre le caractère *intuitus personae* du cautionnement à

¹⁵⁷⁹ Cass. com. 9 nov. 2004, n° 02-17028, *Bull. civ. I*, n° 254, p. 212 ; *JCP G I*, 2005, 135, n° 4, obs. Ph. SIMLER ; *JCP E*, 2005, n° 5, obs. D. LEGEAIS, où la Cour de cassation a estimé que la moindre différence entre la mention reproduite par la caution et la formule légale donne pas lieu automatiquement à la nullité du cautionnement dès lors qu'elle ne modifie pas le sens de cette dernière.

¹⁵⁸⁰ Cass. com. 5 avr. 2011, n° 09-14358, *Bull. civ. IV*, n° 55, p. 65 ; *LPA* 9 nov. 2011, n° 225, p. 15, obs. M. MIGNOT ; Cass. com. 5 avr. 2011, n° 10-16426, *D.* 2011, p. 1132, obs. V. AVENA ROBARDÉ, où la haute juridiction française a décidé que « l'apposition d'une virgule entre la formule caractérisant l'engagement de la caution et celle relative à la solidarité n'affecte pas la portée des mentions manuscrites conformes aux dispositions légales ».

¹⁵⁸¹ Cass. com. 8 mars 2011, *JCP E* 2011, 1270, note D. LEGEAIS ; *BJS.*, 2011, p. 470, note D. HOUTCIEFF, la haute Cour a considéré que seule la stipulation de solidarité, qui est une modalité de l'engagement étant, affectée, l'engagement souscrit demeure valable, mais en tant que cautionnement simple et non solidaire ; V. dans le même sens, Cass. 1^{re}, civ. 5 avr. 2012, n° 11-12515, *D.* 2012, pan. 1578, obs. P. CROCQ ; *RDBF.* 2012, n° 86, obs. A. CERLES.

¹⁵⁸² Cass. com. 1^{er} oct. 2013, *Bull. civ. IV*, n° 143 ; Cass. com. 27 mai 2014, n° 13-16989, où l'omission telle que « mes biens », qui limitait le gage du créancier aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement, mais plutôt à réduire son étendue ; V. Cass. com. 4 nov. 2014, arrêt n° 13-24706, où l'omission du terme « intérêts » n'avait pas pour conséquence l'annulation du cautionnement, mais de limiter l'étendue de l'engagement ; Cass. 1^{re}, civ. 5 avr. 2012, *Bull. civ. I*, n° 84, le non recopiage de la mention relative à la solidarité a entraîné la disqualification du cautionnement stipulé « solidaire », en cautionnement simple ; V. également Cass. 1^{re}, civ. 10 avr. 2013, *Bull. civ. I*, n° 74 ; Cass. com. 8 juill. 2014, n° 13-20621, l'adjonction des termes « personnel et solidaire », n'invalide pas le cautionnement ; Cass. 1^{re}, civ. 10 avr. 2013, n° 12-18544, *Bull. civ. I*, n° 74, *D.* 2013, 1707, obs. P. CROCQ ; *Dr. et patr.*, juill. 2013, obs. L. AYNES ; *JCP E* 2013, 1268, obs. D. LEGEAIS, « l'évocation du caractère « personnel et solidaire » du cautionnement, d'une part, n'affectaient ni le sens ni la portée des mentions manuscrites par les articles L. 341-2 et suivant du Code de la consommation ».

¹⁵⁸³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 259, p. 190.

¹⁵⁸⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 259, p. 192.

¹⁵⁸⁵ Cass. com. 15 nov. 2017, n° 15-28502, confirmé par Cass. com. 9 juill. 2019, n° 17-22626, « le débiteur doit être désigné dans la mention manuscrite apposée par la caution par son nom ou sa dénomination sociale, et ne peut l'être par l'enseigne » ; V. également, Cass. com. 7 févr. 2018, n° 16-20586, où il a été décidé que l'omission de la conjonction « si » entrave la compréhension de l'une des spécificités majeures du cautionnement, notamment son caractère subsidiaire.

l'égard du débiteur. L'interprétation du formalisme par certains arrêts a été poussée à l'excès à tel point que la chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans une décision en date du 22 janvier 2013, annulé un cautionnement parce que la signature précédait la mention manuscrite¹⁵⁸⁶. Mais cette jurisprudence connaîtra plus tard un assouplissement car seront validés des cautionnements dans lesquels, la caution avait soit signée au milieu et à droite de la mention manuscrite¹⁵⁸⁷, soit celle-ci avait fait suivre la mention manuscrite d'un paragraphe¹⁵⁸⁸, et non d'une signature.

576. Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement¹⁵⁸⁹ telles que résultant des interprétations jurisprudentielles de la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique n'a pas manqué de faire réagir la doctrine. Certains auteurs, peu favorables à un formalisme validant, mais plutôt probatoire¹⁵⁹⁰, d'autres souhaitant une réécriture¹⁵⁹¹, voire une suppression¹⁵⁹², n'ont pas épargné le formalisme de la mention manuscrite des critiques les plus acerbes¹⁵⁹³. En dépit de ces réactions, le formalisme informatif au regard de l'objectif qui est le sien, peut permettre de sécuriser le contrat de cautionnement : « *d'une part, en responsabilisant*

¹⁵⁸⁶ Cass. com. 22 janv. 2013, n° 11-22831, *D.* juill. 2013, n° 25, pan., p. 1708, obs. P. CROCQ ; *adde*, Cass. com. 17 sept. 2013, *Bull. civ.* I, n° 132 ; *JCP E* 2013, 1573, p. 51, note D. LEGEAIS ; Cass. com. 1^{er} avr. 2014, arrêt n° 13-15735 ; Cass. com. 26 juin 2019, arrêt n° 18-14633. Dans l'espèce ayant donné lieu à une telle décision, une gérante de société s'était portée caution, du compte courant de son entreprise. La société mise en liquidation, la banque créancière poursuivi en paiement la caution. Mais, celle-ci invoqua la nullité de son engagement pour absence de la mention manuscrite. La cour d'appel ne donna pas suite à sa demande, estimant que « la circonstance que la signature précède et ne suive pas la mention manuscrite était sans effet sur la validité de l'acte de cautionnement, dès lors qu'il énonçait précisément le débiteur garanti et le montant de l'obligation cautionnée ». Mais la Cour de cassation censure la décision des juges d'appel au motif qu'au regard des articles 1326 et 2292 du Code civil et l'article L. 341-2, « l'acte de cautionnement contrevient à l'exigence, prévue à peine de nullité, selon laquelle l'engagement manuscrit doit précéder la signature, la cour d'appel a violé par fausse application les premiers des textes susvisés et par défaut d'application le dernier de ces textes ».

¹⁵⁸⁷ Cass. com., 28 juin 2016, n° 13-27245.

¹⁵⁸⁸ Cass. 1^{re}, civ. 22 sept. 2016, n° 15-19543.

¹⁵⁸⁹ I. TRICOT-CHAMARD, « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement : suite ou fin ? », *JCP G* 2004, I, 112, « La mention manuscrite exigée par l'article 1326 du Code civil est depuis vingt ans la source d'une grande insécurité juridique ne matière de cautionnement. L'instabilité de la jurisprudence ainsi que les divisions quant au rôle et au contenu de cette indication ont affecté e crédit de la sûreté. La chambre commerciale et la première chambre de la Cour de cassation ont toutefois, par des revirements de jurisprudence récents, mis un terme à ces tribulations. Cependant de nouvelles sources d'hésitation et les cas échéant d'insécurité – la dernière résulte de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique – surgissent ».

¹⁵⁹⁰ M.-P. DUMONT-LEFRAND « Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », préc. p. 448 ; M. MIGNOT, « Présentation générale », *in* La réforme du droit des sûretés, dir. L. ANDREU et M. MIGNOT, éd. I UV, 2019, p. 11.

¹⁵⁹¹ J.-D. PELLIER, « Une certaine idée du cautionnement. À propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant », *D.* 2018, p. 686, où l'auteur écrit qu'« il paraît, en effet, raisonnable, et même nécessaire, de remettre de l'ordre dans les mentions manuscrites ».

¹⁵⁹² D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 159, p. 133 ; L. BOUGEROL, G. MERET, *Droit du cautionnement*, préc. n° 89, p. 89.

¹⁵⁹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 262, p. 196. Les auteurs, mettant en lumière les reproches à l'encontre du formalisme, écrivent ceci : « Le formalisme informatif tel qu'il s'est développé depuis la fin des années 1980, présente, de graves défauts : le caractère fréquemment abscons et pesant de l'information fournie, le caractère rigide du formalisme, le caractère excessif de la sanction du non-respect de la forme requise, le caractère incohérent de la codification des exigences de forme ».

la caution ; d'autre part, en réduisant les sources de contestation de son engagement par la caution, le formalisme étant ainsi, en dépit de ses contraintes, également "protecteur" »¹⁵⁹⁴ des intérêts du créancier¹⁵⁹⁵. C'est la raison pour laquelle, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, présenté en septembre 2017 sous l'égide de l'Association Henri Capitant, n'a pas abandonné le formalisme¹⁵⁹⁶ de la mention manuscrite ; mieux, il maintient la sanction de la nullité¹⁵⁹⁷ en cas de non-respect. Cette réforme « tempère la rigueur actuelle du droit de la consommation en imposant des exigences formelles simplifiées »¹⁵⁹⁸, et préconise à juste titre la suppression des textes du Code de la consommation portant sur le formalisme du cautionnement au profit d'un futur article 2298 à inscrire dans le Code civil, dont la teneur est la suivante : « La caution personne physique appose elle-même, à peine de nullité de son engagement, la mention qu'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 cautionnement solidaire, la caution reconnaît dans ladite mention être tenue solidairement et ne pouvoir exiger du créancier ni qu'il ne poursuive d'abord le débiteur, ni, le cas échéant, qu'il divise ses poursuites entre les cautions ». Par ailleurs, il nous paraît regrettable, au regard de toutes ces réformes successives, que la généralisation du formalisme de la mention manuscrite se fasse indépendamment de la qualité de la caution. Car, une caution avertie, sauf circonstances particulières, ne mérite pas la même protection qu'une caution profane, étant entendue que « l'une ou l'autre n'ont pas la même aptitude à prendre conscience de la gravité de leur engagement »¹⁵⁹⁹. Il serait peut être judicieux¹⁶⁰⁰ de réserver le formalisme validant respectant celui prévu par le législateur au bénéfice des cautions profanes ou non averties¹⁶⁰¹ et, pour les cautions averties, soit abandonner

¹⁵⁹⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*

¹⁵⁹⁵ A. LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber Amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz 2003, cité par M. BOURASSIN et V. BREMOND, *ibid.*

¹⁵⁹⁶ M. GRIMALDI, D. MAZEAUD, P. DUPICHOT, « Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés, préc. Les auteurs pour justifier la réforme écrivent ceci : « Il est indispensable dans l'intérêt des acteurs économiques (créanciers et cautions), de clarifier le droit du cautionnement, très fragilisé par l'intermittence contentieuse que suscitent notamment le formalisme qui l'encadre et l'exigence de proportionnalité »

¹⁵⁹⁷ La sanction de la nullité ne devrait cependant pas être considérée comme l'horizon indépassable car en ce qui concerne le cautionnement solidaire, on pourrait circonscrire la nullité pour vice de forme et consacrer la disqualification du cautionnement solidaire en cautionnement simple comme le fait la jurisprudence. Cela permettra de rattraper l'occasion manquée par le législateur, dans l'ordonnance du 14 mars 2016 portant recodification à droit constant du droit de la consommation, de prévoir une autre sanction autre que la nullité prévue dans l'article L. 343-2.

¹⁵⁹⁸ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 136, p. 103.

¹⁵⁹⁹ D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », préc., p. 603 ; M. ZIO, *Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation*, Thèse préc., n° 180, p. 127 ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le formalisme du droit du cautionnement : Proposition de réforme », préc., p. 448.

¹⁶⁰⁰ Solution répondant aux finalités de la réforme imposées par la loi pacte du 22 mai 2019, notamment renforcer la sécurité juridique et l'efficacité du cautionnement, tout en assurant la protection de la caution personne physique.

¹⁶⁰¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 262, p. 197, qui proposent de « réserver le formalisme *ad validitatem* aux cautions personnes physiques qui s'engagent à des fins professionnelles, pour

le formalisme comme prévu par les articles L. 331-1 et L. 331-2 du Code de la consommation¹⁶⁰², soit prescrire un formalisme ouvert¹⁶⁰³ dont la formulation sera librement déterminée par les parties et censée refléter leur volonté.

SECTION 2 : LES EXCEPTIONS À LA MENTION MANUSCRITE

577. La caution qui s'engage à garantir la dette du débiteur principal est tenue - qu'elle soit une caution consommatrice ou une caution de droit commun - de rédiger de manière manuscrite des formules sacramentelles¹⁶⁰⁴ prévues par les textes, dont la finalité est la protection de son consentement¹⁶⁰⁵. Toutefois, il s'est posé la question de savoir comment parvenir à protéger de manière efficace le consentement de la caution lorsque cette dernière n'est pas en mesure de reproduire la mention manuscrite ou lorsqu'elle souhaite tout simplement ne pas l'observer. Pour y remédier, le législateur a créé un mécanisme permettant à certaines catégories de cautions de s'affranchir des exigences formelles comme prévues par les textes. Ainsi, la caution bénéficie de certaines dérogations à l'exigence de la mention manuscrite dont le but est pourtant de faciliter la maîtrise de la gravité de son engagement. Ce mécanisme, qui concerne la procédure à adopter pour la rédaction du cautionnement, donne la latitude à ces cautions de s'adresser ou de s'attacher les services d'une personne avisée, notamment des professionnels du droit dont les actes dressés à l'occasion par ceux-ci, sont dispensés de la mention manuscrite prescrite (§ 1), mais qui assurent la protection de la caution (§ 2).

l'essentiel celles entretenant des liens affectifs avec le débiteur », mais refuse à tort que par ce biais soit « consacré l'opposition prétorienne entre les cautions "averties" et non "non averties", dont le caractère éminemment subjectif risquerait d'accroître l'imprévisibilité entourant la formation du cautionnement, mais étendre le critère axé sur les fins poursuivies, professionnelles ou non, qui préside déjà à l'application de quelques textes du Code civil gouvernant les sûretés (dont l'article 1175) et évite la mise en œuvre incertaine d'un faisceau d'indices pour mesurer la compréhension du candidat-caution quant à la nature et à la portée de l'engagement ».

¹⁶⁰² M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le formalisme du droit de la consommation : Proposition de réforme », *ibid*, où l'auteur formulant une proposition d'évolution du formalisme légal écrit ceci : « ...Pourquoi ne pas distinguer entre les cautions, personnes physiques, averties et non averties, ou encore agissant ou non à des fins professionnelles ? Pour les cautions non averties ou n'agissant pas à des fins professionnelles, il faudrait conserver "un formalisme fermé" et n'admettre que les éventuelles rectifications pour erreurs matérielles. En revanche, pour les cautions averties et agissant à des fins professionnelles, il serait opportun d'abandonner ce formalisme légal source de contentieux, même si les juges souvent été fort judicieux dans leur réponses » ; G. PIETTE, « La mention manuscrite dans le contrat de cautionnement, encore et toujours ! », note ss. Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14358 et n° 10-16426, Lexbase Hebdo, éd. Privée générale, n° 442, pour qui « ces textes ont provoqué un contentieux pléthorique et imprévisible (...) dont la meilleure solution pour y remédier est leur abrogation pure et simple ».

¹⁶⁰³ L. ANDREU, « La simplification du droit des sûretés », *in* La simplification du droit, D. BERT, M. CHAGNY, A. CONSTANTIN (dir.), Institut universitaire Varenne, Lextenso, 2015, n° 14, p. 197.

¹⁶⁰⁴ C. LE GALLOU, « Mentions manuscrites : faire des lignes pour protéger ? », *RLDC*, n° 131, 29 oct. 2015.

¹⁶⁰⁵ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, Droit des sûretés, préc. n° 238, p. 163.

§ 1 : Les actes dispensés de la mention manuscrite

578. L'ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, remplaçant certaines dispositions de la loi n° 2011-321, du 28 mars 2011, portant modernisation des professions judiciaires et juridiques et de certaines professions réglementées, permet à la caution qui ne peut se conformer aux prescriptions formelles nécessaires pour la validité du cautionnement, de recourir à un acte authentique, généralement dressé par un notaire¹⁶⁰⁶ ou un acte contresigné par avocat¹⁶⁰⁷ ; ce qui a, pour finalité de l'exempter de l'apposition de la mention manuscrite telle qu'exigée par la loi. À cet effet, l'article 1374, alinéa 3 du Code civil dispose que « l'acte sous signature privée contresigné par avocat est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». Il en est de même de l'article 1369 du Code civil, qui prescrit que « l'acte authentique lorsqu'il est reçu par un notaire est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». Ces différents textes s'inscrivent dans la voie qu'avait empruntée la jurisprudence, consistant à réduire le champ d'exigence de la mention manuscrite en dispensant certains cautionnements de ladite exigence.

579. À propos du cautionnement authentique, un auteur affirme à juste titre que « *Le cautionnement consenti par acte authentique échappe aux prévisions de l'article 1326 du Code civil. Il n'est pas non plus soumis au formalisme du Code de la consommation* »¹⁶⁰⁸. En dispensant ainsi certains actes du formalisme légal prescrit, le législateur évince au profit d'une catégorie de cautions, le formalisme de droit commun, d'une part et le formalisme spécifique de certaines matières, d'autre part. Néanmoins, il n'est pas allé jusqu'à « *l'imposition de la souscription du cautionnement par acte authentique, qui aurait pu être une voie judiciaire* »¹⁶⁰⁹.

A- L'éviction du formalisme de droit commun de l'acte notarié et l'acte contresigné par avocat

580. Le cautionnement est un contrat essentiellement unilatéral, qui « *à l'image des deux visages de JANUS, est tourné par tradition vers le consensualisme, mais qui regarde*

¹⁶⁰⁶ C. LE GALLOU *ibid.*

¹⁶⁰⁷ D. MAZEAUD, « L'acte contresigné par avocat », *RDC*, n° 3, juill. 2011, p. 873 ; O. DESHAYES, « L'acte contresigné par avocat est né (conjugaison à l'imparfait du législatif) », *LEDC.*, n° 5, mai 2011, p. 1 ; C. JAMIN « L'acte d'avocat », *D.* avr. 2011, p. 960 ; Ph. THÉRY, « L'acte contresigné par avocat », *Dr. et patr.* n° 203, mai 2011, p. 64.

¹⁶⁰⁸ Note ss Cass. com. 11 févr. 2004, *Deffrénois* 2004, 724 ; Cass. 1^{re} civ. 24 févr. 2004, *RDBF.*, mai-juin 2004, comm. 112, obs. D. LEGEAIS.

¹⁶⁰⁹ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 151, p. 125.

aujourd'hui vers le formalisme »¹⁶¹⁰. Il est soumis aux formalités de l'article 1376 du Code civil (ancien article 1326)¹⁶¹¹, qui dispose que « l'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible (...) doit comporter la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres... ».

581. Le cautionnement de droit commun doit donc porter, outre la signature de celui qui s'engage, la mention écrite de la somme à payer en toutes lettres et en chiffres. Depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 relative à la preuve et à la signature électronique, qui a substitué à l'intérieur de l'ancien article 1326 du Code civil, l'expression « par lui-même », à la formule « de sa main », « *le mode de rédaction - manuscrit, dactylographié, électronique - est indifférent* »¹⁶¹². Toutefois, échappent à l'article 1376 du Code civil¹⁶¹³, les cautionnements passés par acte notarié ou recueillis dans une décision judiciaire¹⁶¹⁴, car « *les actes authentiques font pleine foi et un formalisme probatoire spécifique est dès lors superfétatoire* »¹⁶¹⁵. C'est en cela que, la haute juridiction a depuis longtemps précisé que seuls les cautionnements sous seing privé étaient soumis à l'exigence de la mention manuscrite de l'article 1376, l'évinçant par là même, de la rédaction de l'acte notarié¹⁶¹⁶.

582. Dans plusieurs décisions, elle n'a pas cessé de rappeler que l'acte authentique n'est pas soumis à l'exigence de l'ancien article 1326 du Code civil (devenu article 1376). C'est ainsi que dans un arrêt en date du 29 janvier 1991, rejetant le pourvoi formé par une caution, elle décida que « *c'est par une exacte application de l'article 1326 (devenu article 1376) du Code civil que la cour d'appel a jugé que les exigences imposées par ce texte, relatives à la mention manuscrite devant figurer sur certains actes et notamment sur un acte de cautionnement, ont le caractère de règles de preuve et ne s'appliquent pas dans le cas où ledit acte est un acte*

¹⁶¹⁰ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 36, p. 60.

¹⁶¹¹ S. PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, 2^e éd. Ellipses, 2015, p. 39.

¹⁶¹² M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 239, p. 165.

¹⁶¹³ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 72, p. 126, M. BOURASSIN, V. BREMOND Droit des sûretés, préc. n° 240, p. 166 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc. n° 141, p. 106 ; D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 161, p. 133 ; L. AYNES, P. CROCQ, Droit des sûretés, préc. n° 211, p. 109.

¹⁶¹⁴ Cass. com. 14 juin 2017, n° 12-11644, où la chambre commerciale décide que « l'homologation d'un accord portant mention de l'engagement par l'une des parties de fournir une garantie personnelle vaut constatation dans un acte authentique de l'engagement de caution solidaire en résultant, ainsi recueilli dans une décision judiciaire. En conséquence ne sont applicables à un tel cautionnement, les dispositions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, dans leur rédaction antérieure à celle issue d l'ordonnance du n° 2016-301 du 14 mars 2016, et de l'article 1326 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ».

¹⁶¹⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 240, p. 166.

¹⁶¹⁶ Cass. com., 20 mars 1990, n° 88-14913 ; *Bull. civ.* IV, n° 83, D., somm. p. 383, obs. L. AYNES.

authentique »¹⁶¹⁷. La première chambre civile de la Cour de cassation a même approuvé une cour d'appel qui avait jugé que « *le mandat donné de se rendre caution par acte authentique n'est pas soumis aux exigences de l'article 1326 (devenu article 1376) du Code civil* »¹⁶¹⁸. En cette matière, la jurisprudence fait preuve d'une constance remarquable en décidant clairement que l'exigence formelle de droit commun de l'article 1376, règle de preuve, destinée à protéger la caution contre le créancier¹⁶¹⁹, n'est d'aucune utilité, lorsque le cautionnement est passé par acte authentique. En effet, « *le rôle protecteur de ce texte s'avère inutile, le formalisme informant les parties étant remplacé par l'autorité de celui qui est présent lors du cautionnement, qu'il s'agisse du juge ou du notaire. L'authenticité de l'acte apparaît donc comme une alternative à la mention manuscrite* »¹⁶²⁰.

583. En toute hypothèse, l'article 1326 du Code civil, devenu article 1376 depuis l'ordonnance du 10 février 2016, conforte l'exclusion des actes authentiques, en visant spécialement l'acte sous seing privé, comme le fait si bien remarquer un auteur, « *l'article 1326, devenu article 1376 du Code civil figure, dans le même code, sous un paragraphe trois qui s'intitule 'De l'acte sous seing privé'* »¹⁶²¹. Il en va de même de l'acte contresigné par avocat car le formalisme de la mention manuscrite de droit commun se cumule inutilement avec les conseils dispensés¹⁶²² par ce professionnel du droit. Cette analyse est en conformité avec l'article 1374, alinéa 3 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016, qui indique nettement que « l'acte sous signature privé contresigné par avocat est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». Si l'éviction du formalisme du droit commun dans la rédaction des actes notarié et contresigné par avocat apparaissait comme une évidence, il ne nous semble pas que cela soit le cas pour l'éviction du formalisme spécial adopté pour certaines matières.

¹⁶¹⁷ Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-12446, *JCP N*, II, 1991, Jurisp. p. 266 ; CA. Besançon, 1^{re} ch. civ. 16 nov. 1993, *JCP G*, IV, 1994, 564 ; Cass. 1^{re}, civ., 13 févr. 1996, n° 93-21165, *Bull. civ. I*, n° 79, p. 51 ; *JCP G*, 1996, n° 49, comm. G. VIRASSAMY ; Cass. 1^{re}, civ. 4 févr. 1997, n° 94-20983, *Bull. civ. I*, n° 42, p. 27 ; *JCP N*, II, 1997, Jur. p. 944 ; *Contra.*, Cass. 1^{re} civ., 5 juin 2008, inédit n° 07-12960, *RDBF.*, 2008, n° 4, p. 52, obs. D. LEGAIS.

¹⁶¹⁸ Cass. 1^{re}, civ. 12 mars 2002, n° 99-10278, *Bull. civ. I*, 2002, *RTD. com.* 2002, p. 718, obs. B. BOULOC.

¹⁶¹⁹ M. BOURASSIN V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 241, p. 167 ; Cass. 1^{re}, civ., 15 nov. 1989, n° 87-18003, *Bull. civ. I*, n° 348, p. 235, « L'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature, ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement. Ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution... ».

¹⁶²⁰ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc., n° 141, p. 106.

¹⁶²¹ S. RABY, « La mention manuscrite et le cautionnement notarié », *JCP N*, n° 52-53, 24 déc. 1994, n° 9, p. 1940, cité par G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre dans le cautionnement, préc., n° 138, p. 108.

¹⁶²² Y. PICOD, Droit des sûretés, préc., n° 72, p. 126 ; C. JAMIN, « L'acte d'avocat », préc., p. 960.

B- L'éviction du formalisme spécial de certaines matières

584. En matière consumériste, seuls les contrats conclus sous seing privé sont soumis aux exigences formelles, conformément à l'article L. 331-1 (ancien article L. 341-2) du Code de la consommation issu de la loi du n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, qui prescrit que « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement celle-ci :... ». Il en résulte que tout cautionnement souscrit par acte notarié ou tout acte de cautionnement contresigné par avocat échappent à l'exigence formelle comme prévue par l'article L. 331-1 du Code de la consommation. Toutefois, l'article L. 331-2 du même code consacré au formalisme spécifique en matière de cautionnement solidaire, indique que « Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution fait précéder sa signature de la mention suivante : 'en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X...'. Ce texte, à rebours du précédent, ne circonscrit pas la mention qu'elle édicte aux actes sous seing privé. Ce qui peut laisser penser qu'un cautionnement solidaire souscrit par-devant notaire ou contresigné par avocat devrait nécessairement respecter la mention manuscrite prescrite. Heureusement que cette interprétation n'est pas adoptée par la jurisprudence. En effet, dans un arrêt en date du 24 février 2004, la Cour de cassation a décidé que « *les dispositions des articles L. 313-7 (devenu L. 314-15) et L. 313-8 (devenu L. 313-16) du Code de la consommation sont seulement applicables aux cautionnements consentis par actes sous seing privé* »¹⁶²³. Dans l'affaire ayant donné lieu à cette décision, un couple en qualité de cautions solidaires de leur fils, avait remboursé à la banque créancière les échéances impayées d'un prêt immobilier souscrit par ce dernier. Il se retourna contre leur cofidélisé pour exiger sa contribution. Celui-ci invoqua la nullité du cautionnement pour inobservation des dispositions de l'article L. 313-8 du Code de la consommation dans l'acte de cautionnement reçu devant notaire. Elle est déboutée très justement par les hauts magistrats, qui ont considéré que la disposition invoquée n'était pas applicable au cautionnement authentique. Car en présence d'un notaire, « *les mentions manuscrites imposées à peine de nullité pour éclairer le consentement des parties sont inutiles* »¹⁶²⁴. Cette décision est très importante dans la mesure

¹⁶²³ Cass. 1^{re}, civ., 24 févr. 2004, *Bull. civ. I*, n° 60, p. 47 ; *LPA.*, 17 mai 2004, p. 4, obs. D. HOUTCIEFF ; *RDBF.*, 2004, comm. 112, note D. LEGÉAIS ; *Defrénois*, 2004, p. 709, art. 37944, n° 9, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E*, 2004, 1340, obs. Ph. SIMLER.

¹⁶²⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 247, p. 175.

où elle se détache de la règle « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », pour déterminer le domaine d'application de l'article L. 313-8 du Code de la consommation, sur lequel le législateur était resté silencieux, contrairement à celui de l'article L. 313-7 du Code de la consommation, qui visait expressément les actes sous seing privé. À la faveur de la loi n° 2003-721, du 1^{er} août 2003, relative à l'initiative économique, dite loi Dutreil, la question a surgi conformément à l'article L. 341-3 (nouvel article L. 331-2), qui était une reprise de l'article L. 314-16 (ancien article L. 313-8) du Code de la consommation. La jurisprudence a, sans hésitation, adopté la même solution. La première chambre civile de la Cour de cassation, sous forme d'un avis¹⁶²⁵, s'est conformée à cette solution, qui sera plus tard reprise dans un arrêt par la chambre commerciale. Cette dernière a décidé expressément que « *les dispositions de l'article L. 341-3 (devenu article L. 331-2) du Code de la consommation ne s'appliquent pas aux cautionnements consentis par acte authentique* »¹⁶²⁶. Sur cette question la position unanime des chambres de la Cour de cassation ne souffre d'aucune ambiguïté, puisqu'aujourd'hui plusieurs juridictions continuent d'adopter la même solution, à savoir que les mentions manuscrites exigées par les dispositions du Code de la consommation, destinées à éclairer le consentement de la caution et à assurer sa protection, ne sont pas nécessaires lorsque l'acte de cautionnement est souscrit par acte authentique¹⁶²⁷. Cette jurisprudence est conforme à l'article 1369 du Code civil, en vertu duquel, en présence du notaire, les mentions manuscrites ne sont pas nécessaires dans la protection du consentement de la caution. Il en va de même de l'article 1374 du Code civil, au sujet de l'acte contresigné par avocat, évinçant les exigences formelles du Code de la consommation¹⁶²⁸.

585. Le même problème s'était posé en matière de bail d'habitation. En effet, l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, visait de manière générale le cautionnement quant à l'exigence de la mention manuscrite. Ce qui avait laissé croire que la mention manuscrite était exigée, peu importante que l'acte soit authentique ou sous seing privé. Mais par une décision très importante en date du 9 juillet 2008, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a fort heureusement, opéré une distinction, en décidant que « *Les formalités prescrites par*

¹⁶²⁵ Cass. 1^{re}, civ., avis n° 9002, 8 avr. 2010, *RDBF.*, 2010, n° 134, note A. CERLES ; *JCP N.*, 25 juin 2010, n° 25, note J.-J. BARBIERI.

¹⁶²⁶ Cass. com., 6 juill. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 118 ; *Banque et droit*, juill.-août, 2010, p. 44, obs. N. RONTCHEVSKY ; *GP.*, 9 sept. 2010, p. 17, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *RJ. com.*, 2011, 320, obs. F. MARCORIG-VENIER ; *RDC.*, 2011, 135, obs. D. FENOUILLET.

¹⁶²⁷ CA Caen, 23 nov. 2010, RG n° 09/01777 ; CA Orléans, 20 févr. 2014, RG n° 13/01505.

¹⁶²⁸ S. CABRILLAC, « Cautionnement et exigence d'une mention manuscrite : domaine, contenu, sanction », *Defrénois* 2012, art. 40387, p. 235 ; M. MIGNOT, « La mention manuscrite de la caution », *LPA.*, 9 nov. 2012, n° 225, p. 15.

l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 ne concernent que les cautionnements conclus sous seing privé et non ceux donnés en la forme authentique »¹⁶²⁹. Les hauts magistrats adoptent une solution logique comme fut le cas en matière consumériste, au regard du rôle du notaire dans la protection du consentement de la caution. L'œuvre prétorienne a bien inspiré le législateur qui a consacré l'exclusion du formalisme légal des actes authentiques (article 1369, alinéa 3 du Code civil) et des actes contresignés par avocat (article 1374, alinéa 3 du Code civil). Aujourd'hui, le doute n'est plus permis quant au fait que les mentions manuscrites sont écartées lorsque le cautionnement est souscrit par un acte authentique ou par un acte contresigné par un avocat¹⁶³⁰. Les solutions jurisprudentielles consacrées par le législateur sont très appréciées dans la mesure où le recours à une personne avertie est un moyen permettant efficacement d'éclairer le consentement de la caution qui, souvent, se trouve dans l'impossibilité de rédiger toute seule les mentions manuscrites et de les comprendre. D'autant plus que dans d'autres circonstances, il avait été considéré que la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie et les conseils de cette dernière, notamment un conseil ou consultant financier, n'exonéraient pas le créancier, en l'occurrence une banque, de son devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur¹⁶³¹. Par ailleurs, on peut regretter que le législateur n'ait pas choisi d'imposer le cautionnement authentique ou contresigné par avocat à l'ensemble des mentions manuscrites du Code de consommation. Car, le cautionnement consenti par une personne morale et celui souscrit par une personne physique au profit d'un créancier non professionnel demeurent assujettis aux mentions manuscrites. Cela relève d'une certaine incohérence, car il est difficilement concevable qu' « *une personne physique puisse souscrire un acte sous seing privé dans le cadre d'un cautionnement solidaire illimité au profit d'un créancier non professionnel, alors que le même cautionnement envers un créancier professionnel sera tributaire de la forme authentique* »¹⁶³². On assiste là, à une « *protection à géométrie variable du constituant d'un cautionnement par acte authentique* »¹⁶³³, que rien ne saurait justifier.

¹⁶²⁹ Cass. 3^e civ., 9 juill. 2008, *Bull. civ.* III, n° 124 ; *D.* 2008, p. 2079, obs. Y. ROUQUET ; F. HEBERT « La mention manuscrite de la caution d'un bail d'habitation ne concerne pas les actes notariés », *JCP N* 2008, n° 39, 293.

¹⁶³⁰ D. LEGEAIS, « Dispense de formalisme pour les cautionnements par acte d'avocat », *RDBF.*, n° 4, juill. 2011, comm. 132.

¹⁶³¹ Cass. 1^{re}, 30 avr. 2009, n° 07-18334, *Bull. civ.* I, n° 85 ; *RDBF.*, 2009, n° 120, obs. D. LEGEAIS, où il a été décidé que « la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie » ; *contra*. Cass. com. 12 nov. 2008, inédit n° 07-15949, *RDBF.* 2009, n° 9, obs. A. CERLES, où il a été décidé que la banque n'était pas tenue du devoir de mise en garde à l'égard des cautions qui étaient assistées d'un tiers, notamment, un conseiller financier.

¹⁶³² Ph. DELEBECQUE, Ph. SIMLER, « Droit des sûretés », *JCP G*, 21 févr. 2011, n° 8, p. 402.

¹⁶³³ J.-J. ANSAULT, « La protection à géométrie variable du constituant d'un cautionnement par acte authentique », *RLDC*, 2010, p. 36.

Néanmoins, la dispense des actes authentiques ou contresignés par avocat du formalisme légal, a des implications positives au regard de la protection qu'elle est censée offrir.

§ 2 : Les implications de la dispense

586. L'éviction du formalisme de certains actes sonne comme un tempérament à l'exigence de la rédaction manuscrite des mentions par la caution elle-même, jugée « *pointilleux et rigoureux pouvant encourager l'esprit de chicane* ». Il s'agit d'assouplir toute la rigidité du formalisme en facilitant la souscription du cautionnement. Néanmoins, le législateur n'évince pas le formalisme légal pour protéger spécialement une catégorie de cautions, mais en pratique, on peut penser que cette exclusion du formalisme légal au profit d'un type de cautionnement assurera la protection des cautions faibles et vulnérables, c'est-à-dire celles ayant la qualité de caution profane, qui manqueront pas d'y recourir. En effet, c'est à leur égard que l'assouplissement de la reproduction manuscrite des mentions (A) est digne d'intérêts, car elles bénéficieraient de la protection des professionnels du droit, chargés de la rédaction de tels actes (B).

A- L'assouplissement de la reproduction manuscrite des mentions

587. Lorsque le cautionnement est consenti par acte authentique ou par acte sous seing privé contresigné par avocat, il en résulte un assouplissement¹⁶³⁴ de l'exigence de la reproduction manuscrite des mentions par la caution elle-même. En effet, l'exigence formelle se révèle être un obstacle lorsque la caution est profane, notamment lorsqu'elle ne sait ni lire, ni écrire. En exigeant que la caution appose par elle-même les mentions prescrites pour la souscription du cautionnement, il résulte une sorte d'exclusion de toute une catégorie de cautions, qui en raison d'une incapacité, de circonstances médicales ou d'illettrisme¹⁶³⁵, ne peuvent rédiger seule les mentions. C'est pourquoi, le recours ou l'assistance d'un professionnel du droit est un moyen nécessaire et utile pour pallier les difficultés qui se dressent devant de telles cautions quant au respect des exigences formelles prescrites par l'article 1376 du Code civil et celles relevant du droit consommériste ou du formalisme en matière de bail d'habitation. La chambre civile de la Cour de cassation, a considéré à juste titre, notamment dans l'hypothèse de l'illettrisme, que « *la personne physique qui ne se trouve pas en mesure de faire précéder sa signature des*

¹⁶³⁴ V. BREMOND, « Formalisme et proportionnalité du cautionnement à durée indéterminée : assouplissement », *D. actu.*, 28 nov. 2017.

¹⁶³⁵ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc., n° 131, p. 95 ; C. LE GALLOU, « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? », préc.

mentions manuscrites exigées par les articles L. 331-1 et L. 331-2 du Code la consommation destinées à assurer sa protection et à éclairer son consentement, notamment pour cause d'illettrisme, ne peut valablement s'engager que par acte authentique en qualité de caution envers un créancier professionnel »¹⁶³⁶. Alors même que la chambre commerciale avait affirmé que la mention manuscrite doit, à peine de nullité, être rédigée par la caution elle-même et non par une tierce personne, et ce même si la signature de la caution n'est pas contestée¹⁶³⁷. Néanmoins, si la caution est illettrée, elle ne peut s'engager que par acte authentique ou contresigné par avocat, qui garantira sa protection, puisque l'un ou l'autre est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi. D'ailleurs, « *les praticiens semblent redécouvrir les vertus du cautionnement authentique qu'ils pouvaient être enclins à délaissier au profit du cautionnement sous seing privé, lequel présente des atouts indéniables : son coût est presque inexistant, son enregistrement n'est pas requis, sa rédaction paraît assez aisée, son élaboration rapide (...). La consistance de ces mérites apparaît toutefois, à certains égards, assez fragile : le coût de l'acte doit être relativisé en considération de l'utilité de la sûreté, la confection d'un cautionnement suppose de nos jours, une expertise, le temps est une donnée variable et la précipitation peut devenir témérité. D'où la nouvelle aura qui entoure du cautionnement authentique* »¹⁶³⁸.

588. La forme de l'acte semble être un moyen efficace pour s'assurer que la caution a bien compris l'étendue et les conséquences de son engagement. La situation des illettrés et les personnes maîtrisant mal la langue française, situations très courantes¹⁶³⁹, justifient toutes les dérogations tendant à alléger les exigences formelles. La rédaction de l'acte de cautionnement par des professionnels du droit évite le recopiage d'une « *mention stéréotypée* »¹⁶⁴⁰, ne permettant pas à ces personnes de saisir le sens et la portée de leur engagement de caution. Cependant, le recours aux professionnels du droit pour la rédaction du contrat de cautionnement offre-t-il aux parties une liberté dans l'aménagement de l'étendue du cautionnement ? En effet,

¹⁶³⁶ Cass. 1^{re}, civ., 9 juill. 2015, n° 14-21763, *RTD. civ.* 2015, 915, obs. P. CROCCQ ; *Dr. et patr.* mai 2016, 117, obs. L. AYNES ; *RLDC.*, nov. 2015, p. 25, note C. LE GALLOU ; *GP.*, 9-10 déc. 2015, p. 12, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; Cass. com., 14 juin 2017, n° 12-11644, préc.

¹⁶³⁷ Cass. com. 13 mars 2012, n° 10-27814 ; *GP.*, 2012, 942, obs. C. ALBIGES ;

¹⁶³⁸ S. CABRILLAC, C. LISANTI, « Le cautionnement : regards croisés Université-Notariat », *Dr. et patr.*, 2008, n° 172, p. 45 ; F. GUERCHOUN, « Faut-il privilégier le cautionnement authentique », *RLDC.*, n° 59, 1^{er} avr. 2009, p. 3384 et s.

¹⁶³⁹ S. CABRILLAC, « Le cautionnement notarié », *Dr. et patr.*, n° 172, juill.-août 2008, p. 58 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc., n° 157, p. 129 ; CA Colmar, 5 févr. 1996, *JCP N*, 1997, p. 615, note J.-F. PILLEBOUT ; Cass. 1^{re}, civ. 15 déc. 1999, inédit n°97-18262 ; Cass. 1^{re}, civ. 28 nov. 2012, *Bull. civ. I*, n° 251, *Banque et droit*, 1^{er} janv. 2013, n° 147, p. 38-40, note N. RONTCHVESKY.

¹⁶⁴⁰ M. DAGOT, note sous TI Grenoble 8 janv. 2002, *JCP N*, 2003, 1213.

l'article L. 331-1 (ancien article L. 341-2) du Code de la consommation exige des cautions qu'elles indiquent la somme pour laquelle elles engagent et la durée de leur engagement au sein de l'*instrumentum*. Cette exigence a été jugée comme portant atteinte à la liberté contractuelle¹⁶⁴¹ des parties quant à l'étendue et à la durée du cautionnement parce qu'elle exclut la possibilité de consentir par acte sous seing privé, un cautionnement de montant illimité et à durée indéterminée. Assurément le recours à l'acte authentique ou l'acte contresigné par avocat donne la possibilité aux cautions de souscrire un cautionnement illimité et à durée indéterminée¹⁶⁴². S'il est indéniable que le cautionnement authentique ou contresigné par avocat peut paraître onéreux alors même que le cautionnement est prisé parce qu'à la « *différence de l'hypothèque, il n'a pas à être constaté par acte authentique, donc facile à constituer et peu coûteuse* »¹⁶⁴³, il n'en demeure pas moins qu'il est très intéressant aussi bien pour le créancier que pour la caution. En effet, pour surmonter les difficultés liées au formalisme exigé, « *des créanciers préféreront exiger un cautionnement par acte authentique pour avoir des certitudes quant à l'efficacité et à la validité de leur garantie* »¹⁶⁴⁴. Les cautions quant à elles, bénéficiant des conseils des professionnels de droit, seront mieux éclairées et leur protection en sera garantie. C'est d'ailleurs pourquoi, l'imposition du cautionnement authentique¹⁶⁴⁵ ou contresigné par avocat à l'égard de la catégorie des cautions profanes, nous semble être une solution à envisager puisque leur protection en sortira indemne.

B- La protection de la caution assurée par les professionnels du droit

589. L'exigence de la mention manuscrite lors de l'engagement de la caution ne s'applique pas aux cautionnements souscrits par acte authentique¹⁶⁴⁶ car on considère que, dans une telle hypothèse, le devoir d'information et de conseil du notaire¹⁶⁴⁷ est suffisant pour éclairer le consentement de la caution et assurer par là même, la protection de cette dernière. Il en va de

¹⁶⁴¹ L. BOURGEROL, G. MEGRET, Droit du cautionnement, préc., n° 85, p. 84 ; S. CABRILLAC, « Droit des sûretés : le cautionnement au centre de toutes les attentions », *Defrénois*, n° 5, 15 mars 2012, 40387, p. 236 ; Y. PICOD, Droit des sûretés, préc., n° 73, p. 129, « il faut noter la dérive de la chambre commerciale lorsqu'elle substitue à la sanction de la nullité celle de la réduction, ce qui aboutit alors à un assouplissement inattendu du formalisme légal en redonnant de l'espace à la liberté contractuelle, là où l'on pensait l'avoir écartée ».

¹⁶⁴² D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 156, p. 128 ; S. CABRILLAC, *ibid.*, p. 235.

¹⁶⁴³ D. LEGAIS, *ibid.* n° 38, P. 44.

¹⁶⁴⁴ D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, *ibid.*

¹⁶⁴⁵ F. GUERCHOUN, « Faut-il privilégier le cautionnement authentique », préc., p. 3384 et s., l'auteur indique qu'en raison de la dangerosité du cautionnement, « certaines législations imposent qu'une telle convention présente une forme authentique. C'est le cas du droit suisse, du moins lorsque la caution est une personne physique dont l'engagement excède une certaine somme (CSO, art. 493, 2°) ».

¹⁶⁴⁶ Cass. com. 20 mars 1990, n° 88-14913 ; *Bull. civ. IV*, n° 83 ; Cass. 1^{re}, civ. 20 juill. 2007, n° 06-17070 ; Cass. com. 11 févr. 2004, n° 01-16192, préc.

¹⁶⁴⁷ D. HOUTCIEFF, Droit des contrats, préc. n° 117, p. 102 ; L. BOURGEROL, G. MEGRET, Droit du cautionnement, préc., n° 93, p. 92.

même de l'acte contresigné par avocat, et ce, conformément à l'article 1374, alinéa 3 du Code civil (ancien article 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, telle que modifiée par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées). Puisque, la mention manuscrite est destinée à informer la caution sur la nature et les conséquences de son engagement¹⁶⁴⁸ afin qu'elle puisse consentir en connaissance de cause, la présence des professionnels du droit lui permet de bénéficier d'informations et de conseils ; ce qui rend inutile¹⁶⁴⁹ « les mentions dont la lettre est impérativement imposée par la loi »¹⁶⁵⁰. C'est ce que soulignent des auteurs, lorsqu'ils indiquent que « les mentions manuscrites imposées à peine de nullité pour éclairer le consentement des parties sont inutiles lorsque l'acte qui les renferme est conclu devant un professionnel de droit tenu à un devoir d'information et de conseil »¹⁶⁵¹. Cette idée justifie de manière pertinente que la mention manuscrite soit évincée de certains actes, notamment les actes authentiques ou contresignés par avocat.

590. Ces professionnels du droit sont tenus, lorsqu'ils sont sollicités, « au-delà de la seule obligation d'information, d'une obligation de mise en garde, voire de conseil. Une telle contrainte les oblige non seulement à expliquer le mécanisme du cautionnement et ses conséquences patrimoniales, mais les invite également à vérifier la proportionnalité de l'engagement aux capacités financières de la caution afin de la dissuader, le cas échéant. En pratique, ils doivent s'assurer que la caution a bien compris les conséquences de son engagement. Mais s'ils craignent que la caution ne soit manipulée par l'une des parties (le créancier ou le débiteur principal), ils doivent refuser d'instrumenter »¹⁶⁵². En conséquence, mieux qu'informer, c'est plutôt faire en sorte que celle-ci ne soit pas la victime d'une fraude¹⁶⁵³, soit du débiteur, soit du créancier, en s'engageant. D'ailleurs, ils sont tenus de conseiller toutes les parties à l'acte de cautionnement ; ce qui crée, non seulement une sorte d'équilibre dans la relation contractuelle¹⁶⁵⁴, mais restaure la fonction majeure du cautionnement : la sécurité

¹⁶⁴⁸ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc., n° 123, p. 96.

¹⁶⁴⁹ J.-P. DECORPS, « De l'influence de la responsabilité du notaire sur la rédaction des actes qu'il reçoit », *Mélanges en l'honneur de J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 89 ; S. CABRILLAC, « Le cautionnement notarié », préc., p. 56.

¹⁶⁵⁰ D. POHÉ-TOKPA, « La caution profane en Droit Ohada : la balkanisation du droit du cautionnement », préc., n° 26, p. 171.

¹⁶⁵¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 247, p. 175.

¹⁶⁵² C. LE GALLOU, « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? », préc.

¹⁶⁵³ P. NKOU MVONDO, « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des pays africains », ohada.com/ohadata, D-06-33.

¹⁶⁵⁴ V. notamment à propos de l'avocat, Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987 ; *Bull. civ. I*, n° 104, p. 77 ; Cass. 1^{re} civ. 27 nov. 2008, *Bull. civ. I*, n° 267, « Lorsqu'il est l'unique rédacteur d'un acte, l'avocat est tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la

juridique. Recourir à des professionnels du droit permet au cautionnement, en effet, de répondre à ses objectifs, notamment la prévisibilité, la certitude et la stabilité des situations juridiques, qualités qui établissent la confiance des acteurs de la vie sociale et, particulièrement, de l'activité économique¹⁶⁵⁵.

591. L'intervention des professionnels du droit dans l'acte de cautionnement constitue « *une double garantie liée à la fois à l'efficacité du cautionnement, mais aussi à la protection des parties par les conseils qui leur sont prodigués* »¹⁶⁵⁶. En effet, par leur intervention, ils doivent délivrer à la caution des informations claires, précises et personnalisées sur la gravité de son engagement¹⁶⁵⁷. Si tel est le cas, le consentement de la caution sera éclairé, son engagement en ressortira valide et la sûreté gagnerait en efficacité. Mais, en cas de non-respect de leurs obligations à l'égard de la caution, celle-ci sera tenue d'exécuter son engagement envers le créancier. Toutefois, elle pourra engager la responsabilité des professionnels du droit et invoquer un préjudice pour lequel, elle devra être indemnisée à hauteur du montant payé¹⁶⁵⁸. C'est ainsi que par exemple, un notaire a vu sa responsabilité retenue car il avait reçu un acte de vente d'un fonds de commerce et un contrat de prêt destiné au financement de cette acquisition, prêt complété par un cautionnement. Or, parmi les cinq cautions de la banque, seules trois avaient signé l'acte authentique, lequel a été déclaré nul et le notaire, condamné à verser des dommages et intérêts¹⁶⁵⁹. De même, un notaire a été reconnu responsable car il avait omis de mentionner le cautionnement dans l'acte authentique de prêt, alors que le dirigeant de la société emprunteuse était celui qui avait consenti le cautionnement¹⁶⁶⁰. Plus récemment, la chambre civile de la Cour de cassation a censuré une cour d'appel en considérant qu' « *Engage sa responsabilité professionnelle un notaire qui, ayant constaté la mauvaise connaissance de la langue française par son client, ne l'invite pas à se faire assister par un interprète lors de la signature d'un acte* »¹⁶⁶¹.

convention sur la portée des engagements souscrits de part et d'autre, peu important le fait que l'acte a été signé en son absence après avoir été établi à la demande d'un seul des contractants » ; Cass. 1^{re} civ. 25 févr. 2010, inédit n° 09-11591.

¹⁶⁵⁵ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 13^e éd., 2010, n° 3, p. 2 et s.

¹⁶⁵⁶ C. ALBIGES, « Responsabilité notariale et cautionnement », *Dr. et patr.*, n° 172, 1^{er} juill. 2008, p. 15 et s.

¹⁶⁵⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 247, p. 175.

¹⁶⁵⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*, n° 247, p. 176.

¹⁶⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2004, *Bull. civ. I*, n° 201, p. 169 ; *Banque et droit*, 2004, n° 98, p. 50, obs. F. JACOB.

¹⁶⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, *Bull. civ. I*, n° 505, p. 449 ; *RDBF.*, 2006, n° 12, p. 21, obs. D. LEGEAIS.

¹⁶⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2014, *Bull. civ. I*, n° 82.

592. L'acte authentique, tout comme l'acte contresigné évince dans la même mesure l'exigence légale d'une mention manuscrite¹⁶⁶². En mettant ainsi, « *sur le même pied le conseil du notaire et celui de l'avocat* » dans la protection du consentement des contractants, il en résulte « *l'idée d'une identité de mission ou de fonction* »¹⁶⁶³, qui entraîne un régime identique de responsabilité en matière de rédaction d'actes et de conseils¹⁶⁶⁴. La Cour de cassation juge de manière constante que « *la responsabilité des professionnels du droit ne présente pas de caractère subsidiaire, de sorte que la mise en jeu de la responsabilité d'un notaire dont la faute n'est pas contestée, n'est pas subordonnée à une poursuite préalable contre un autre débiteur et qu'est certain le dommage subi par sa faute, quand bien même la victime disposerait, contre un tiers, d'une action consécutive à la situation dommageable née de cette faute et propre à assurer la réparation du préjudice* »¹⁶⁶⁵. Par un arrêt en date du 22 septembre 2016, la haute juridiction a réaffirmé l'absence de la subsidiarité de la responsabilité des professionnels du droit et a appliqué cette solution à une action en réparation intentée contre un avocat¹⁶⁶⁶. L'avocat, qui contresigne un acte sous seing privé, peut, dans la même mesure qu'un notaire, voir sa responsabilité engagée par l'une des parties, en l'occurrence la caution, pour ne l'avoir pas ou mal renseignée et conseillée¹⁶⁶⁷.

593. Concernant la charge de la preuve de l'information et du conseil délivrés, il revient de manière constante en jurisprudence que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation d'information particulière doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »¹⁶⁶⁸. Dès lors, il appartient au professionnel du droit, notamment le notaire ou l'avocat de prouver qu'il a correctement exécuté ses obligations d'information et de conseil.

¹⁶⁶² D. MAZEAUD, « L'acte sous seing privé contresigné par avocat », préc., p. 873

¹⁶⁶³ M. GRIMALDI, « L'acte d'avocat : première vue sur un article de l'avant-projet de loi de modernisations des professions judiciaires et juridiques réglementées », *RDC*, n° 2, avr. 2010, p. 758 et s.

¹⁶⁶⁴ C. JAMIN, « Surfer sur la vague...Réflexions de *lege ferenda* sur la création d'un acte sous signature juridique », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 285 et s.

¹⁶⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2015, *Bull. civ. I*, n° 530 ; *D.* 2016, p. 553, chron. D. SINDRES ; *Defrénois*, 30 juin 2016, n° 1234, p. 701, obs. M. LATINA ; *Gaz. Pal.*, 19 janv. 2016, n° 2451 p. 37, obs. N. BLANC.

¹⁶⁶⁶ Cass. 1^{re}, civ. 22 sept. 2016, arrêt n° 15-20565, où il a été jugé que « la responsabilité des professionnels du droit ne présente pas un caractère subsidiaire, de sorte que la mise en jeu de la responsabilité d'un avocat n'est pas subordonnée au succès de poursuites préalables contre un autre débiteur et qu'est certain le dommage subi par sa faute, quand bien même la victime disposerait, contre un tiers, d'une action consécutive à la situation dommageable née de cette faute et propre à assurer la réparation du préjudice » ; *RDC.*, n° 01, mars 2017, p. 44, note J. KNETSCH.

¹⁶⁶⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 247, p. 175.

¹⁶⁶⁸ Cass. 1^{re}, civ. 25 févr. 1997, n° 94-19685, *Bull. civ. I*, n° 75 ; *GP.*, 1997, 1, 274, rapp. P. SARGOS ; *JCP* 1997, I, 4025, obs. G. VINNEY ; *RTD. civ.* 1997, 434, obs. P. JOURDAIN ; *Defrénois*, 1997, 751, obs. J.-L. AUBERT. *D.* 1997, somm. 319, obs. J. PENNEAU.

Néanmoins, à l'égard de l'avocat, une polémique¹⁶⁶⁹ est née lors de l'introduction dans la loi de 1971, de l'ancien article 66-3-1, qui indiquait qu' « en contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de l'acte ». On s'était posé alors la question de savoir si cette disposition n'instaurait pas un nouveau régime de responsabilité pour l'avocat. Avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2010, il a été mis fin à la polémique par la suppression du texte en question, remplacée par l'article 1374, nouveau du Code civil. Mieux, l'ordonnance a généralisé la jurisprudence relative à la charge de la preuve à travers l'article 1112-1, alinéa 4 du Code civil, disposant qu' « il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ». En tant que professionnels, tenus d'obligations d'informations et de conseils, ils doivent savoir organiser la preuve du respect de leurs obligations, qui, en présence de personnes vulnérables, comme peuvent l'être les cautions profanes, peut se révéler délicates. C'est pourquoi ils ne doivent pas se « contenter d'un simple transfert d'information, mais plutôt présenter en des termes clairs et précis les aspects juridiques et financiers du cautionnement »¹⁶⁷⁰, leur permettant de s'assurer que la caution a bien compris la nature et les enjeux de son engagement.

594. Quoi qu'on en pense, « *l'intervention d'un professionnel du droit est censée apporter une plus grande sécurité aux actes conclus entre les parties, en tant qu'elle remédie à la faiblesse probatoire de l'acte sous seing privé, laquelle sera donc renforcée, par la signature de l'avocat apposée sur cet acte instrumentaire* »¹⁶⁷¹, ou par celle du notaire. Un acte de caution rédigé par un notaire ou contresigné par un avocat, s'il n'est pas à l'abri de toute contestation, car, « *qu'il soit constaté par acte authentique, par acte sous seing privé contresigné par avocat*

¹⁶⁶⁹ Pour certains auteurs, ce texte laissait penser que grâce au contreseing qu'il appose sur l'acte, l'avocat est réputé avoir correctement exécuté son devoir de conseil et vaudrait donc présomption. Ainsi, il pourrait renverser la charge de la preuve de l'exécution de son obligation et se constituer une preuve à soi-même. En ce sens D. MAZEAUD, « L'acte sous seing privé contresigné par avocat », préc. ; également J.-J. UETTWILLER, « L'acte d'avocat-Enfin », *JDS.*, n° 91, oct. 91, p. 37 : « l'article 66-3-1 peut être considéré comme ayant pour effet de créer une présomption simple de consentement éclairé, renversant ainsi la charge de la preuve » ; contra O. DESHAYES, « L'acte contresigné par avocat est né (conjugaison à l'imparfait de l'indicatif), préc. qui estime que « premièrement, au lieu de renforcer l'efficacité de l'acte à l'égard des parties, le contreseing de l'avocat produirait l'effet contraire (...) et, deuxièmement, il n'appartient pas à l'avocat débiteur de l'obligation d'information et de conseil de renverser la charge de la preuve en attestant par sa signature avoir correctement rempli son obligation ». V. aussi dans ce sens, M. GRIMALDI, « L'acte d'avocat, première vue sur un article de l'avant-projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées », préc., qui indique qu'en des termes clairs, l'article 66-3-1 signifie que « par sa signature, l'avocat reconnaît l'existence et l'étendue de son obligation de conseil ».

¹⁶⁷⁰ C. LE GALLOU, « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? », préc.

¹⁶⁷¹ D. MAZEAUD, « L'acte sous seing privé contresigné par avocat », préc.

ou par simple acte sous seing privé, un contrat peut toujours être contesté quant à sa validité »¹⁶⁷², constitue néanmoins, « *un mode de preuve parfait* »¹⁶⁷³ dans un litige.

¹⁶⁷² D. MAZEAUD, *ibid.*

¹⁶⁷³ C. GRIMALDI, « L'acte sous seing privé, l'acte authentique et l'acte contresigné par un avocat : quelles utilités ? », *JCP E*, n° 1, 7 janv. 2010, 1008, p. 24.

Conclusion du chapitre 2

595. Attirer l'attention de la caution sur la gravité de l'engagement qu'il décide de souscrire est de toute évidence un objectif louable. Le formalisme qui a une vertu préventive, au contraire de la vertu curative des vices du consentement, peut servir à cela. De manière générale, le formalisme peut contribuer à assurer l'efficacité du contrat de cautionnement, à apporter de la sécurité aux contractants, en réduisant les sources de contestation. À condition, d'une interprétation souple et ouvert du formalisme pour les cautions averties, et lorsque la caution est profane, maintenir toute la rigueur du formalisme qui doit être destiné à mieux informer cette catégorie de cautions. A défaut, exiger un formalisme authentique ou contresigné par avocat à l'égard de cette caution lorsque l'engagement est important, c'est-à-dire que lorsque le montant de l'engagement dépasse un certain seuil, à fixer par la loi.

Conclusion du titre 1

596. À cette étape de notre analyse, on constate à quel point la protection du consentement de la caution profane au moment où cette dernière s'apprête à s'engager est à construire. La mise en œuvre de techniques préventives de protection permet ainsi, de mieux éclairer la caution profane sur la portée et la gravité de son engagement ; ce qui échappe de toute évidence à la théorie des vices du consentement, moyens curatifs de protection, dont la sanction intervient a posteriori. L'expansion et la consécration de nouvelles obligations, notamment l'exigence d'information, voire de mise en garde, l'exigence de proportionnalité, le respect d'un formalisme rigoureux, limitent nécessairement le recours aux vices du consentement, qui ne semblent pas être adaptés à la situation particulière des cautions profanes ou non averties. Elles permettent non seulement de protéger au mieux cette catégorie de cautions, mais assure l'efficacité de la garantie, en réduisant les sources de contestations de leur engagement par celles-ci, à la grande satisfaction du créancier. Pour ce faire, leur adoption doit être cohérente, claire, ordonnée, en tenant compte de la qualité des cautions ; ce dont malheureusement, le législateur ne semble d'ailleurs pas disposé à faire. Alors que le moment de la souscription semble très souvent ne pas préoccuper la caution, le législateur prévoit à juste titre des règles de protection de cette dernière lorsqu'elle est appelée en exécution de son obligation parce que cette période demeure un moment de grande angoisse pour la caution.

TITRE 2

LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE

597. Les caractères grave et dangereux du cautionnement à l'égard de la caution profane se mesurent aussi bien au moment où cette dernière souscrit cet acte, mais aussi au moment où elle est appelée par le créancier en exécution de son engagement. C'est pourquoi, le législateur a mis en place un certain nombre de dispositifs qui tendent à protéger la caution après la conclusion de l'acte jusqu'à son exécution. Ainsi, la caution profane bénéficie d'une protection lorsqu'il est ouvert à l'encontre du débiteur une procédure d'insolvabilité (Chapitre 2), mais également lorsque ce dernier n'est même pas dans une situation d'insolvabilité (Chapitre 1).

CHAPITRE 1

LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE EN DEHORS DE TOUTE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

598. Le créancier exige du débiteur qu'il fournisse une caution afin de se prémunir contre une éventuelle insolvabilité ou défaillance du débiteur principal. C'est-à-dire que le cautionnement, en tant garantie, confère au créancier le droit de poursuivre la caution, débiteur accessoire, tenu d'une obligation de règlement, lorsque le débiteur principal est insolvable ou défaillant à l'échéance de la dette principale. Pourtant, avant toute éventuelle défaillance du débiteur principal, le législateur, pendant toute la vie du cautionnement, a prévu toute une série de mesures, tendant à la protection des intérêts des cautions¹⁶⁷⁴. « *Que la caution soit autant protégée en amont du cautionnement pour lui permettre de s'engager en connaissance de cause est compréhensible et même nécessaire étant donné les dangers qui la guettent. Mais de là, à étendre cette protection au cours de la vie du cautionnement est assez déroutant. En agissant de la sorte ne remet-on pas en cause le but même de la sûreté ?* »¹⁶⁷⁵. Mais quand on connaît la supériorité du créancier dans ce rapport contractuel, l'exigence d'une éthique contractuelle, qui « *s'oppose, à ce que les créanciers profitent de leur situation de force pour exploiter l'ignorance, l'inexpérience ou l'urgence des besoins de leur débiteur* »¹⁶⁷⁶, justifie que la caution soit protégée au cours de la vie du cautionnement. Au regard de cette exigence d'ordre moral, le législateur a mis à la charge du créancier certaines obligations spécifiques ayant pour but d'informer la caution sur la portée de son engagement (Section 1). Aussi, dans la même veine, a-t-il contraint le créancier à ne pas compromettre par son fait les recours de la caution (Section 2)

SECTION 1 : UNE PROTECTION ACCRUE PAR DES OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES D'INFORMATION

599. Le législateur a contribué à faire de l'obligation d'information l'un des mécanismes fondamentaux de protection des cautions¹⁶⁷⁷ par la multiplication des dispositions spéciales¹⁶⁷⁸ qui imposent des obligations d'information au créancier en cours de contrat. L'imposition des

¹⁶⁷⁴ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND Droit des sûretés, préc., n° 277 et s., p. 217.

¹⁶⁷⁵ S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, Thèse préc., p. 162.

¹⁶⁷⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 281, p. 219.

¹⁶⁷⁷ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 300, p. 241

¹⁶⁷⁸ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc., n° 691, p ; 517.

obligations d'information à la charge du créancier (§ 1), si elle est perçue comme une grande bienveillance du législateur à l'égard de la caution ; il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un moyen d'atténuer le déséquilibre existant entre les contractants. De ce fait, sa légitimité n'est pas sujette à caution (§ 2).

§ 1 : Les obligations d'information imposées au créancier

600. Pendant la vie du contrat, la caution profane est exposée à deux risques majeurs auxquels l'information provenant du créancier est susceptible d'y remédier. En effet, il se pose à ce type de cautions la souvenance même de l'engagement contracté par elle, c'est-à-dire qu'il arrive fréquemment, qu'elle oublie l'existence même de son engagement. Parce qu'elle ne s'intéresse pas à la situation du débiteur garanti ou du moins, elle ne s'informe pas sur l'évolution du passif dont elle s'est engagée à garantir le remboursement. Dans l'hypothèse d'un engagement de caution à durée indéterminée, elle pourrait, si elle s'intéresse à l'engagement pris, mettre en œuvre sa faculté de résiliation de l'engagement. Mais, tant qu'elle ne dispose d'aucune information sur la situation financière du débiteur, tant que cette situation n'est pas obérée ou tant qu'elle n'est pas appelée en paiement, rien ne vient lui rappeler l'existence même de son engagement et par ricochet l'existence de l'obligation garantie. Dans tous les cas, elle s'est engagée dans l'idée qu'elle ne sera jamais appelée à rembourser la dette garantie. C'est pour y remédier, que la loi oblige le créancier à lui communiquer annuellement des informations relatives à la dette garantie (A), mais également à lui fournir toute information portant sur la défaillance du débiteur principal, voire tout incident de paiement (B).

A- L'information de la caution sur l'état de la dette garantie

601. « *Astreindre le créancier à informer la caution de l'évolution du risque qu'elle a pris est une idée excellente qui recueille l'adhésion générale* »¹⁶⁷⁹. C'est pourquoi, à partir du début des années quatre-vingt, le législateur est intervenu pour exiger des créanciers, qu'ils fournissent aux cautions une information régulière¹⁶⁸⁰ portant sur le montant de la dette principale selon une périodicité bien déterminée. En effet, cette obligation d'information a été prescrite par l'article 48 de la loi n° 84-148, du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, devenu article L. 313-22 du Code monétaire et financier, qui dispose que « Les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant

¹⁶⁷⁹ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, Droit des sûretés, préc., n° 317, p. 224.

¹⁶⁸⁰ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc., n° 282 et s., p. 103.

accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée »¹⁶⁸¹.

602. Alors que « *traditionnellement, on considérait qu'il appartenait à la caution de s'intéresser à l'évolution de la personne cautionnée afin de veiller au mieux à ses intérêts* »¹⁶⁸², en raison du caractère unilatéral du cautionnement¹⁶⁸³, le législateur, par la prescription de cette obligation, dispose que le caractère unilatéral du cautionnement n'est pas exclusif d'obligations diverses pouvant peser sur le créancier¹⁶⁸⁴. Cette obligation d'information est un outil de prévision, dont l'objectif est d'éveiller la conscience¹⁶⁸⁵ de la caution par le maintien d'un lien informationnel entre lui et le créancier pendant toute la vie du contrat. À cet titre, son importance ne fait l'ombre d'aucun doute ; car sans elle, « *les cautions ne pourront parfois pas obtenir d'informations en raison du respect du secret bancaire* »¹⁶⁸⁶. Si le caractère annuel de cette obligation, ne semble pas poser de problèmes majeurs, sa présence dans différents codes¹⁶⁸⁷, nuit à la cohérence¹⁶⁸⁸ et à la lisibilité de la règle de droit¹⁶⁸⁹.

603. L'obligation pour le créancier de communiquer annuellement à la caution l'état de la dette garantie, initialement prévue par l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, devenu article L. 313-22 du Code monétaire et financier, s'est retrouvée au sein de divers textes, dont « *leur champ d'application se chevauche partiellement, alors que leur sanction n'est pas totalement*

¹⁶⁸¹ Texte adopté en dernier lieu par la loi n° 2016-1691 du 9 déc 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite *loi Sapin 2*.

¹⁶⁸² S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, Thèse préc., p. 164 ; Cass. 1^{re}, civ., 19 mars 1985, *Bull. civ. I*, n° 98 ; *RTD. civ.* 1986, p. 341, obs. J. MESTRE, où il a été décidé qu'« il appartenait aux enfants, à supposer qu'ils aient ignoré les obligations de leur père, de s'entourer, en raison de l'importance de leurs engagements, de tous renseignements que les liens étroits de parenté les unissant au débiteur principal les mettant en mesure de connaître ».

¹⁶⁸³ S. PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, préc., n° 131, p. 90

¹⁶⁸⁴ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc., n° 427, p. 438.

¹⁶⁸⁵ S. HABBASSI-MEBARKIA, *ibid.*

¹⁶⁸⁶ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, Droit des sûretés, préc., n° 152, p. 129.

¹⁶⁸⁷ Voir Code monétaire et financier, Code civil, Code de commerce et Code de la consommation.

¹⁶⁸⁸ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 301, p. 242.

¹⁶⁸⁹ M. ZIO, Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation, Thèse préc.

identique »¹⁶⁹⁰. L'article 47-II, alinéa 2 de la loi du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, a étendu la même obligation à certaines catégories de cautions et de créanciers¹⁶⁹¹, en exigeant qu'en « cas de cautionnement à durée indéterminée consenti par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel, le créancier doit respecter les dispositions prévues à l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ». La valse des textes prescrivant l'obligation annuelle d'information de la caution va continuer avec la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, relative à la lutte contre les exclusions, qui ajoutera à l'article 2016 du Code civil, devenu article 2293, un alinéa 2 disposant que « Lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et des accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités ». Enfin, la loi *Dutreil* du 1^{er} août 2003, relative à l'initiative économique, va procéder à une généralisation de cette obligation à travers l'article L. 341-6 du Code de la consommation, devenu article L. 333-2 qui indique que « Le créancier professionnel fait connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, il rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée ». De cette kyrielle¹⁶⁹² de textes régissant l'information annuelle de la caution, il en ressort que celle-ci doit porter sur le montant de la dette garantie, particulièrement sur l'encours de la dette principale, constitué par « le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires... », sauf l'article 2293, alinéa 2 du Code civil qui s'intéresse de manière peu précise à « l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires ». En outre, l'information doit porter, soit sur l'indication du terme de l'engagement de la caution si le cautionnement est à durée déterminée, soit sur la faculté de révocation offerte à la caution et les conditions d'exercice de celle-ci, sauf dans le texte de l'article 2293, alinéa 2 du Code civil, où elle ne porte que sur l'évolution du montant de la créance garantie. Par ailleurs, en dépit du morcellement¹⁶⁹³ du droit de la caution à une information annuelle dans différentes sources, une constante majeure

¹⁶⁹⁰ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc.*, n° 157, p. 153.

¹⁶⁹¹ Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc.*, n° 430, p. 442.

¹⁶⁹² Ph. SIMLER, *ibid.* n° 427, p. 438.

¹⁶⁹³ S. HABBASSI-MEBARKIA, *Thèse préc.* p. 165.

se dégage : le moment de la délivrance de l'information annuelle. En effet, il ressort de l'ensemble des textes qui prescrivent cette obligation, à l'exclusion de l'article 2293 du Code civil, que le créancier doit délivrer à la caution, l'information, « *au plus tard avant le 31 mars de chaque année, relativement au montant de la dette principale au 31 décembre de l'année précédente* »¹⁶⁹⁴. L'article 2293, alinéa 2 retient quant à lui, que l'information doit être délivrée « au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat ». Bien que l'obligation d'information soit prescrite annuellement par ce texte, la différence de date avec les autres textes, monte à quel point il ne semble pas évident, même pour un créancier professionnel, de se retrouver dans un foisonnement anarchique des obligations d'informations légales¹⁶⁹⁵.

604. Toujours dans la perspective de mieux protéger les cautions, le législateur de façon générale, n'établit aucune distinction entre les cautions susceptibles de bénéficier de cette obligation, notamment à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Cette disposition s'applique au cautionnement souscrit par une personne physique ou morale au profit d'un établissement de crédit. À cet égard, la jurisprudence a même étendu la portée de la disposition de ce texte, en considérant que l'information était due quelle que soit la qualité des cautions, profanes ou averties, y compris par conséquent, aux dirigeants de société¹⁶⁹⁶ pourtant censées être mieux informées¹⁶⁹⁷. Les autres textes qui prévoient l'information annuelle de la caution, exigent que le créancier informe la personne physique ; ainsi, l'obligation annuelle d'information bénéficie à toutes les cautions personnes physiques, qu'elles soient dirigeantes ou profanes.

605. Accorder le bénéfice de l'obligation annuelle d'information à toutes les cautions personnes physiques n'est guère satisfaisant ; et nous paraît excessif car obliger les cautions à communiquer à des cautions averties, notamment les cautions dirigeantes, des informations dont elles ont connaissance relèvent d'une contrainte inutile. Faire bénéficier de cette information que les cautions profanes est compréhensible dans la mesure où celles-ci ne sont pas intégrées dans la vie de la société débitrice ; ce qui ne leur permet pas d'être informées de l'état de la dette garantie. Le législateur est resté silencieux quant à la durée pendant laquelle, le créancier était tenu d'informer la caution. Face au mutisme des textes, une divergence est née

¹⁶⁹⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 283, p. 221.

¹⁶⁹⁵ P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », préc. p. 349.

¹⁶⁹⁶ Cass. com., 25 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n° 203 ; *JCP E* 1993, II, 484, note Croze

¹⁶⁹⁷ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 303, p. 244.

entre les chambres de la Cour de cassation. La chambre commerciale considérait que l'obligation annuelle d'information était due jusqu'à l'extinction de la dette¹⁶⁹⁸ ; ce qui permettait d'assurer une complète protection des cautions¹⁶⁹⁹. La chambre civile, quant à elle, cette obligation cessait dès lors que la caution était condamnée définitivement au paiement de la dette principale. Cette décision qui paraissait justifiée, n'a pas pour autant mis fin à la divergence des deux chambres de la Cour de cassation. C'est ainsi que, dans une décision très importante, en date du 17 novembre 2006, la chambre mixte de la Cour de cassation va rappeler, sous le visa de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier que « *les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier, sous la condition d'un cautionnement, restent tenus de l'obligation annuelle d'information jusqu'à l'extinction de la dette garantie* »¹⁷⁰⁰. Une telle décision aurait emporté satisfaction si elle avait été rendue en considération de la qualité des cautions. Car certaines cautions ont « *une parfaite connaissance des sommes dues au moment où elles réclament l'information* »¹⁷⁰¹.

606. Le créancier étant le débiteur de l'obligation d'information annuelle, il lui appartient de faire la preuve qu'il a communiqué celle-ci à la caution. En cas de litige, la preuve de la communication de l'information annuelle peut être rapportée par tout moyen, puisqu'il s'agit d'un fait juridique¹⁷⁰². C'est ainsi que, la Cour de cassation a décidé que la production par une banque de la lettre adressée par un simple courrier à la caution et du relevé de l'ensemble des lettres envoyées aux cautions pendant cette même période, était suffisante à établir l'exécution de l'obligation annuelle d'information¹⁷⁰³. En revanche, la Cour de cassation juge que « *la seule production de la copie d'une lettre ne suffisant pas à justifier de son envoi, prive de base légale, la cour d'appel qui, au vu de simples copies de lettres détaillant le montant des engagements cautionnés, condamne au paiement réclamé par le créancier la caution qui prétend ne pas avoir reçu l'information qui lui était due* »¹⁷⁰⁴. Néanmoins, « *il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution avait effectivement reçu l'information envoyée* »¹⁷⁰⁵. En tout état de cause, c'est au créancier de prouver qu'il a expédié l'information et d'en établir le

¹⁶⁹⁸ Cass. com. 25 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 328

¹⁶⁹⁹ C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, préc. n° 156, p. 131.

¹⁷⁰⁰ Ch. mixte 17 nov. 2006, n° 04-12856, *Banque et droit*, n° 112, 2007, p. 32, obs. Th. BONNEAU ;

¹⁷⁰¹ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, préc. n° 331, p. 221.

¹⁷⁰² C. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *ibid.* ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 304, p. 246.

¹⁷⁰³ Cass. com., 17 nov. 2015, arrêt n° 14-28359, *RDBF.*, 2016, comm. 15, note D. LEGEAIS.

¹⁷⁰⁴ Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-20908, *GP.*, 21 juin 2016, p. 32, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-22179 ; *Banque et droit*, mars-avr. 2016, p. 87, obs. F. JACOB.

¹⁷⁰⁵ Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-18413, *Bull. civ. IV*, n° 112.

contenu. Et pour y parvenir ou pour se préconstituer une preuve de l'expédition de l'obligation d'information annuelle, il serait judicieux pour le créancier, d'adresser chaque année à la caution par lettre recommandée avec accusé de réception l'information, qui certes peut sembler lourd et coûteux, mais demeure un moyen de preuve efficace. En cas de non-respect de l'obligation d'information annuelle, le créancier est déchu du droit de réclamer les intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. C'est la seule et même sanction qui est prévue par l'ensemble des textes qui prescrivent l'obligation annuelle d'information. La Cour de cassation a précisé la portée de cette sanction, en considérant que la déchéance se limite aux intérêts non encore dus ; il s'agit donc d'une « *déchéance partielle* »¹⁷⁰⁶, dont l'étendue varie d'un texte à un autre. Ainsi, l'article L. 313-22 sanctionne le défaut de l'obligation d'information annuelle de la caution par « la déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information¹⁷⁰⁷ ». C'est la même sanction qui est prévue par l'article 47-II, alinéa 2 de la loi du 11 février 1994.

607. Il s'est posé la question de l'éventualité d'une sanction complémentaire fondée sur le droit commun. Les hauts magistrats avaient dans un premier temps considéré que la déchéance du droit à intérêts, expressément mentionnée dans la loi, n'excluait pas le prononcé d'autres sanctions relevant du droit commun, notamment la résiliation du contrat à durée indéterminée ou l'attribution de dommages-intérêts. Quelques années plus tard, la chambre commerciale par un revirement en date du 25 avril 2001¹⁷⁰⁸, puis la chambre civile¹⁷⁰⁹, le 6 novembre de la même année, ont admis que la sanction du non-respect de l'obligation d'information annuelle, devrait être circonscrite à la seule déchéance, sauf en cas de « dol ou de faute lourde ». En sus, il a été affirmé que la déchéance des intérêts ne concernait que les intérêts au taux conventionnel, la caution restant tenue des intérêts au taux légal. De façon similaire, l'article L. 343-6 (ancien article L. 341-6) du Code de la consommation prévoit la sanction de la déchéance pour une même période, mais avec un objet différent puisqu'elle porte sur les « pénalités ou intérêts de retard ». La sanction de la déchéance aurait pu voir son efficacité limitée, en raison de ce que l'article 1343-1 (ancien article 1254) du Code civil, impute les paiements partiels faits par le débiteur sur les intérêts, plutôt que sur le capital. Heureusement que la loi n° 99-532 du 25 juin 1999

¹⁷⁰⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 285, p. 222.

¹⁷⁰⁷ Cass. com., 15 nov. 2017, inédit, n° 16-22396.

¹⁷⁰⁸ Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14486, *Bull. civ.* IV, n° 75, p. 72, « Attendu qu'il résulte de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 que, sauf dol ou faute lourde du dispensateur de crédit, l'omission des informations prévues par ce texte est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts ».

¹⁷⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2001, n° 99-12124, *Bull. civ.* I, n° 264.

relative à l'épargne et à la sécurité financière, en complétant l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, décide par dérogation au droit commun, que « les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ».

608. Néanmoins, au regard de l'importance de l'obligation d'information annuelle dans la protection des cautions, les sanctions prévues en l'absence d'accomplissement de cette formalité, ne nous semblent pas assez dissuasives pour le créancier, au regard du passif que la caution pourrait supporter en cas de non-paiement de la dette par le débiteur principal. En cela, l'article 2293, alinéa 2 du Code civil se montre particulièrement rigoureux¹⁷¹⁰, en prescrivant une déchéance pour « tous les accessoires de la dette, frais et pénalités », qui n'est pas limitée à une période déterminée. Toutefois, cette différence de sanction pour une même formalité, exige que le législateur s'en saisisse pour adopter une sanction à la hauteur de l'importance de la formalité afin de la rendre dissuasive. La protection de la caution semble très souvent guider le choix du législateur, car elle impose même au créancier d'alerter la caution sur les difficultés du débiteur garanti. Ici, l'information n'est pas relative à l'état de la dette garantie, mais plutôt aux difficultés rencontrées par le débiteur principal dans le remboursement de celle-ci.

B- L'information de la caution des difficultés de remboursement du débiteur

609. Pour protéger la caution pendant la vie du contrat de cautionnement, le législateur ne s'est pas contenté d'exiger du créancier qu'il informe annuellement la caution sur l'encours de la dette garantie. Il a également imposé au fournisseur de crédit, une information ponctuelle¹⁷¹¹ à l'égard de la caution portant sur les difficultés du débiteur principal. Le créancier est tenu d'informer la caution des difficultés intervenues dans le paiement de sa dette par le débiteur. Prévue par plusieurs textes, cette information est très importante dans la mesure où les difficultés rencontrées par le débiteur principal dans le remboursement de sa dette peuvent être annonciatrices « *d'une prochaine ouverture à l'encontre de ce dernier d'une procédure de surendettement* »¹⁷¹². Informer, la caution peut agir en conséquence en prenant des mesures afin de préserver ses intérêts, « *en évitant par exemple la prise d'autres engagements financiers* »¹⁷¹³. Dès lors, il est apparu nécessaire aux yeux du législateur de mettre à la charge

¹⁷¹⁰M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 285, p. 223.

¹⁷¹¹S. PIEDELIÈVRE, Droit des sûretés, préc. n° 133, p. 92.

¹⁷¹²S. PIEDELIÈVRE, *ibid*, n° 133, p. 91.

¹⁷¹³S. HABBASSI-MEBARKIA, Thèse préc. p. 192.

du créancier une série d'informations tendant à alerter la caution de « *l'imminence de l'exécution de son engagement en raison des difficultés rencontrées par le débiteur principal* »¹⁷¹⁴.

610. C'est ainsi qu' à l'occasion de la loi du 31 décembre 1989, le législateur prévoyait dans l'article L. 313-9 (devenu article L. 314-17), du Code de la consommation que « Toute personne physique qui s'est portée caution à l'occasion d'une opération de crédit relevant de chapitres II ou III du présent titre est informée par l'établissement prêteur de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement caractérisé susceptible d'inscription au fichier institué à l'article L. 751-1 ». Au regard du texte précité, l'information portant sur la défaillance du débiteur principal est censée s'appliquer au cautionnement conclu pour garantir le remboursement d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier. En informant la caution sur la défaillance du débiteur principal, le créancier offre la possibilité à celle-ci de « *réagir en conséquence et de limiter de cette défaillance sur sa propre situation* »¹⁷¹⁵ ; d'où l'importance de cette autre obligation d'information dans la protection des intérêts de la caution. Malgré son importance, cette obligation était destinée à alerter que les personnes physiques cautions des engagements de consommateurs, c'est-à-dire que la disposition prescrivant une telle obligation ne concernait que « *les cautionnements non professionnels à l'égard des fournisseurs de crédit* »¹⁷¹⁶.

611. Le texte avait un champ d'application résiduel, qui concernait les seules cautions personnes physiques en tant que créanciers de cette obligation d'information et les seuls établissements de crédit, en qualité de débiteurs de ladite obligation, notamment dans une opération de crédit. Plus tard, le législateur va ajouter un alinéa 3 à l'article 47-II de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 (modifié par la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions), exigeant de tout créancier, au profit de toute « caution personne physique garantissant une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société, (d'informer cette dernière) de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. À défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée ». Mais le législateur va aller plus loin en généralisant le texte de l'article L. 314-17 du Code de la

¹⁷¹⁴ A. MOTTET, La caution personne physique, Thèse Université de Savoie Mont Blanc, 2005, p. 255, n° 519.

¹⁷¹⁵ D. NEMTCHENKO, Cours de droit des sûretés, préc. n° 305, p. 108.

¹⁷¹⁶ G. DIBANQUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement, préc. n° 334, p. 224.

consommation. En effet, à l'occasion de la loi du 29 juillet 1998 précité, sera adopté l'article L. 341-1 (devenu article L. 331-1), qui prévoit que « Sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement ». Ce texte ne vise pas que les opérations de crédit, ni ne prend en compte que la nature des dettes cautionnées, et bénéficie à toute caution personne physique à l'égard de tout créancier professionnel, élargissant ainsi, le domaine d'application des précédents textes qui contenaient la même obligation d'information.

612. Si la protection des intérêts de la caution est un objectif légitime, il nous paraît tout à fait regrettable, cette « *diversité mal maîtrisée* »¹⁷¹⁷ des textes spéciaux, pouvant rendre illusoire le but poursuivi par leur adoption. Par ailleurs, le fait que ces textes bénéficient à toutes les cautions personnes physiques, comme il en est le cas avec l'obligation annuelle d'information n'est pas un gage d'efficacité de la garantie à l'endroit des créanciers. Car, des cautions, notamment certains dirigeants de sociétés, qui disposent de connaissances sur la situation du débiteur cautionné, ne devraient pas profiter du droit à l'information dans les mêmes conditions que les cautions profanes dans leur rapport avec le créancier. Puisque la loi ne distingue pas, cette obligation profite à la caution dirigeante, quand bien même elle serait exactement informée de la situation du débiteur principal garanti. C'est dans ce sens que s'est orientée la Cour de cassation, lorsqu'elle a considéré « *qu'en statuant ainsi, alors l'obligation d'information prévue par l'article 47-II, alinéa 3 de la loi du 11 février 1994, dans sa rédaction issue de la loi du 28 juillet 1998, qui impose à tout créancier d'aviser la caution la caution de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement, non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement, doit être respectée même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement de la situation, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte susvisé* »¹⁷¹⁸.

613. Une autre difficulté est posée par l'objet de l'information à l'endroit de la caution. En effet, il ressort des textes que le fait générateur de l'information à la charge du créancier est la défaillance du débiteur principal dès « *le premier incident de paiement* » intervenu dans le remboursement de sa dette. Et l'objet de cette information est diversement appréhendée dans la

¹⁷¹⁷ Y. PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », préc., p. 398.

¹⁷¹⁸ Cass. com., 27 novembre 2007, arrêt n° 06-15128, *Bull. civ. IV*, n° 253 ; *RTD. com.* 2008, p. 169, obs. D. LEGEAIS.

mesure où selon l'article L. 314-17 du Code de la consommation, il s'agit d'un incident de paiement¹⁷¹⁹ « *caractérisé susceptible d'inscription au fichier*¹⁷²⁰ », alors que les articles 47-II, alinéa 3 de la loi du 11 février et l'article L. 331-1 du Code de la consommation le définissent comme un incident de paiement « *non régularisé dans le mois d'exigibilité du paiement* ». Le fait que l'objet de l'information due par le créancier varie d'un texte à un autre nuit à la compréhension de cette information. Alors, nous estimons que ce qui justifie l'exigence cette obligation, ce sont plutôt les difficultés financières rencontrées par le débiteur principal dans le remboursement de sa dette à l'égard du créancier. Ceci étant, il aurait été tout à fait indiquer de faire cas d'une défaillance grave du débiteur, caractérisée par une difficulté de paiement. La suggestion d'une harmonie dans les textes à propos d'une et même obligation a eu un écho favorable relativement à la sanction en cas de non-respect de l'obligation légale d'information. En effet, les différents textes qui consacrent l'obligation ponctuelle d'information de la caution, prévoient la même sanction contre le créancier défaillant. Ainsi, en cas d'inobservation de l'obligation d'information de la caution sur la défaillance du débiteur principal, le créancier s'expose à la déchéance des intérêts et pénalités « *échus entre la date de ce premier incident de paiement et celle à laquelle elle en a été informée* ». Celle-ci a été à l'occasion rappelée par une cour d'appel qui a décidé que « *la sanction du défaut d'information imputable au dispensateur de crédit n'est pas la déchéance des accessoires de la créance garantie comprenant notamment l'indemnité de résiliation réclamée, et des intérêts et pénalités de retard, mais exclusivement la déchéance des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date du premier incident de paiement et la date à laquelle la caution a été informée* »¹⁷²¹.

614. L'unicité de la sanction est la matérialisation de cette harmonie recherchée dans la prescription des règles. Néanmoins, elle laisse subsister une autre insatisfaction, à savoir le caractère peu dissuasif de cette sanction. En effet, la sanction qui frappe le créancier, épargne la caution que du « *paiement des intérêts dont elle aurait pu faire l'économie si elle avait été informée plus tôt de la défaillance du débiteur principal* »¹⁷²². Cette sanction aurait évidemment un faible impact sur la protection de la caution, surtout qu'elle ne tient pas compte les intérêts

¹⁷¹⁹ En application de l'article 4 de l'arrêté du 26 octobre 2010, relatif au fichier national des incidents de de remboursement des crédits aux particuliers, constitue

¹⁷²⁰ Il est question du fichier national qui récence les informations sur les incidents de paiement caractérisés ayant un lien avec les crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels. Géré par la Banque de France, il a pour finalité de fournir aux organismes de crédit et de financement un élément d'appréciation de la situation des personnes physiques sollicitant un crédit.

¹⁷²¹ C. A. Agen, 21 janv. 2008, n° RG 06/01332, *Juris-Data* n° 2008-365583.

¹⁷²² J. CREDOT, « La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement », Loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, *Banque et droit*, n° 62, nov.-déc., p. 3.

conventionnels afférents à la dette¹⁷²³. Cette sanction est similaire à celle retenue à l'article L. 343-6 du Code de la consommation, qui rend illusoire la protection de la caution. Alors l'accumulation des impayés ne sont pas souvent sans conséquences sur la situation financière de la caution. Dès lors, la nécessité d'adopter une sanction rigoureuse, de nature à inciter les créanciers à fournir à la caution très rapidement toute information inquiétante sur la situation financière du débiteur principal. Par ailleurs, il est important de revoir la méthode législative qui consiste à répéter les mêmes obligations informations à des situations qui ne sont pas très variées. En cela, l'avant-projet Capitant prévoit en son article 2304, l'unification de cette exigence d'information au profit de toute personne physique.

615. Si l'extension du champ d'application à toute caution personne physique ne nous convient pas pour toutes les raisons avancées plus tôt ; en revanche prévoir un objet et une sanction unique nous paraît raisonnable, à condition que la sanction soit rigoureuse, voire dissuasive. Les obligations légales d'informations sont indéniablement un moyen de mettre à l'abri la caution de toute surprise, de même qu'elles participent à l'efficacité du cautionnement, dont le caractère appréciable ne fait pas de doute.

§ 2 : L'appréciation des obligations d'informations à la charge du créancier

616. Considérer les obligations légales d'information comme une « *un accroissement des contraintes à la charge du le créancier* »¹⁷²⁴ doit être relativisé car, ces obligations autant elles constituent un moyen de protection des cautions, autant leur respect est un gage d'efficacité du cautionnement au profit des créanciers. Ces contraintes tiennent d'une part au caractère unilatéral du cautionnement, qui exige du créancier certaines obligations pendant la durée de la garantie. D'autre part « *ces obligations sont inspirées par les exigences de bonne foi et de loyauté, s'imposant spécialement au contractant professionnel, par hypothèse mieux informé que le profane* »¹⁷²⁵. Au regard de ces deux éléments, rien ne pourrait justifier qu'un créancier, de surcroît un créancier institutionnel refuse à une caution des informations portant sur l'obligation garantie par cette dernière¹⁷²⁶. Les obligations d'information exigées du créancier au cours de la vie du contrat de cautionnement ont, à n'en point douter, des vertus protectrices

¹⁷²³ O. LUTUN, « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », préc., p. 262.

¹⁷²⁴ G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement, préc., n° 321, p. 217.

¹⁷²⁵ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 428, p. 439.

¹⁷²⁶ Ph ; SIMLER *ibid.*, n° 429, p. 442.

de la caution. Car, lorsque la caution est bénéficiaire par exemple de l'information sur l'évolution du montant de la dette principale ou d'un incident de paiement caractérisé, elle est pourrait faire pression sur le débiteur afin que celui-ci s'exécute, épargnant la caution d'un appel en paiement. De même, il serait bénéfique pour la caution, en cas d'information annuelle sur l'état de la dette garantie, la prise de mesures lui permettant de faire face à son propre engagement envers le créancier et éviter ainsi d'être poursuivi judiciairement. Informée de la défaillance du débiteur principal, la caution peut exercer un recours préventif avant paiement dans les conditions prévues par les articles 2309 et 2316 du Code civil ou prendre des mesures conservatoires afin de se protéger. Les obligations légales d'information ne profitent pas qu'aux cautions ; elles peuvent se révéler utiles aux créanciers qui y sont tenus. Elles peuvent offrir à ces derniers encore plus de sécurité car, en les respectant ceux-ci offrent la possibilité à la caution d'obtenir le paiement du débiteur à leur profit ou bien de s'exécuter elle-même pour les désintéresser. L'existence de ces obligations légales permet de concilier solidarité entre contractant et efficacité des garanties personnelles¹⁷²⁷. Si l'objectif poursuivi par la prescription de telles obligations au cours de la vie du contrat de cautionnement est légitimement admis et leur adoption justifiée, néanmoins les dispositifs qui les prévoient ne sont pas à l'abri de critiques, eu égard au « *foisonnement des obligations légales induisant à la fois l'insécurité et l'iniquité* »¹⁷²⁸, qui, parfois se chevauchent, l'absence d'harmonisation des règles, induisant beaucoup d'incohérences et de désordre dans les sources du contrat de cautionnement¹⁷²⁹.

617. Que le créancier soit tenu annuellement et ponctuellement d'informations à l'égard du débiteur relatif à l'état de la dette garantie ou à la défaillance du débiteur principal est une chose appréciable, mais que ces obligations légales résultent de nombreux critères, parfois imprécis, variables relatifs au domaine d'application, c'est-à-dire les contractants qui sont concernés, à la nature des dettes qui y sont assujettis et leur éparpillement dans plusieurs sources, amoindrit le rôle important qu'elles sont censées jouer. Nous partageons l'opinion d'auteurs qui expliquent très justement que « *cette multiplication désordonnée des textes et des critères qu'ils retiennent entrave, non seulement la connaissance du droit applicable, mais aussi la bonne exécution des obligations instituées, puisqu'elles empêchent les créanciers de savoir s'ils sont effectivement soumis à une obligation et, dans l'affirmative, à laquelle. Dans le doute, ils* »

¹⁷²⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 289, p. 226.

¹⁷²⁸ Y. PICOD, « L'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », préc., n° 7, p. 400 ; D. LEGEAIS, « Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », préc., spéc. n° 37 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 293, p. 231.

¹⁷²⁹ A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, n° 2, p. 587.

peuvent décider de multiplier les diligences. Le risque est alors d'exécuter des obligations non requises par le législateur, et donc de voir le coût de la protection inutilement augmenter. Dans le doute, ils peuvent, aussi bien, s'abstenir de toute information, au risque, cette fois, que les cautions ne contestent leur engagement et que les juges accueillent ces protestations »¹⁷³⁰.

618. Au regard du désordre que crée les incohérences législatives en matière d'obligations légales d'information de la caution, dans la perspective de réforme du droit des sûretés, a été suggéré, pour rétablir l'équilibre entre l'efficacité du cautionnement et la préservation des intérêts de la caution, l'adoption d'une obligation unique d'information de portée générale, contenue dans le Code civil¹⁷³¹. Cette solution qui, a l'avantage de réduire la multiplicité des obligations légales d'information et leur complexité pour les créanciers, semble avoir reçu un écho favorable auprès de la doctrine. Car, la commission Grimaldi avait proposé dans un article 2307¹⁷³² la fusion de tous les textes portant sur l'obligation annuelle d'information de la caution. Par la suite, l'avant-projet de réforme présenté par l'Association Henri Capitant en septembre 2017, est allé dans le même sens en proposant un article 2303 comme suit : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le montant principal de la dette et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Si le cautionnement est à durée indéterminée, le créancier professionnel est, en outre, tenu de rappeler à la caution sa faculté de révocation ».

619. Contrairement au Rapport de la commission GRIMALDI, cet avant-projet ne retient pas que l'obligation du créancier d'informer annuellement toutes les cautions personnes physique sur l'évolution de la dette garantie ; mais aussi l'obligation ponctuelle d'informer la caution personne physique sur la défaillance du débiteur principale. Puisque il est proposé un article 2304, qui dispose que « Le créancier professionnel est tenu d'informer toute 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, à peine de déchéances des pénalités,

¹⁷³⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 289, p. 226 et s.

¹⁷³¹ Voir la proposition du Rapport GRIMALDI, in M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés », RDC, 1 juillet 2005, n° 3, p. 782 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, préc. n° 293, p. 231.

¹⁷³² Article 2307 tel que proposé par la commission Grimaldi : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal et des accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. ».

intérêts et autres accessoires échus entre la date dudit incident et celle à laquelle elle en a été informée ». Nous sommes accueillons favorablement le maintien des deux différentes obligations légales d'information, qui d'une part n'ont pas le même objet, et ne jouent pas le même rôle, d'autre part. En effet, l'obligation annuelle permet de « *prévenir le risque d'endormissement de la caution* »¹⁷³³ ; alors que l'obligation ponctuelle est un moyen d'alerter la caution sur une défaillance d'une certaine gravité du débiteur principal, prémices sûrement d'un probable appel en paiement de la caution elle-même. Mais au-delà de l'adoption d'une obligation unique d'information dans le Code civil, c'est le champ d'application des obligations légales d'information tel que suggéré par l'avant-projet Henri Capitant qui ne nous paraît pas très convaincant. En effet, cet avant-projet fait, d'une part, du créancier professionnel, le débiteur des obligations légales d'information ; ce qui nous paraît critiquable. Car faire peser sur les seuls créanciers professionnels, les obligations légales d'information de la caution rentre en opposition avec l'idée que tout créancier, au nom de l'exigence de bonne foi, doit être débiteur d'une obligation d'information. De même, exiger du seul créancier, ayant la qualité de professionnel qu'il fournisse de telles obligations ne nous paraît pas équitable¹⁷³⁴ car les créanciers, quelle que soit leur qualité¹⁷³⁵, ont toujours connaissance de telles informations dont la transmission aux cautions ne sauraient constituer une difficulté majeure. D'autre part, faire bénéficier à toutes les cautions personnes physiques, les obligations légales d'informations n'est pas très justifié. Car, fonder l'exigence de l'obligation d'information sur la qualité de personne physique de la caution n'est pas adapté au contexte de la souscription du cautionnement. En effet, certaines personnes physiques, en raison de leur implication ou de leur lien avec le débiteur principal, disposent nécessairement des informations dont le créancier est tenu de leur transmettre ; d'où l'inutilité d'une telle obligation qui à l'occasion engendrerait des frais inutiles. En toute logique, une caution, dirigeant ou associée, impliquée dans les activités du débiteur principal, dont l'engagement est de nature professionnelle, ne devrait pas profiter des obligations légales d'information, au regard des compétences et connaissances qu'il possède et qui rendent « *superfétatoires toutes les informations son propre engagement et/ou*

¹⁷³³M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », in Rapport « GRIMALDI » : Pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et patr.* n° 140, sept. 2005, p. 53.

¹⁷³⁴M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 900 et s., : « Une obligation d'information annuelle fondée sur l'impératif d'équité contractuelle devrait être imposée à tous les créanciers et non aux seuls professionnels ».

¹⁷³⁵*Contra.* Y. PICOD, « L'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », préc. p. 400 : « il est bien difficile de demander à un créancier professionnel non rompu au droit des affaires bénéficiant d'un cautionnement indéfini, de respecter un tel formalisme ».

sur la dette principale »¹⁷³⁶. C'est pourquoi, il faudrait cantonner le bénéfice de ce moyen de protection aux cautions qui en ont besoin et qui le méritent, celles qui n'agissent pas dans un cadre professionnel, c'est-à-dire les cautions profanes.

620. Par ailleurs, pour retrouver de la cohérence et de la visibilité dans le régime de l'obligation d'information des cautions¹⁷³⁷, à même de rassurer les créanciers, il est indispensable que le Code civil redevienne le siège ou la source de toutes les modifications souhaitées relativement aux différentes obligations légales d'information. Car comme l'a fait remarquer très justement un auteur, « *la localisation actuelle des textes au sein du Code la consommation au détriment du Code civil, alors que ceux-ci bénéficient à toute caution personne physique au-delà même de la notion de classique de consommateur, brouille les frontières entre le droit civil et le Code de la consommation* »¹⁷³⁸. En l'état actuel de la législation, la dispersion des textes hors le Code civil¹⁷³⁹ fragilise la recherche de l'équilibre¹⁷⁴⁰ entre les intérêts des créanciers et la nécessaire protection des cautions méritantes. De même, cette dispersion des textes est un frein aux « *qualités de lisibilité et d'accessibilité qui sont, pour les citoyens comme pour les agents économiques, les conditions de la sécurité juridique* »¹⁷⁴¹. Malheureusement à l'occasion de la réforme du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, la législateur n'a pas emprunté cette voie ; de même que l'avant-projet Capitant de réforme du droit des sûretés. Alors que « *nul ne peut douter, s'agissant d'une sûreté mise en œuvre dans les circonstances les plus diverses, que la place de ce droit commun soit dans le Code civil, ce qui n'est nullement exclusif de l'existence ailleurs, notamment dans le Code de la consommation, des dispositions réellement spécifiques* »¹⁷⁴².

621. En matière de sanction, l'avant-projet reconduit ou du moins propose une sanction proche de celle prévue par les textes précédents, notamment l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, à savoir « la déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information », en cas de non-respect de l'obligation annuelle. En ce qui concerne l'obligation d'information

¹⁷³⁶ M. BOURASSIN, « La rationalisation du droit du cautionnement », *RDBF*, janv.-févr. 2016, spéc. n° 23, p. 91.

¹⁷³⁷ M. BOURASSIN, L'efficacité des garanties personnelles, préc. n° 901.

¹⁷³⁸ Y. PICOD, « L'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », préc. p. 395.

¹⁷³⁹ M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », préc. p. 50.

¹⁷⁴⁰ A. DUMERY, « Cautionnement et Code de la consommation : d'une ambition protectrice à un éclatement progressif », préc., p. 72.

¹⁷⁴¹ M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », préc. p. 50.

¹⁷⁴² Ph. SIMLER, « Les sûretés personnelles », in Rapport « GRIMALDI » : Pour une réforme globale des sûretés, préc., p. 55.

ponctuelle portant sur la défaillance du débiteur principal, la sanction est la « déchéance des pénalités, intérêts et autres accessoires échus entre la date dudit incident et celle à laquelle elle en a été informée ». Il nous apparaît que ces sanctions sont assez timides et peu rigoureuses au regard de l'importance et du rôle des obligations. Dès lors, il serait préférable comme l'a suggéré un auteur¹⁷⁴³ d'adopter la sanction posée à l'article 2293 du Code civil : « la déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités », qui semble plus dissuasive pour contraindre les créanciers au respect des obligations légales d'information de la caution. À rebours de la position de la jurisprudence qui considère la déchéance comme la seule sanction admissible, sauf cas de dol ou de faute lourde du dispensateur de crédit¹⁷⁴⁴, il ne serait pas excessif pour le législateur de prévoir la responsabilité civile du créancier au titre d'une sanction complémentaire¹⁷⁴⁵. En ce sens qu'il nous semble possible, qu'en cas de non rappel à la caution sa faculté de révocation de son engagement à durée indéterminée, cette dernière puisse invoquer cette faute qui l'aurait empêchée de mettre fin à son engagement de caution.

622. Par ailleurs, l'avant-projet Capitant aurait dû intégrer dans sa proposition de réforme, la précision apportée à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier par la loi dite sapin 2 du 9 décembre 2016, selon laquelle « la réalisation [de l'obligation annuelle d'information] ne peut en aucun cas être facturée à la personne qui bénéficie de l'information ». C'est une mesure de protection de la caution en ce qu'elle évite l'alourdissement des charges de la caution ; mais qui pour nous ne devrait pas être très coûteux pour le créancier qui y est astreint. En usant de la lettre recommandée avec accusé de réception pour exécuter son obligation d'information, tout créancier, quel qu'il soit peut en supporter les coûts.

623. Le créancier, en tant que cocontractant de la caution est tenu de soucier de la situation de la caution et à ce titre il ne doit pas, par son fait, nuire à cette dernière et doit même contribuer à la préservation des recours de la caution.

¹⁷⁴³ A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du droit du cautionnement : l'exemple de l'obligation d'information de la caution », préc. p. 587.

¹⁷⁴⁴ Cass. com. 25 avril 2001, *Bull. civ.* IV, 2001, n° 75, *RTD. civ.* 2001, p. 922, obs. P. CROCQ ; *RTD. com.* 2001, p. 751, note B. BOULOC.

¹⁷⁴⁵ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel*, préc. n° 358 p. 237.

SECTION 2 : L'OBLIGATION DU CREANCIER DE RESPECTER LES PRÉVISIONS DE LA CAUTION

624. Toujours dans la perspective de mieux protéger la caution, en la mettant à l'abri des abus du créancier, la loi fait obligation à celui-ci de respecter les prévisions de la caution. Cette obligation de respecter les prévisions de la caution se matérialise par l'exigence de préserver l'efficacité du recours subrogatoire de la caution (§ 1), et également par l'obligation de laisser un minimum de ressources à la caution (§ 2).

§ 1 : La préservation de l'efficacité du recours subrogatoire de la caution

625. Bénéficiaire d'un cautionnement, il peut arriver que les créanciers fassent preuve de négligence dans l'exercice de leur droit à l'égard du débiteur principal ; alors que cette négligence peut être préjudiciable pour la caution quant à la mise en œuvre de son action contre celui pour qui elle a payé. C'est pourquoi, le Code civil fait bénéficier la caution qui a payé d'un recours subrogatoire. En effet, l'article 1346 (ancien article 1251) du Code civil dispose que la subrogation a lieu « au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». La caution *solvens* se trouve très bien dans un tel schéma, puisqu'en payant, elle libère le débiteur à l'égard du créancier. Ce texte de portée générale, qui concerne tous types de paiements, va être confirmé par l'article 2306 du Code civil, particulièrement en matière de cautionnement. Ainsi, cette disposition indique que « la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ». Le créancier, dans les droits duquel, la caution qui a payé est subrogée, est tenu d'une obligation de préserver l'efficacité du recours subrogatoire de la caution. Ce recours est avantageux pour la caution, car il lui permet de bénéficier de toutes les garanties dont le créancier lui-même était titulaire.

626. Si ce mécanisme de protection semble être prisé par les cautions – parce qu'il profite à toutes les cautions sans distinction,- mais sa mise en œuvre n'est pas de plein droit¹⁷⁴⁶, car il est soumis à des conditions (A). Par ailleurs, la caution est déchargée de son obligation de règlement si la subrogation ne s'opère pas en sa faveur (B).

¹⁷⁴⁶ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Les sûretés personnelles, préc. n° 854, p. 615.

A- Un mécanisme de protection aux conditions d'application allégées

627. Le recours subrogatoire bénéficie exclusivement à toutes les cautions, dès lors qu'elles ont acquitté la dette du débiteur principal auprès du créancier. De toute évidence, pour se prévaloir de ce mécanisme protecteur, il faut d'abord avoir la qualité de caution *solvens*, puisque l'article 2306 du Code civil dispose que « la caution qui a payé la dette... ». Ainsi, seront admises à invoquer ce recours les cautions, personnes physiques ou morales, simples ou solidaires, profanes ou averties, professionnelles..., à condition toutefois qu'elles aient payé entre les mains du créancier. Réservé aux cautions, l'exercice du recours subrogatoire ne profite pas aux codébiteurs solidaires alors même que « *la solidarité passive non intéressée et le cautionnement sont intimement liés* ». En effet, la jurisprudence refuse de reconnaître au codébiteur non intéressé à la dette l'exception du défaut de subrogation¹⁷⁴⁷. Cette exclusion du codébiteur solidaire est critiquée¹⁷⁴⁸, car on estime qu'en principe, il n'y a pas lieu d'opérer une telle distinction dès lors que les personnes concernées bénéficient de l'article 1251 du Code civil, devenu article 1346. De même, selon des auteurs, « *l'exception de défaut de subrogation ne s'explique pas par le caractère accessoire du cautionnement. Il trouve plutôt sa source dans l'équité, d'une part, et dans l'existence même d'un recours subrogatoire, d'autre part. À ce titre, il devrait sans doute bénéficier à tous les autres garants* »¹⁷⁴⁹. Mais l'exclusion du codébiteur peut s'expliquer par le fait que cette règle est propre au cautionnement¹⁷⁵⁰. Ce recours n'est pas une mesure de faveur au profit de la caution¹⁷⁵¹, mais la conséquence légale du paiement¹⁷⁵² fait par la caution qui était tenue pour le débiteur principal. C'est pourquoi, l'une des exigences principales de ce recours est l'effectivité d'un paiement au profit du créancier sans intention libérale¹⁷⁵³, car toute intention libérale, suppose renonciation à tout recours contre le débiteur principal, dont la dette a été acquittée.

628. Indissociable du cautionnement, il demeure un moyen efficace de sanction du comportement du créancier qui a manqué de préserver de manière efficace le recours de la caution.

¹⁷⁴⁷ Cass. 3^e civ. 11 déc. 1994, n° 94-20998 ; Cass. com. 17 déc. 2003, n° 11-11198.

¹⁷⁴⁸ S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, préc. p. 261.

¹⁷⁴⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 383, p. 253.

¹⁷⁵⁰ M. BOURASIN, V. BREMOND, *ibid*, n° 382, p. 285

¹⁷⁵¹ *Contra* G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement, préc. n° 363, p. 240.

¹⁷⁵² Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 611, p. 625.

¹⁷⁵³ A.- S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, préc. n° 857, p. 615.

629. De manière constante, la jurisprudence applique le bénéfice de la subrogation à toutes les cautions personnelles¹⁷⁵⁴. C'est pourquoi, elle refuse à juste titre l'application de l'article 2314 du Code civil, selon lequel, « la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution », à une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'autrui, n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui ; qui n'est pas un cautionnement¹⁷⁵⁵.

B- Le défaut de subrogation : cause de décharge de la caution de son obligation de paiement

630. Le cautionnement est un contrat unilatéral dans lequel, le créancier ne peut prétendre à un comportement passif préjudiciable à la caution¹⁷⁵⁶. D'une manière générale, le créancier est appelé à une certaine collaboration avec la caution¹⁷⁵⁷. Ces exigences à l'égard des contractants, notamment le créancier, résultent de l'application de la règle dite de « *bénéfice de cession d'actions* »¹⁷⁵⁸ ou plus exactement « *l'exception de défaut de subrogation* »¹⁷⁵⁹, encouragée par certains auteurs, qui y voient l'expression ou la matérialisation du solidarisme contractuel¹⁷⁶⁰.

631. Il résulte en effet, des termes de l'article 2314 du Code civil, que « la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ». Ce texte permet donc à toute caution d'échapper à son obligation de règlement¹⁷⁶¹ si, le créancier par un fait quelconque compromet le recours subrogatoire qu'elle aurait pu exercer contre le débiteur pour qui elle a payé. Pour Monsieur PIETTE, le bénéfice de subrogation s'inscrit parfaitement dans l'idée exprimée par la citation de DEMOGUE, selon laquelle « *Les contractants forment une sorte de*

¹⁷⁵⁴ Cass. civ. 14 juin 1841, *D.P.* 1841, 1, 282 ; Cass. 3^e civ. 7 juill. 2010, n° 09-13159, *Bull. civ.* III, n° 138 ; *RDC* 2011, n° 1, p. 113, note D. MAZEAUD ; *GP.* 26 août 2010, n° 238, p. 23, note C. BERLAUD ; Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-12444, *Bull. civ.* IV, n° 56 ; *LEDB* 1^{er} mai 2014, n° 5, p. 3, note M. MIGNOT ; *Deffrénois* 15 mai 2015, n° 9, p. 491, note S. CABRILLAC ; *GP.* 26 juin 2014, n° 177, p. 5, note G. TEBOUL ; *RDC* 1^{er} sept. 2014, n° 3, p. 391, obs. R. LIBCHABER

¹⁷⁵⁵ Cass. 3^e civ. 12 avril 2018, n° 17-17542, *Bull. civ.* III, n° 46 ; *LEDC* 9 mai 2018, n° 5, p. 4, obs. N. LEBLOND ; *GP.* 15 mai 2018, n° 17, p. 36 ; obs. C. BERLAUD ; *GP.* 29 mai 2018, n° 19, p. 18, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *LEDIU* juin 2018, n° 6, p. 7, note T. DANTZER ; *GP.* 12 juin 2018, n° 21, p. 71, obs. M. BOURASSIN ; *GP.* 26 juin 2018, n° 23, p. 35, obs. C. ALBIGES ; *RDC* 19 sept. 2018, n° 3, p. 371, obs. D. HOUTCIEFF ; *Deffrénois* 27 sept. 2018, n° 38, p. 28, note C. GIJSBERS ; antérieurement, en ce sens contraire : Cass. req., 27 avr. 1942 : *S.* 1942, I, 114 ; Cass. 1^{re} civ. 23 nov. 1954 ; *Bull. civ.* I, n° 331 ; Cass. com., 17 mars 1992, n° 90-13819 : *Bull. civ.* IV, n° 115.

¹⁷⁵⁶ R. MARTY « Cautionnement et comportement du créancier », *JCP E*, sept. 2007, n° 37, p. 9

¹⁷⁵⁷ D. HOUTCIEFF, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD. civ.* 2006, p. 191.

¹⁷⁵⁸ D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 282, p. 221.

¹⁷⁵⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 382, p. 286.

¹⁷⁶⁰ D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *ibid.*

¹⁷⁶¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.* n° 382, p. 285.

microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun, qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer à une certaine union. Le créancier, quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration »¹⁷⁶².

§ 2 : L'interdiction de priver la caution de toutes ses ressources

632. Au nombre des dispositions destinées à protéger la caution, le législateur français par le biais de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, a consacré, en faveur des débiteurs et cautions, l'insaisissabilité d'un minimum de ressources, appelé « *reste à vivre* »¹⁷⁶³. En effet, l'article 2301, alinéa 2 (ancien article 2024) du Code civil dispose qu' « en toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L. 331-2 [devenu article L. 731-1] du Code de la consommation. Par cette disposition, le législateur vient limiter le droit de poursuite du créancier¹⁷⁶⁴, en ce qui concerne la quotité saisissable des biens de la caution. Cette obligation pour le créancier de laisser à la caution un minimum vital a pour but l'évitement d'une situation d'impécuniosité de la caution à la suite de l'exécution de son engagement de garantie. Si, cette disposition participe à préserver la dignité de la personne humaine¹⁷⁶⁵.

633. Si cette mesure *in fine* est destinée à éviter l'exclusion de la caution personne physique, la caution s'est toutefois posée de savoir si elle pouvait concerner la caution solidaire. Les hauts magistrats dans un arrêt en date du 31 janvier 2012, ont répondu par l'affirmative en énonçant que « *la dernière phrase de l'article 2301 du Code civil, qui ne distingue pas selon que le cautionnement est simple ou solidaire, a pour seul objet de préciser les conditions dans lesquelles s'effectue le recouvrement de la créance résultant du cautionnement donné par une personne physique* »¹⁷⁶⁶. Pour la Cour de cassation, toute personne physique, caution, peut invoquer l'article 2301, alinéa 2 du Code civil, peu importe la nature civile ou commerciale, le

¹⁷⁶² R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, Rousseau & Cie, 1931, Tome VI, p. 9, cité par G. PIETTE, « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », *RLDA*, 1^{er} fév. 2008, n° 24.

¹⁷⁶³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 324, p. 248.

¹⁷⁶⁴ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, Droit des sûretés, préc. n° 268, p. 192.

¹⁷⁶⁵ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.* qui, d'ailleurs, se sont interrogés sur l'opportunité de faire jouer un tel rôle à la fonction.

¹⁷⁶⁶ Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-28236, *Bull. civ.* IV, n° 13 ; *GP.* 29 mars 2012, n° 89, p. 14, note C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *GP.* 23 févr. 2012, n° 54, p. 26, note C. BERLAUD ; *D.* 2012, 428, obs. V. AVENA-ROBARDET.

caractère simple ou solidaire du cautionnement, qu'il garantisse un crédit à la consommation, une entreprise ou un particulier ; le texte ne comporte aucune distinction à l'égard des catégories de cautions. Cette décision se comprend dans la mesure où le texte se réfère au cautionnement en général sans distinction des types de cautions données par les personnes physiques.

Conclusion Chapitre 1

634. La caution profane est protégée quand bien même le débiteur n'est pas dans une situation d'insolvabilité. En raison du risque qui est la sienne, le créancier est tenu d'être une exigence de transparence à son égard. De même, qu'il ne doit rien faire, susceptible de compromettre les recours dont elle dispose. Même quand elle est poursuivie, elle n'est pas dépouillée de tous ses biens.

CHAPITRE 2

LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE DANS LES PROCÉDURES DE SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS ET D'INSOLVABILITÉ

635. Les procédures d'insolvabilités initialement réservées aux seules personnes morales¹⁷⁶⁷ et commerçants en faillite¹⁷⁶⁸, appréhendées de nos jours sous l'appellation de droit des entreprises en difficulté, se sont étendues non seulement à d'autres professionnels¹⁷⁶⁹, mais également au traitement des difficultés des particuliers¹⁷⁷⁰. Ainsi, le droit de l'insolvabilité est constitué aujourd'hui de deux objets que sont les entreprises en difficulté et le surendettement des particuliers. Ces deux objets qui constituent la matière du droit de l'insolvabilité se distinguent néanmoins, en raison de l'activité du débiteur (particulier ou entreprise) en difficulté. C'est-à-dire, d'une part, un ensemble de règles destinées à s'appliquer au débiteur professionnel endetté, et un corps de règles régissant « *le débiteur endetté dans le cadre de sa vie privée* »¹⁷⁷¹. Les règles traitant de l'insolvabilité d'un débiteur s'appliquent différemment selon des procédures distinctes qui tiennent compte de la cause de l'insolvabilité et de l'état financier du débiteur.

636. L'objectif poursuivi par les procédures d'insolvabilité réside prioritairement dans la sauvegarde du débiteur défaillant, et non dans l'apurement du passif, la satisfaction des créanciers garantis s'en trouve sacrifiée. Le sort de la caution, intervenue pour apporter sa garantie afin que le débiteur bénéficie du soutien du créancier, est tributaire de cet objectif. C'est pourquoi la protection de la caution sera différemment appréciée, selon qu'il s'agit d'une procédure initiée contre une entreprise en difficulté, ou selon qu'il s'agit du surendettement d'un particulier.

637. L'interférence entre le droit du cautionnement et le droit des procédures d'insolvabilité contre un débiteur est prévue par le Code civil puisque l'article 2287, indique que « [les

¹⁷⁶⁷ J.-P. HAEHL, « Les procédures relatives au surendettement et les procédures collectives applicables aux entreprises », in Les procédures de traitement du surendettement des particuliers, *Ann. CRCD*, 7 juin 1991, p. 3.

¹⁷⁶⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd. LGDJ 2018, n° 14, p. 23, « la procédure de faillite était réservée aux seuls commerçants alors que, sous l'empire du droit romain et probablement sous l'Ancien droit, elle s'appliquait à tous les débiteurs indistinctement, mais ce sont les commerçants que l'Empereur voulait contrôler. Elle relève, par conséquent, à partir du Code de commerce, de la compétence des tribunaux consulaires ».

¹⁷⁶⁹ Il s'agit de l'extension des procédures d'insolvabilités aux professions libérales, agricoles et artisanales.

¹⁷⁷⁰ C. FIORI-KHAYAT, « Cautionnement et surendettement des personnes physiques », *GP.*, avr. 2005, n° 92, p. et s.

¹⁷⁷¹ D. NEMTCHENKO, *Cours de droit des sûretés*, préc. n° 1465, p. 418.

dispositions relatives aux sûretés] ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ». L'étroitesse de la frontière¹⁷⁷² entre ces deux disciplines s'explique d'abord par le fait que la réalisation du cautionnement est un facteur de surendettement. Ensuite le cautionnement garantit très souvent les dettes faisant l'objet de traitement judiciaire dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Enfin, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le débiteur est la cause de la mise en œuvre du cautionnement, « *puisque le risque de défaillance, contre lequel il a justement pour fonction de lutter, est alors réalisé* »¹⁷⁷³. Néanmoins, la protection de la caution s'est sensiblement édulcorée devant les exigences de garantie du cautionnement et les créanciers, en position de force, ont inclus dans les actes, des clauses de renonciation au statut protecteur. Favorable au crédit, mais au détriment de la caution, cette évolution est apparue comme une cause de déséquilibre des intérêts en présence, suscitant la réaction du législateur, puis de la jurisprudence afin de mieux protéger la caution personne physique, à l'exclusion de la caution professionnelle, garantissant certaines opérations de crédit à la consommation, susceptible de provoquer leur surendettement.

SECTION 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LA PROCÉDURE DE SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS

638. L'endettement ne semble pas à première vue poser de problème car, il s'est imposé comme « *un mode [normal et] habituel de gestion des patrimoines* »¹⁷⁷⁴. Encouragé, d'ailleurs par les fournisseurs de crédits en raison de son impact sur la consommation des ménages¹⁷⁷⁵, l'essor du recours au crédit a multiplié les situations de surendettement des particuliers. Dès lors, « *ce qui fait problème et qui a toujours fait problème, ce n'est pas d'être endetté, mais de ne pas payer et surtout de ne pas pouvoir payer sa dette. L'endettement qui inquiète [et qui alimente le contentieux], c'est l'endettement excessif, le surendettement, celui qui conduit à la défaillance du débiteur* »¹⁷⁷⁶. Inconnu du Code civil de 1804¹⁷⁷⁷, le terme de surendettement est

¹⁷⁷² C. MARIE, « Cautionnement et surendettement ou les cautions oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers », *RPC.*, 1996, n° 2, p. 149.

¹⁷⁷³ M. BOURASSIN, « Sûretés et surendettement des particuliers », *LPA*, 10 oct. 2012, n° 203, p. 4 et s.

¹⁷⁷⁴ D. MAZEAUD, « L'endettement des particuliers », in *L'endettement*, travaux de l'association Henri Capitant, journées argentines, T. XLVI, LGDJ 1995, p. 127 ; B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », *Mélanges en l'honneur de A. BRÉTON et F. DERRIDA*, Dalloz 1991, p. 295 et s.

¹⁷⁷⁵ S. PIEDELIÈVRE, « Surendettement et cautionnement », *Deffrénois*, 15 oct. 2000, n° 19, p. 1073.

¹⁷⁷⁶ J. DERRUPE, « Rapport de synthèse », in *L'endettement*, travaux de l'Association Henri Capitant, p. 23.

¹⁷⁷⁷ Aucune disposition du Code civil adopté en 1804 n'y fait expressément mention.

apparu dans l'ordre juridique français avec l'adoption de la loi n° 1989-1010 du 31 décembre 1989, dite loi Neiertz relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, qui fera l'objet de diverses modifications et adaptations¹⁷⁷⁸.

639. Le droit s'intéresse particulièrement à un tel endettement, car il perturbe hautement les échanges économiques et les relations sociales. En effet, de la rigueur s'exprimant dans la force et le respect absolu du lien obligatoire, on est passé de nos jours à de l'indulgence exprimée par des sentiments de compassion envers des débiteurs défaillants, perçus comme victimes, plutôt comme des coupables. Face au surendettement des particuliers, « *les lois d'indulgences et de compassion se sont multipliées* »¹⁷⁷⁹, jusqu'à atteindre au-delà des débiteurs emprunteurs, les garants intervenant à l'occasion de la souscription de crédits à la consommation ou des crédits immobiliers. Si le surendettement des débiteurs résulte très souvent d'une incitation permanente des dispensateurs de crédits en vue de leur fournir les ressources dont ils ne disposent pas pour satisfaire leurs besoins, celui des cautions prend souvent sa source dans l'insouciance, l'imprudence et l'inconscience du poids de l'engagement face à la sollicitation des débiteurs. En effet, le cautionnement est une garantie très souvent utilisée en matière de crédit à la consommation. Lorsque survient la défaillance de l'emprunteur, la caution dont l'engagement est généralement solidaire est tenue de payer la dette sans pouvoir invoquer les bénéfices de division et de discussion¹⁷⁸⁰. S'il est vrai que la caution bénéficie d'un recours contre le débiteur, le caractère illusoire¹⁷⁸¹ de ce recours et les dangers encourus par la caution ont incité le législateur à prévoir des règles favorisant l'admission de la caution dans la procédure de surendettement des particuliers (§ 1) ; règles lui permettant de bénéficier de l'effacement de ses dettes résultant de son engagement de caution à l'occasion de cette procédure (§ 2).

¹⁷⁷⁸ V. notamment, la loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et la loi n° 2018-1021 portant Évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi ELAN.

¹⁷⁷⁹ J. DERRUPE, « Rapport de synthèse », in *L'endettement*, préc. p. 24.

¹⁷⁸⁰ Exceptions légales prévues aux articles 2298 et 2303 du Code civil, mais qui ne sont pas d'ordre public, permettant aux cautions, en cas de poursuite dirigée contre elles, d'une part de demander au créancier poursuivant de diviser préalablement son action, et la réduire à la part et portion de chaque caution, en cas de pluralité de cautions. D'autre part, d'exiger du créancier de poursuivre d'abord le débiteur principal, c'est-à-dire de saisir et faire préalablement les biens de ce dernier pour se payer.

¹⁷⁸¹ Y. PICOD, *Droit de la consommation*, préc., n° 583, p.420 ; J. CALAIS AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10 éd. Dalloz, 2020, n° 375, p. 419.

§ 1 : L'admission de la caution dans le droit du surendettement des particuliers

640. Le traitement du surendettement des particuliers introduit dans le Code de la consommation par la loi Neiertz du 31 décembre 1989 avait pour objectif de protéger les particuliers surendettés à la suite, soit d'une accumulation de crédits à la consommation ou de crédits immobiliers (surendettés actifs), c'est-à-dire les personnes prises dans « la spirale d'endettement », soit de la survenance d'accidents de la vie courante¹⁷⁸² (surendettés passifs), tels que la perte d'un emploi, la maladie, l'aggravation des charges familiales, le divorce... Il s'agissait par ce mécanisme de voler au secours des particuliers devant supporter « *des mensualités de remboursement dépassant 60% de leur revenu disponible* »¹⁷⁸³, à l'exclusion des professionnels dont la situation est régie par le droit des procédures collectives prévu par le Code de commerce. À ce titre, le droit du surendettement apparaît comme « *le pendant du droit des entreprises en difficulté, appliqué à la vie privée du débiteur endetté* ». En effet, le surendettement des particuliers était défini par l'article L. 330-1, du Code de la consommation comme étant « l'impossibilité manifeste, pour le débiteur, personne physique de bonne foi, de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ».

641. Le surendettement peut être alors, appréhendé de manière très précise comme étant la situation d'un particulier qui n'est plus en mesure de supporter ses charges au regard de ses ressources disponibles. Alors, quelle incidence le surendettement d'un particulier a-t-il sur le sort d'une caution ?¹⁷⁸⁴

642. La difficulté pour le particulier de respecter ses engagements ou d'honorer ses dettes intéresse directement le cautionnement. En effet, le nombre croissant d'échéances non satisfaites par les débiteurs a contraint « *les prêteurs professionnels à exiger des emprunteurs des garanties aussi bien personnelles que réelles* »¹⁷⁸⁵. L'engouement pour le cautionnement ne se fait pas attendre dans la mesure où, il facilite mieux le crédit, dont le surendettement constitue la forme pathologique la plus grave¹⁷⁸⁶. Lorsque le débiteur se trouve dans une telle situation, le

¹⁷⁸² J.-P. HAEHL, « Les procédures relatives au surendettement et les procédures collectives applicables aux entreprises », préc. p. 10.

¹⁷⁸³ V. Projet de loi, doc. Sénat n° 485 (rectifié), 2^e session extraordinaire 1988-1989, p. 2, cité par G. PAISANT, Droit de la consommation, 1^{ère} éd. PUF, 2019, n° 286, p. 316.

¹⁷⁸⁴ Ph. DELEBECQUE, « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », D. 1990, chr. p. 255.

¹⁷⁸⁵ S. PIEDELIÈVRE, « Surendettement et cautionnement », préc. p. 1073.

¹⁷⁸⁶ C. FIORI-KHAYAT, « Cautionnement et surendettement des personnes physiques », préc. p. 2 et s.

créancier devrait pouvoir faire appel naturellement à la caution, tenue de payer en cas de défaillance du débiteur principal. D'ailleurs, c'est la raison d'être du cautionnement et tout l'intérêt pour le créancier. Mais, « *la propagation contemporaine du surendettement* »¹⁷⁸⁷, a atteint les cautions dont l'engagement n'est pas souvent pris avec beaucoup de prudence. Le cautionnement apparaissant ainsi, comme une source inéluctable du surendettement des particuliers à tel point que cela a suscité aussi bien chez le législateur que le juge de l'émotion¹⁷⁸⁸.

643. La prévention du surendettement des cautions s'est donc imposée comme une préoccupation majeure « *au cœur de la politique législative et jurisprudentielle de la protection des cautions depuis une trentaine d'années* »¹⁷⁸⁹, traduite dans le Code de la consommation. Néanmoins, le Code de la consommation « *n'est pas le gage d'une application rationnelle des dispositions protectrices, en raison du renvoi tantôt aux consommateurs, tantôt aux personnes physiques* »¹⁷⁹⁰. Cependant, « *à l'heure actuelle, le spectre du surendettement et la volonté de prévenir un endettement inconsidéré pour autrui conduisent à protéger plus particulièrement la caution personne physique lors de la conclusion de la sûreté : celle-ci engage en effet son patrimoine pour autrui, en dehors de toute contrepartie ou commission, et sans toujours prendre la mesure de la gravité de son engagement* »¹⁷⁹¹.

644. Si la loi du 31 décembre 1989 n'excluait pas son invocation par des cautions surendettées¹⁷⁹², elle restait néanmoins muette¹⁷⁹³ sur la question de savoir si la caution pouvait demander l'ouverture d'une procédure de surendettement. L'admission de la caution dans le droit du surendettement sera heureusement reconnue. La loi du 1^{er} août 2003 a apporté une réponse à travers l'article L. 330-1, alinéa 2 du Code de la consommation qui dispose que « la situation de surendettement des personnes physiques vise également l'engagement qu'il ait donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci ». Ainsi, les règles relatives au surendettement des particuliers applicables au cautionnement ont désormais pour

¹⁷⁸⁷ M. SEJEAN, La bilatéralisation du cautionnement ? : Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, préc. p. 8.

¹⁷⁸⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « La protection de la caution par le droit de la consommation », préc. p. 17.

¹⁷⁸⁹ M. BOURASSIN « Éligibilité des cautions, y compris dirigeantes, aux procédures de surendettement », *GP.*, 22 oct. 2019, n° 361, p. 61.

¹⁷⁹⁰ D. NEMTCHENKO, Le droit des sûretés au prisme de la faute. Contribution à l'analyse de la notion de sûreté, préf. G. PIETTE, PUAM, 2020, n° 364, p. 281.

¹⁷⁹¹ Ph. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles », *LPA*, 14 avr. 2010.

¹⁷⁹² J.-P. MARGUÉNAUD, « La protection de la caution par le droit de la consommation », préc. p. 24.

¹⁷⁹³ S. PIEDELIÈVRE, « Cautionnement et surendettement », *GP.*, 10 sept. 2019, n° 30, p. 34.

objet d'une part la caution, débiteur surendetté, et la caution d'un débiteur surendetté, d'autre part. Quelle qu'en soit l'hypothèse, la qualité de la caution détermine son éligibilité au droit de surendettement (A), de même que sa situation patrimoniale (B).

A- L'éligibilité liée à la qualité de la caution

645. Initialement, le législateur avait gardé le silence sur l'éligibilité de la caution au droit de traitement du surendettement des particuliers puisque l'article 1^{er} de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, disposait qu'il est « institué une procédure [...], destinée [...] à régler la situation de surendettement des personnes physiques, caractérisées par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir » ; alors que « *les risques de surendettement courus par une caution qui, pour rendre service à un ami, à un parent, peut s'engager à la légère, sans mesurer les conséquences de son acte* »¹⁷⁹⁴, sont indéniables.

646. Ce mutisme sur l'éligibilité de la caution dans une telle procédure, destinée à protéger la personne physique¹⁷⁹⁵, débiteur surendetté, ne se justifiait pas. Car, les dettes nées des engagements de cautions, notamment, celles résultant d'un cautionnement souscrit par une personne proche du débiteur principal, « *en garantie d'engagements personnels tels que des crédits à la consommation ou immobiliers ou un bail d'habitation constituant [indubitablement]* » une dette non professionnelle¹⁷⁹⁶, pouvaient être une source de surendettement, justifiant leur admission. D'ailleurs, ce silence paraissait surprenant dans la mesure où, la caution personne physique a toujours été au cœur des préoccupations du Code de la consommation dans lequel, a été introduite la loi du 31 décembre 1989 précitée.

Le législateur était donc d'une particulière rigueur à l'égard de la caution, en ne prenant pas en compte les engagements pris par cette dernière¹⁷⁹⁷. La caution était donc, la grande absente des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers, qui ne se soucia pas de son sort. Pourtant, il est certain que la caution qui n'est pas en mesure

¹⁷⁹⁴ C. MARIE, « Cautionnement et surendettement ou les cautions oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers », préc., p. 151.

¹⁷⁹⁵ Le particulier, caution est naturellement une personne physique.

¹⁷⁹⁶ M. BOURASSIN, « Éligibilité des cautions, y compris dirigeantes, aux procédures de surendettement », préc. ; C. MARIE, « Cautionnement et surendettement ou les cautions oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers », préc., p. 179.

¹⁷⁹⁷ D. LEGAIS, « Cautionnement et surendettement », *RDBF.*, n° 5, sept. 2008, comm. 13.

d'honorer son engagement à l'égard du créancier peut être un débiteur, personne physique, surendettée, susceptible de bénéficier des dispositions sur le surendettement des particuliers.

647. Heureusement, sous l'empire la loi du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, dite loi Borloo, le législateur a apporté une réponse à la question de l'éligibilité de la caution au droit de surendettement à travers l'article L. 330-1, alinéa 2 du Code de la consommation. Ce texte en effet, disposait que « la situation de surendettement des personnes physiques vise également l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci ». Dès lors, « *les deux visages de la caution confrontée à une situation de surendettement* »¹⁷⁹⁸ que sont la caution du débiteur surendetté et la caution surendettée, bénéficieraient du texte de l'article L. 330-1 du Code de la consommation. Ce texte ayant rendu éligible la caution au droit de surendettement, opérant néanmoins une distinction au sein des cautions, qui consistait à protéger les cautions personnes physiques non dirigeantes.

648. S'il n'était pas discuté que les cautions personnes morales¹⁷⁹⁹ ne puissent être éligibles au droit du surendettement des particuliers¹⁸⁰⁰, en revanche, la question s'est toutefois posée à propos de certaines cautions, notamment la caution dirigeante. Car, celle-ci a parfois été considérée comme une caution dont l'engagement était suscité par des considérations économiques d'ordre professionnel¹⁸⁰¹, plutôt qu'affectif¹⁸⁰². À cet égard, la caution dirigeante n'était pas admise au droit du surendettement des particuliers.

649. Cette exclusion de la caution dirigeante par le législateur s'inspirait de la position jurisprudentielle dominante de l'époque, qui considérait comme dettes professionnelles, « *celles nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur* »¹⁸⁰³, dont les dettes du dirigeant caution en relèveraient. Puisque les règles du surendettement

¹⁷⁹⁸ C. MARIE, « Cautionnement et surendettement ou les oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers », préc., p. 153.

¹⁷⁹⁹ Il s'agit des organismes de caution professionnels : banques, sociétés de cautions mutuelles ou sociétés d'assurance...

¹⁸⁰⁰ Elles relèvent naturellement du droit des entreprises en difficultés, réservé aux personnes morales qui cessent leur paiement et contenu dans le livre VI du Code de commerce.

¹⁸⁰¹ E. KERCKHOVE, P.-M. LE CORRE, « Le règlement des situations de surendettement des particuliers », *RPC.*, 1990, n° 193.

¹⁸⁰² M. BOURASIN, « Éligibilité des cautions, y compris dirigeantes, aux procédures de surendettement », préc.

¹⁸⁰³ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992, n° 91-04028 et n° 91-04032, *Bull. civ. I*, n° 107, p. 71 ; *D.* 1992, somm. p. 406, obs. E FORTIS ; *RTD com.*, 1992, p. 457, obs. G. PAISANT ; *CCC.*, 27 octobre 1992, n° 15, note G. RAYMOND ; Cass. 2^e civ. 8 avr. 2004, inédit n° 03-04013, *Bull. civ. II*, n° 190 ; *RTD com.* 2004, 820, obs. G. PAISANT.

s'appliquent lorsque le cautionnement a garanti des dettes civiles non professionnelles¹⁸⁰⁴, les dettes nées des engagements de la caution dirigeante, considérées comme dettes professionnelles, n'étaient pas éligibles au droit du surendettement des particuliers. Par voie de conséquence, les dirigeants de sociétés, cautions de celles-ci, ne pouvaient invoquer le bénéfice des dispositions du droit au surendettement¹⁸⁰⁵. Et tout dirigeant, qui se portait caution de sa société, conférait à son engagement un caractère professionnel¹⁸⁰⁶. En revanche, une épouse, qui n'était ni associée ni salariée et qui s'était portée caution des dettes d'une société dans laquelle son époux était associé, a été admise à se prévaloir des mesures de surendettement des particuliers¹⁸⁰⁷. Dès lors la question qui importait était celle de savoir si la caution a donné sa garantie à titre professionnel ou si elle l'a fourni de manière altruiste¹⁸⁰⁸.

650. Mais, cette exclusion des cautions dirigeantes paraissait très sévère à leur égard, et même regrettable puisqu'elle n'était pas de nature à les inciter dans la prise d'initiatives susceptibles de sauvegarder l'entreprise cautionnée¹⁸⁰⁹, et de se dégager de la spirale du surendettement¹⁸¹⁰.

651. Plus soucieux de la protection de la caution personne physique, le législateur à travers la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite de modernisation de l'économie, va supprimer la distinction selon que la caution a été dirigeante ou non, mettant fin ainsi à l'exclusion de la caution dirigeante au droit du surendettement des particuliers. Ainsi, par une modification de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, devenu article L. 711-1, le législateur admet que « L'impossibilité pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement [...] ». Désormais, la procédure de surendettement n'est pas ouverte uniquement qu'aux personnes physiques ayant

¹⁸⁰⁴ S. PIEDELIVRE, « Surendettement et cautionnement », préc. p. 1074.

¹⁸⁰⁵ Cass 1^{re} civ. 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 285, p. 184, où il a été jugé que « M. X... s'est porté caution de la société anonyme dont il était le dirigeant ; qu'ayant ainsi fait apparaître, par ces seuls motifs, que la dette née de cet engagement avait été contractée pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur, le juge de l'exécution a justifié légalement sa décision ».

¹⁸⁰⁶ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992, arrêt n° 91-04032, *Bull. civ.* I, n° 107, p. 71, où le cautionnement souscrit par un attaché commercial salarié de la société débitrice a été qualifié de professionnel ; Cass. 1^{re}, civ. 13 mars 2001, arrêt n° 00-04053, *Bull. civ.* I, n° 74, p. 47, dans lequel il a été décidé que l'engagement souscrit par « la débitrice, en garantie de deux emprunts contractés par l'entreprise qu'exploitait alors son époux, revêtait un caractère professionnel dès lors qu'à compter du décès de ce dernier, survenu en 1990, Mme X... avait exploité l'entreprise pour le compte de sa fille mineure ».

¹⁸⁰⁷ Cass. 2^e civ., 14 déc. 2006, inédit, n° 05-20685, *RTD. com.*, 2007, p. 243, obs. G. PAISANT.

¹⁸⁰⁸ S. PIEDELIVRE, « Surendettement et cautionnement », préc. p. 1074.

¹⁸⁰⁹ F. PASQUALINI, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », *LPA*, 3 févr. 2004, n° 24, p. 3.

¹⁸¹⁰ M. BOURASSIN, « Sûretés et surendettement des particuliers », *LPA*, 10 oct. 2012, p. 4.

accumulé des dettes non professionnelles¹⁸¹¹. Ainsi, les cautions, personnes physiques, qu'elles soient dirigeantes ou non, profanes ou averties sont éligibles aux procédures de surendettement, dès lors qu'elles ne peuvent pas faire face à leur passif exigible ou à échoir.

652. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 septembre 2012. En effet, à une dirigeante caution qui demandait le traitement de son dossier rejeté par la commission de surendettement, les juges du fond ont estimé que son endettement résulte, essentiellement de l'engagement de caution solidaire souscrit au profit de la société dont elle était la dirigeante de fait, de sorte que son endettement étant de nature professionnelle, d'où son exclusion du bénéfice du dispositif sur le surendettement. Les hauts magistrats français ont cassé cette décision en estimant qu' « *en statuant ainsi, alors que l'article L. 330-1, alinéa 1er, du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, prévoit que caractérise une situation de surendettement l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle ait donné de cautionner la dette d'une société, qu'elle en ait été ou non la dirigeante, le juge de l'exécution a violé le texte susvisé* »¹⁸¹². Par cette décision, la Cour de cassation souligne que la qualité de dirigeant ne saurait être un obstacle à une éligibilité à la procédure de surendettement, d'une part, et le fait que la débitrice soit dirigeant de la société dont il cautionne les engagements est insuffisant à conférer un caractère professionnel à la dette, d'autre part. Ainsi, l'accès aux procédures de surendettement est reconnu à des dirigeants de fait¹⁸¹³ ou de droit¹⁸¹⁴, dès lors qu'ils ne relèvent pas d'une procédure instituée par le livre VI du Code de commerce¹⁸¹⁵. Depuis, elle applique cette solution sans distinction « *des finalités professionnelles ou non, poursuivies par la caution, ni les intérêts qu'elle peut retirer de son engagement* »¹⁸¹⁶. Elle l'a d'ailleurs réaffirmée à l'occasion d'un arrêt en date du 6 juin 2019. Des faits de l'espèce, il ressort que M. V. a saisi une commission de surendettement des particuliers en vue du traitement de sa situation financière. Celle-ci ayant déclaré sa demande irrecevable, il a formé un recours contre cette décision, confirmée par le tribunal d'instance de Versailles. Selon lequel, la majeure parties de

¹⁸¹¹ M. BOURASSIN, « Sûretés et surendettement des particuliers », *ibid.*

¹⁸¹² Cass. 2^e civ. 27 sept. 2012, arrêt inédit, n° 11-23285 ; CCC., 2012, n° 291, obs. G. RAYMOND ; *Rev. proc. coll.* 2013, n° 102, obs. S. GJIDARA-DECAIX.

¹⁸¹³ Cass. 2^e civ. 27 sept. 2012, préc. ; Cass. 2^e civ. 15 janv. 2017, inédit n° 15-27909 ; Cass. 2^e civ. 20 avr. 2017, n° 16-15143.

¹⁸¹⁴ Cass. 2^e civ. 5 janv. 2017, n° 15-27909 ; Cass. 2^e civ. 2 avril 2017, 16-15143

¹⁸¹⁵ V. article L. 333-3, devenu article L. 711-3 du Code de la consommation qui renvoie au Livre VI du Code de commerce, instituant la procédure de sauvegarde des entreprises au profit des commerçants, artisans, agriculteurs, professions libérales et officiers ministériels, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tous les professionnels indépendants.

¹⁸¹⁶ M. BOURASSIN, « Éligibilité des cautions, y compris dirigeantes, aux procédures de surendettement », préc.

ses dettes sont professionnelles dès lors qu'il a été dirigeant de droit ou de fait de plusieurs sociétés et a été amené à donner sa caution pour les besoins ou à l'occasion de l'activité de ses sociétés, à laquelle, en qualité de dirigeant de fait ou de droit, il était personnellement intéressé. Cette décision est censurée par la Cour de cassation, qui indique que « *caractérise une situation de surendettement l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner la dette d'une société, qu'elle en soit ou non la dirigeante* »¹⁸¹⁷. À travers cette décision, la règle voulue par le législateur est sans équivoque¹⁸¹⁸ ; car tout cautionnement souscrit par une personne physique est de nature à permettre l'ouverture d'une procédure de surendettement, sans recourir nécessairement à la distinction suivant la qualité de dirigeant de la société ou non de la caution. Toute caution, quelle qu'elle soit, peut ainsi bénéficier des mesures de surendettement des particuliers, dès lors qu'elle est une personne physique se trouvant dans l'impossibilité de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner.

653. Néanmoins, la caution personne physique doit être de bonne foi. En effet, l'article L. 330-1, alinéa 1 du Code de la consommation, devenu article L. 711-1, tel que modifié par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, dispose que « le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi ». La bonne foi qui est une notion juridique plutôt que morale, n'est pas facile à apprécier car elle est floue¹⁸¹⁹. Alors, comment caractériser la bonne foi du débiteur caution qui entend bénéficier des mesures de surendettement des particuliers ?

654. Selon Monsieur PICOD, « *la bonne foi requise est manifestement conçue comme l'absence de mauvaise foi et non comme un comportement particulièrement diligent du débiteur* »¹⁸²⁰. L'absence de mauvaise foi en matière de surendettement suppose donc la conscience du débiteur de se placer en situation de surendettement, ainsi que son éventuelle intention d'échapper aux paiements de ses dettes en instrumentalisant les procédures de

¹⁸¹⁷ Cass. 2^e civ. 6 juin 2019, arrêt n° 18-16228, *Bull. civ. II* ; *GP.* sept. 2019, n° 30, p. 34, note S. PIEDELIÈVRE ; *BJE* nov. 2019, n° 6, p. 27, note V. MARTINEAU-BOURGNINAUD ; *LPA*, nov. 2019, n° 148, p. 9, note J. COURTOIS ; *LEDEN* oct. 2019, n° 112, p. 2, note P. RUBELLIN.

¹⁸¹⁸ S. PIEDELIÈVRE, « Cautionnement et surendettement », préc., p. 34.

¹⁸¹⁹ Y. PICOD, « Bonne foi et droit de la consommation », *Mélanges en l'honneur de de Daniel TRICOT*, Dalloz-Litec 2011, p. 121.

¹⁸²⁰ Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 4^e éd. Sirey, 2018, n° 615, p. 449.

traitement du surendettement¹⁸²¹. C'est-à-dire que la caution qui souhaite bénéficier de la procédure de surendettement des particuliers doit le mériter¹⁸²².

655. La Cour de cassation considère ainsi, conformément au droit commun que la bonne foi se présume et qu'il revient au créancier qui en conteste l'existence, de rapporter la preuve de la mauvaise foi du débiteur¹⁸²³. La notion de bonne foi n'ayant pas reçu de définition ni par le législateur, ni par la jurisprudence, son appréciation relève de la souveraineté des juges du fond¹⁸²⁴. C'est ainsi que les tribunaux se montrent souvent bienveillants, en admettant l'imprévoyance, voire la négligence fautive du débiteur, alors que le bénéfice de la procédure de surendettement devrait profiter aux débiteurs victimes de circonstances particulières de la vie¹⁸²⁵ (les surendettés passifs). Il en résulte à juste titre que seuls seront considérés comme étant de mauvaise foi, les débiteurs ayant conscience de créer ou d'aggraver leur endettement au moment par exemple de la souscription d'un nouveau crédit¹⁸²⁶. À ce propos, il a été décidé que constitue un motif impropre à caractériser la mauvaise foi des emprunteurs profanes en matière de crédit à la consommation, le fait d'avoir souscrit en une année un grand nombre de crédits et d'être dans l'incapacité d'expliquer les causes de surendettement massif et soudain¹⁸²⁷. De même, la Cour de cassation est, au visa de l'article L. 330-1, devenue article L. 711-1 du Code de la consommation, censuré par une cour d'appel qui avait retenu que la souscription des engagements de caution au profit de trois sociétés pour des montants manifestement excessifs était exclusive de la bonne foi. Car, « *en se déterminant ainsi par des motifs impropres à caractériser la mauvaise foi, le juge de l'exécution a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* »¹⁸²⁸. Selon les hauts magistrats, sanctionner la caution au regard de telles

¹⁸²¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 323, p. 247.

¹⁸²² C. MARIE, « Cautionnement et surendettement : une rencontre à risques », *Rev. proc. coll. déc.* 2004, n° 4, p. 349 ; G. PAISANT, Droit de la consommation, préc., n° 288, p. 319.

¹⁸²³ Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 1991, pourvoi n° 90-04008, *Bull. civ. I*, n° 123, p. 83, où il a été décidé que « la bonne foi des demandeurs était présumée et qu'il appartenait au créancier qui contestait leur qualité à bénéficier des dispositions du titre Ier de la loi du 31 décembre 1989, d'établir leur mauvaise foi, le tribunal d'instance a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé » ; *D.* 1991, p. 307, note B. BOULOC ; *JCP* 1991, II, 21702, note Y. PICOD ; *RTD. com.*, 1991, p. 446, obs. G. PAISANT.

¹⁸²⁴ Cass. 2^e civ., 2 juill. 2020, pourvoi n° 18-26213, *Bull. civ. II*, 2020, où il a été décidé qu'« en matière de surendettement, l'appréciation de la bonne foi du débiteur relève du pouvoir souverain du juge du fond. Ayant relevé que Mme N... ne justifiait d'aucun revenu et d'aucune recherche d'emploi, stage ou reconversion, qu'elle avait été condamnée pénalement pour des infractions qui étaient à l'origine d'au moins la moitié de son endettement et par diverses décisions commerciales pour ses engagements de caution, ces actes délictueux étant directement à l'origine de la totalité de son endettement, c'est sans encourir les griefs du moyen que le juge du tribunal d'instance en a déduit, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, l'absence de bonne foi de la débitrice ».

¹⁸²⁵ Y. PICOD, N. PICOD, Droit de la consommation, 5^e éd. Dalloz, 2021, n° 637, p. 515.

¹⁸²⁶ Y. PICOD, N. PICOD, *ibid.*

¹⁸²⁷ Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, pourvoi n° 07-20067, *Bull. civ. II*, n° 20

¹⁸²⁸ Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, arrêt inédit n° 09-72819.

circonstances¹⁸²⁹, revient à considérer que celle-ci a consciencieusement provoqué son surendettement afin d'échapper à ses créanciers¹⁸³⁰.

656. Dans tous les cas, il semble que le fait de souscrire un ou plusieurs cautionnements excessifs ne suffit pas à caractériser la mauvaise foi du débiteur. Et c'est plutôt la mauvaise foi manifeste qui est sanctionnée et non la bonne foi qui est récompensée¹⁸³¹.

657. Il est indiscutable que la qualité, en vertu de laquelle la caution s'engage, joue un rôle éminent dans l'application des procédures liées au surendettement. Les proches qui garantissent les obligations de leurs parents ou amis n'agissent très souvent que dans l'intention de rendre service et c'est normal qu'à ce titre, ils bénéficient des procédures. De même que le dirigeant, qui cautionne la dette de la société, qu'il dirige, en raison de sa qualité de personne physique, mais surtout de sa fragilité financière. La qualité de la caution s'avère cependant insuffisante à elle seule, en ce sens que la loi précise que l'éligibilité à la procédure de surendettement est subordonnée à la situation patrimoniale de la caution, c'est-à-dire à l'état d'endettement de cette dernière.

B- Une éligibilité justifiée par la situation patrimoniale de la caution

658. Pour admettre la caution, débitrice dans le droit du surendettement des particuliers, au-delà de sa qualité de personne physique de bonne foi, cette dernière doit être dans « l'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise... »¹⁸³². C'est-à-dire l'incapacité de la caution à faire face avec ses ressources aux dettes contractées résultant de son engagement de garant. Plus précisément l'impossibilité pour cette dernière d'exécuter son engagement devenu exigible ou à échoir en sa qualité de caution au regard de ses ressources disponibles.

659. La détermination de cette situation patrimoniale inquiétante, grave, implique par conséquent de comparer la teneur de son endettement d'avec les éléments actifs du patrimoine¹⁸³³. Car, en effet, le législateur ne prévoit aucun seuil permettant d'apprécier cette

¹⁸²⁹ La Cour de cassation fait néanmoins une incursion dans le pouvoir souverain des juges du fond, cf. M. BOURASSIN, « Sûretés et surendettement des particuliers », préc. p. 4.

¹⁸³⁰ G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement, préc. n° 519, p. 328.

¹⁸³¹ Y. PICOD, N. PICOD, Droit de la consommation, préc. n° 637, p. 515.

¹⁸³² V. art. L. 711-1, al. 3, ancien article L. 330-1, al. 1^{er} du C. cons.

¹⁸³³ G. PAISANT, Droit de la consommation, préc. n° 289, p. 321.

situation particulière d'endettement qui ressemble à la cessation des paiements et à l'insolvabilité avec lesquelles, elle ne se confond pas¹⁸³⁴.

660. Le surendettement a des traits de ressemblance avec la cessation des paiements, mais ne se confond pas avec elle. S'il est vrai que le surendettement peut déboucher sur la cessation des paiements, il est tout aussi vrai que le débiteur soit surendetté, sans pour autant cesser ses paiements. En revanche il peut arriver qu'un débiteur cesse ses paiements sans être en situation de surendettement.

661. Sans également se confondre avec l'insolvabilité, le surendettement apparaît comme une notion voisine de celle-ci, puisque l'insolvabilité se présente comme « *la situation d'une personne dont le passif est supérieur à l'actif* »¹⁸³⁵. Les deux notions sont proches en ce sens que le débiteur surendetté est d'une façon générale en situation d'insolvabilité. Néanmoins, l'appréciation de l'insolvabilité a lieu de manière instantanée alors que le surendettement doit s'apprécier non seulement en fonction de la situation présente du débiteur, mais aussi de sa situation future ; ce qui exige de prendre en considération aussi bien les dettes échues, que les dettes à échoir. Il s'agit de prendre en compte les ressources disponibles, mais aussi les ressources prévisibles du débiteur. S'il résulte de cette globalité, une insuffisance manifeste de ressources au regard des dettes, le débiteur se trouve alors en situation de surendettement.

662. S'il est vrai que la situation de surendettement résulte souvent d'un recours immodéré pour le crédit ou d'une accumulation de dettes, elle ne dépend pas cependant du nombre de dettes que le débiteur est dans l'impossibilité d'honorer. Ainsi, en référence à la jurisprudence, la procédure de surendettement peut être ouverte pour le non-paiement d'une seule dette, en l'occurrence une dette de cautionnement¹⁸³⁶. Sont visées les dettes contractuelles, notamment les crédits ou prêts assortis d'une garantie hypothécaire ou d'un cautionnement ou toute sorte d'engagements pris en qualité de caution. Le surendettement dès lors ne devrait pas résulter d'un excès d'endettement, mais plutôt d'une insuffisance, voire d'une inexistence de ressources.

663. L'interprétation de la notion de surendettement doit toutefois, s'opérer de manière extensive, c'est-à-dire que, doit être pris en compte tous les éléments actifs et passifs du

¹⁸³⁴ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, préc. n° 650, p. 690

¹⁸³⁵ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *ibid.* n° 650, p. 691.

¹⁸³⁶ Cass. 1^{re} civ. 24 mars 1993, *RTD. com.* 370, obs. PAISANT ; Cass. 2^e civ. 2 déc. 2010, inédit n° 09-67503, où l'endettement du demandeur à l'action résultait essentiellement de sa condamnation en tant que caution solidaire pour des prêts souscrits par une société dont elle était la gérante de fait.

demandeur pour analyser son état. En ce qui concerne l'actif, l'appréciation de l'état du surendettement du débiteur caution ne paraît pas difficile à faire, car elle concerne l'ensemble des éléments actifs patrimoniaux¹⁸³⁷, c'est-à-dire aussi bien les revenus que l'épargne ou le capital mobilier qu'immobilier¹⁸³⁸. Toutefois, ne devraient pas être prises en considération les ressources dont le débiteur caution n'a pas la libre disposition en vue de faire face à ses dettes, notamment les prestations sociales telles que les allocations familiales ou l'aide sociale au logement¹⁸³⁹.

664. Il s'est tout de même posé la question de savoir si la procédure de surendettement est ouverte à une personne dont la valeur de la résidence principale est supérieure ou égale à la valeur des dettes exigibles ou à échoir. Le législateur a tranché en faveur de la personne débitrice ou de la caution en disposant dans l'article L. 330-1 du Code de la consommation devenu, article L. 711-1 que « le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale dont la valeur estimée à la date du dépôt de dossier de surendettement est égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne fait pas obstacle à la caractérisation de la situation de surendettement ». En vertu de ce texte, les hauts magistrats ont cassé une décision d'un juge en décidant qu'au « vu de l'article L. 330-1 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de l'article 69 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, applicable à la procédure de surendettement pendante, le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée »¹⁸⁴⁰. Il en résulte que même si la cession de sa résidence principale suffit à couvrir les dettes du débiteur propriétaire, ce dernier demeure tout de même éligible aux procédures de surendettement des particuliers. Une telle solution paraît se comprendre dans la mesure où elle de répond au besoin de se loger¹⁸⁴¹, afin d'éviter une

¹⁸³⁷ Cass. 1^{re} civ. 18 février 1992, n° 91-04008, *Bull. civ.* 1992, I, n° 57, où il a été jugé que la situation de surendettement s'apprécie « au regard de l'ensemble des ressources du débiteur, quelle qu'en soit l'origine et sans qu'il y ait lieu de s'attacher à leur caractère imposable ».

¹⁸³⁸ G. PAISANT, *Droit de la consommation*, préc., n° 289, p. 321.

¹⁸³⁹ Cass. 1^{re} civ. 24 févr. 1993, pourvoi n° 93-04028, *RTD. com.* 1993, p. 369 obs. G. PAISANT, dans lequel, a été cassé la décision du juge qui s'était fondé sur une allocation chômage et une aide personnalisée au logement dont bénéficiait le débiteur pour apprécier ses ressources.

¹⁸⁴⁰ Cass. 2^e civ., 19 fév. 2015, pourvoi n° 14-10268 et n° 13-28236, *Bull. civ.* 2015, II, n° 45 et 44 ; *D.* 2015, p. 485, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RPC.*, 2015, comm. p. 134, obs. S. GJIDARA-DECAIX ; Cass. 2^e civ. 12 avr. 2018, pourvoi n° 16-28759 et n° 16-28760.

¹⁸⁴¹ G. PAISANT, *Droit de la consommation*, préc., n° 289, p. 322.

exclusion sociale¹⁸⁴² du débiteur et préserver la dignité¹⁸⁴³ de sa personne. La caution personne physique se trouvant dans une situation similaire, pourra prétendre à la procédure de surendettement.

665. En ce qui concerne les éléments passifs, c'est-à-dire les dettes, la loi dispose que la procédure de surendettement ne peut bénéficier à un débiteur que lorsqu'il se trouve « dans l'impossibilité de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Le passif à prendre en compte est « *constitué des dettes échues, demeurées impayées, pour lesquelles le créancier exige le paiement. De même, il concerne les obligations dont l'échéance du terme n'est pas arrivée et pour lesquelles, en principe, le créancier n'est pas en droit de réclamer un paiement* »¹⁸⁴⁴. Il en ressort que les dettes éventuelles ne peuvent rentrer dans l'appréciation du surendettement¹⁸⁴⁵. À cet égard, le cautionnement ne pourra être considéré qu'à la naissance de la dette, c'est-à-dire au moment de la poursuite de la caution en paiement. Par ailleurs, selon la loi, ne sont prises en considération que « *les dettes non professionnelles* ». Le cautionnement garantissant une dette professionnelle, comme celle d'une société ou d'un entrepreneur individuel, ne devrait pas être caractéristique de la situation de surendettement¹⁸⁴⁶. Mais, en l'absence de définition légale de la dette professionnelle, il est revenu à la jurisprudence d'en déterminer le contenu. À cette fin, la jurisprudence a d'abord considéré que « *les dettes professionnelles sont celles nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle* »¹⁸⁴⁷, avant d'en apporter une modification. Ainsi, depuis une décision en date du 8 avril 2004, elle considère désormais que « *les dettes professionnelles sont celles nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle* »¹⁸⁴⁸. Si une partie de la définition donnée à la dette professionnelle, notamment la première a été conservée, par contre la seconde partie a connu une modification. Car, ne constituent plus des dettes professionnelles comme

¹⁸⁴² V. VIGNEAU, G.- X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit de surendettement des particuliers*, 2^e éd., févr. 2012, Paris, LexisNexis, p. 108, cités par G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, préc., n° 520, p. 329.

¹⁸⁴³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc., n° 324, p. 249 ; J.- B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006 n° 63 p. 37.

¹⁸⁴⁴ Étude : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel de la cour de cassation 2009, éd. La documentation française, partie III, p. 139.

¹⁸⁴⁵ C. MARIE, « Cautionnement et surendettement ou les cautions oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers », préc. p. 178.

¹⁸⁴⁶ M. BOURASSIN, « Sûretés et surendettement des particuliers », préc. p. 4 et s.

¹⁸⁴⁷ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992, arrêts n° 91-04028 et n° 91-04032, préc.

¹⁸⁴⁸ Cass. 2^e civ. 8 avril 2004, pourvoi n° 03-04013, *Bull. civ.* 2004, II, n° 190, p. 161 ; *D.* 2004, p. 1383, obs. C. RONDEY ; *RDC* 2004, p. 953, obs. M. BRUSCHI ; *RTD com.* 2004, p. 820, obs. G. PAISANT ; *CCC.*, 2005, n° 4, chron. n° 1, p. 12, obs. S. GJIDARA-DECAIX.

celles nées à l'occasion de l'activité professionnelle, « *mais celles nées exclusivement au titre d'une activité professionnelle* »¹⁸⁴⁹.

666. En conséquence, il en résulte une appréciation subjective du caractère professionnel de l'endettement fondé sur la profession du débiteur et non sur la nature de la dette¹⁸⁵⁰, d'une part, et l'activité professionnelle doit être à l'origine de la dette pour qu'elle soit qualifiée de professionnelle¹⁸⁵¹, d'autre part. C'est en considération de ce critère qu'il a été jugé que la dette née du cautionnement des engagements d'une société commerciale avait un caractère professionnel lorsque le cautionnement est consenti par le dirigeant¹⁸⁵², mais conservait un caractère personnel lorsque le cautionnement est fourni par l'épouse au profit de son conjoint lui-même commerçant¹⁸⁵³. A été qualifiée également de dette non professionnelle, celle née de l'engagement de caution d'un prêt consenti par le frère d'un commerçant pour l'acquisition d'un fonds de commerce¹⁸⁵⁴. Depuis la loi n° 2008-776 du 04 août 2008, dite de modernisation de l'économie ayant modifié l'article L. 330-1, alinéa 1 du Code de la consommation, la question de la nature de la dette ne semble plus se poser. En effet, l'article L. 330-1, alinéa 1, devenu article L. 711-1, alinéa 3 du Code de la consommation dispose que « L'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ». Cette disposition a le mérite d'avoir clairement admis la recevabilité de la demande de surendettement du dirigeant-caution. Pour autant, peut-on affirmer que les dettes nées d'un cautionnement donné par le dirigeant d'une société ne sont pas des dettes professionnelles ? C'est ce que laisse penser un auteur qui considère qu' « *en somme, la qualité de dirigeant d'une société, pour les besoins de laquelle la caution a été donnée, ne confère pas, en soi, à la dette le caractère professionnel* »¹⁸⁵⁵. Cette opinion n'est pas partagée par un autre auteur qui estime que « *s'il est indéniable que le passif né de la garantie donnée par un dirigeant au profit de sa société*

¹⁸⁴⁹ Étude : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, *Rapport annuel de la cour de cassation 2009*, préc...p. 142.

¹⁸⁵⁰ Cass. 2^e civ. 23 juin 2016, n° 15-16637, *Bull. civ. II*, où il a été décidé que « l'exclusion du bénéfice des dispositions relatives au traitement du surendettement des particuliers prévue par l'article L. 333-3, alinéa 1^{er} [devenu article L. 711-3], du Code de la consommation s'applique à l'ensemble des dettes du débiteur, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant leur nature personnelle ou professionnelle

¹⁸⁵¹ X. SAVATIER, « Les procédures de règlement des situations de surendettement à l'épreuve de la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation 1992*, p. 153 ; F. VERDUN, « Surendettement : nouveau dispositif et actualité jurisprudentielle », *Rapport annuel de la Cour de cassation 2001*, p. 317.

¹⁸⁵² Cass. 1^{re} civ. 7 novembre 2000, n° 99-04058, *Bull. civ. 2000*, I, n° 285, p. 184.

¹⁸⁵³ Cass. 1^{re} civ. 27 octobre 1992, pourvoi n° 91-04.107, inédit.

¹⁸⁵⁴ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1992, pourvoi n° 91-04011, *Bull. civ. 1992*, I, n° 107, p. 71.

¹⁸⁵⁵ G. PAYAN, « Surendettement des particuliers : dettes engagées par le dirigeant caution de ses sociétés », *Dalloz act.* 3 juill. 2019, note ss. Cass. 2^e civ. 6 juin 2019, n° 18-16228.

constitue un passif professionnel, (...) la nature professionnelle de ces dettes n'empêche plus les dirigeants, d'accéder aux procédures de surendettement »¹⁸⁵⁶. Nous partageons cette opinion dans la mesure où, les dettes professionnelles ne sont pas totalement exclues du traitement de surendettement des particuliers¹⁸⁵⁷. Leur rejet au stade de la recevabilité de la demande de surendettement ne s'oppose à ce que ladite demande soit déclarée recevable en cas de surendettement personnel caractérisé¹⁸⁵⁸. D'ailleurs, la Cour de cassation a toujours admis qu'elles puissent faire l'objet de mesures de réaménagement lors du traitement de la situation de surendettement¹⁸⁵⁹. Et le législateur prévoit désormais que l'effacement des dettes dans le cadre du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire s'étend aux dettes professionnelles¹⁸⁶⁰.

667. Désormais les dettes nées du cautionnement d'une activité professionnelle peuvent caractériser une situation de surendettement des particuliers¹⁸⁶¹. Dans tous les cas, le dirigeant caution de son entreprise peut bénéficier de la procédure de surendettement, alors même que son cautionnement constitue une dette professionnelle¹⁸⁶², sauf si en raison de sa qualité, cette personne physique relève d'une procédure instituée au livre VI du Code de commerce¹⁸⁶³. Il s'agit là d'une protection indéniable des cautions par le droit du surendettement des particuliers qui n'est pas sans porter atteinte à l'efficacité de la sûreté¹⁸⁶⁴ ; d'autant plus que les créanciers garantis se verront imposer des sacrifices importants, notamment l'effacement de la dette de ces cautions.

¹⁸⁵⁶ S. GJIDARA-DECAIX, « Surendettement des particuliers Domaine d'application de la loi », *CCC.*, 2017, comm. 96 ss. Cass. 2^e civ. 20 avr. 2017, n° 16-15143 ; également Cass. 2^e civ. 5 janv. 2017, n° 15-27909, *GP.*, 21 févr. 2017, n° 8, p. 28.

¹⁸⁵⁷ J. COURTOIS, « Précisions sur l'appréciation des dettes non professionnelles en matière de surendettement des particuliers », note ss Cass. 2^e civ., 6 juin 2019, n° 18-16228, *LPA* 15 nov. 2019, n° 228, p. 9 et s.

¹⁸⁵⁸ Cass. 1^{re} civ. 7 nov. 2000, n° 99-04058, *ibid.* ; Cass. 2^e civ., 29 janv. 2004, n° 02-04095, *Bull. civ. II*, n° 36.

¹⁸⁵⁹ Cass. 1^{re} civ. 2 déc. 1992, n° 91-04158, *Bull. civ. I*, 1992, n° 302, p. 198 : « si les dettes professionnelles ne doivent pas être prises en considération pour apprécier la situation de surendettement (...), leur existence n'exclut pas du bénéfice de la procédure du débiteur (...) et ces dettes professionnelles peuvent faire l'objet de mesures de redressement que le juge est autorisé à prononcer (...) » ; Cass. 2^e civ. 21 déc. 2006, n° 05-0452, *Bull. civ. II*, 2006, n° 373, p. 344 : « le caractère d'une dette n'est pas exclusif de l'application des mesures de traitement prévues à l'art. L. 331-7 [anc.] du C. cons. ».

¹⁸⁶⁰ V. art. 39 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 ayant modifié l'art. L. 741-2 du C. cons.

¹⁸⁶¹ Cass. 2^e civ. 6 juin 2019, n° 18-16228, préc.

¹⁸⁶² Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, préc. n° 630, p. 311.

¹⁸⁶³ V. art. L. 711-3 du C. cons. ; Cass. 2^e civ. 20 avr. 2017, n° 16-15143, préc.

¹⁸⁶⁴ M. BOURASSIN, « éligibilité des cautions, y compris dirigeantes, aux procédures de surendettement », préc.

§ 2 L'effacement des dettes de la caution

668. Au XIX^e siècle, l'endettement était regardé comme « *une situation aventureuse et l'on traitait les endettés comme des pestiférés ou des délinquants* »¹⁸⁶⁵. Cette analyse est en rupture avec l'époque contemporaine, qui « *est marquée par une nette altération de l'exigibilité des créances et un allègement, voire un effacement, de plus en plus accentué de l'étendue de la dette* »¹⁸⁶⁶. C'est ainsi qu'en matière de surendettement, lorsque la situation du débiteur est obérée de telle sorte qu'il est manifestement impossible de l'apurer par les mesures de traitement¹⁸⁶⁷, s'ouvre une procédure de rétablissement personnel. Cette procédure de rétablissement comporte deux aspects à savoir le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire et le rétablissement avec liquidation judiciaire. Quelle que soit l'hypothèse retenue au regard de la situation patrimoniale du débiteur, la clôture de ces procédures entraîne l'effacement des dettes non professionnelles du débiteur surendetté, à l'exception de certaines catégories de dettes visées expressément par les textes¹⁸⁶⁸. Cela a suscité une préoccupation de savoir si l'effacement de la dette du débiteur rendait caduc l'engagement de la caution. Autrement dit, l'effacement de la dette du débiteur est-il une exception inhérente à la dette, dont pourrait se prévaloir la caution ?

669. Certains auteurs ont estimé qu'au regard de la finalité du cautionnement, en considération de la raison d'être du cautionnement, l'effacement de la dette du débiteur surendetté ne devrait pas remettre en cause l'engagement de la caution¹⁸⁶⁹. Car le cautionnement doit jouer pleinement sa fonction, c'est-à-dire assurer le créancier du risque d'insolvabilité du débiteur contre lequel celui-ci a souhaité se prémunir en exigeant un engagement de caution. D'autres, en revanche, ont considéré qu'il fallait privilégier le caractère accessoire du cautionnement¹⁸⁷⁰, en considération duquel, la caution ne devrait pas être plus tenue que le

¹⁸⁶⁵ Y. PICOD, Droit de la consommation, *ibid.* n° 592, p. 435.

¹⁸⁶⁶ Y. PICOD, *ibid.*

¹⁸⁶⁷ V. art. L. 724-1, al. 2 du C. cons, tel que modifié par l'ord. n° 2019-964 du 18 septembre 2018, article 4 qui dispose que « Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement mentionnées au premier alinéa, la commission peut, dans les conditions du présent livre : 1° soit imposer un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire (...); 2° soit saisir, (...), avec l'accord du débiteur, le juge des contentieux de la protection aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire ».

¹⁸⁶⁸ Notamment, l'article L. 711-4 du Code de la consommation visant les dettes alimentaires, amendes, réparations pécuniaires allouées aux victimes d'infractions et l'article L. 711-5 visant les dettes issues des prêts sur gages souscrits auprès des caisses de crédit municipal et des dettes dont le prix a été payé par la caution ou le coobligé, personnes physiques.

¹⁸⁶⁹ L. AYNES, P. CROCQ, Les sûretés, la publicité foncière, préc. n° 137

¹⁸⁷⁰ V. VIGNEAU, G. XAVIER-BOURIN, C. CARDINI, Droit du surendettement des particuliers, Litec, 2012, n° 536, cités par D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 252, p. 199.

débiteur¹⁸⁷¹, en permettant à la caution de se prévaloir de l'effacement de la dette du débiteur surendetté. L'effacement de la dette du débiteur surendetté serait une exception inhérente à la dette opposable par la caution n'ayant pas encore payé le créancier¹⁸⁷². Car, il semble difficile d'admettre que la caution soit tenue de payer la totalité de la dette du débiteur alors même que ce dernier bénéficie de l'extinction de cette même dette.

670. Cependant, faire bénéficier la caution des faveurs accordées au débiteur surendetté apparaît comme une atteinte à la raison d'être du cautionnement et risque de fragiliser cette garantie dont l'importance n'est plus à démontrer. Dès lors, faut-il privilégier la règle de l'accessoire ou la fonction de garantie du cautionnement ?

Cette question ne semble pas avoir une réponse tranchée. Car, aussi bien le législateur que la jurisprudence a recherché une certaine équilibre dans la répartition des risques entre le créancier et la caution, « *en privilégiant, tantôt la règle de l'accessoire, tantôt la fonction de garantie du cautionnement* »¹⁸⁷³.

671. Le législateur en effet, prévoyait dans l'article L. 742-22, du Code de la consommation (ancien article L. 332-9, alinéa 2) que « la clôture entraîne l'effacement des dettes non professionnelles du débiteur, (...), à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. La clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ». La situation de la caution du débiteur surendetté qui avait déjà payé au lieu et place du débiteur n'était guère enviable, puisqu'elle ne pouvait se prévaloir de la mesure d'effacement¹⁸⁷⁴ pour les dettes déjà réglées. Néanmoins, elle conserve son recours contre le débiteur ; ce qui pourrait porter atteinte l'exécution du plan. Cependant ce recours est en pratique illusoire, car l'espoir qu'il aboutisse au remboursement de la caution est très faible. Dans cette hypothèse, le caractère accessoire du cautionnement a été écarté au profit de son efficacité. En revanche, la caution surendettée, notamment le dirigeant caution pouvait se prévaloir de la mesure d'effacement des dettes, dans

¹⁸⁷¹ « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses » (art. 2290 du Code civil).

¹⁸⁷² M. BOURASSIN « Sûretés et surendettement des particuliers, préc.

¹⁸⁷³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 624, p. 435.

¹⁸⁷⁴ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, *ibid.*

un souci de protection de ces garants, surtout dans la perspective de permettre un relèvement du particulier surendetté.

672. Le législateur avait semblé privilégier le caractère accessoire du cautionnement puisqu'il a prévu à travers la loi de modernisation de l'économie de 2008 (article L. 742-22) du Code de la consommation que la décision de clôture du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraînait « l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »¹⁸⁷⁵. Le législateur français a entendu clairement faire bénéficier la caution de l'effacement des dettes du débiteur surendetté résultant de la clôture de la procédure de rétablissement personnel, notamment les dettes non réglées car la caution conserve son recours pour les dettes déjà réglées. Mais la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne a porté un coup à cette mesure de faveur à la caution, en modifiant les articles L. 741-2 et L. 742-22. En application du premier texte cité, désormais le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne l'effacement de toutes les dettes, non professionnelles et professionnelles, du débiteur. Les dettes professionnelles sont donc prises en compte par la procédure de surendettement. Par contre, l'alinéa prévoyant que « le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne également l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a pris de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société », a été supprimé. De même, l'article L. 742-22 du Code de la consommation dispose que « la clôture entraîne l'effacement des dettes, professionnelles et non professionnelles, du débiteur, arrêté à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de celles dont le montant a été payé par la caution ou le coobligé, personnes physiques ». Néanmoins, cette modification ne semble pas remettre en cause la solution de fond puisque la caution pourra se prévaloir de l'effacement des dettes non réglées. La clôture de la procédure de rétablissement devrait paralyser les droits du créancier à l'égard de la caution du débiteur surendetté.

673. La procédure de surendettement peut conduire à un plan conventionnel de redressement. Dans ce cas, des mesures de traitement¹⁸⁷⁶ peuvent être imposées par la commission, notamment des délais de paiement sous forme de report ou de rééchelonnement

¹⁸⁷⁵ V. l'anc. art. L. 332-5, abrogé par ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, art. 34.

¹⁸⁷⁶ V. les art. L. 733-1 et L. 733-4 du C. cons.

de dettes, de la réduction du taux d'intérêt des échéances reportées ou rééchelonnées ou de leur suppression, de la suspension de l'exigibilité de certaines créances, voire même l'effacement partiel de créances. La caution du débiteur surendetté pourrait-elle se prévaloir des mesures consenties dans le plan conventionnel de règlement ? Dans le cadre du règlement conventionnel des difficultés du particulier surendetté, les mesures adoptées, notamment les remises de dettes reposent sur le consentement des créanciers¹⁸⁷⁷. Une telle hypothèse aurait pu permettre l'application de l'article 1350-2, alinéa 1 du Code civil (ancien article 1287, alinéa 1), en vertu duquel « la remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires ». Mais, la Cour de cassation n'est pas favorable à ce que les cautions puissent profiter de ces mesures. Car, la chambre civile à l'occasion d'un arrêt important en date du 13 novembre 1996, a énoncé que « *malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement, prévu par l'article L. 331-6 ancien du Code de la consommation [(devenu article L. 733-1)], ne constituent pas, eu égard à la finalité du plan, une remise de dette au sens de l'ancien article 1287, alinéa 1 du Code civil [(devenu article 1350-2, alinéa 1 du Code civil)]* »¹⁸⁷⁸. Pour refuser à la caution de se prévaloir des mesures accordées au débiteur principal dans le plan, elle se fonde non pas sur la distinction entre les exceptions personnelles au débiteur et inhérentes à la dette, mais plutôt sur le critère de la finalité du plan. Elle va réitérer cette position dans une décision en date du 3 mars 1998, dans laquelle elle indique que « *le redressement judiciaire civil ne prive pas le créancier des garanties qui lui ont été consenties ; [dès lors] la caution ne peut se prévaloir, pour se soustraire à son engagement, des mesures arrêtées par le juge en faveur des débiteurs surendettés* »¹⁸⁷⁹. Mais dans une décision en date du 5 mai 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation, estimant que les remises accordées au débiteur dans le cadre d'un plan de conciliation sont volontaires, à faire bénéficier une caution des mesures accordées au débiteur, non pas sur le fondement de l'accessoire, mais plutôt sur l'attitude déloyale du créancier. En effet, dans cet arrêt, elle a énoncé que « *la CCR ne peut, sans déséquilibrer gravement l'économie des relations contractuelles et sans s'affranchir de son obligation de se comporter en partenaire loyal, exiger de sa co-contractante, garante, qu'elle a exclue de l'élaboration du plan, l'exécution de sa propre obligation ; [d'où il suit que] les remises ou délais accordés par*

¹⁸⁷⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc., n° 675, p. 484.

¹⁸⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ. 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-12856, *Bull. civ. I*, n° 401, p. 281 ; *D.* 1997, p. 141 ; *JCP E*, 1997, I, 670, obs. Ph. SIMLER ; *RTD. civ.* 1997, p. 190, obs. P. CROCQ ; *RTD. com.* 1997, p. 142, obs. G. PAISANT ; *LPA*, 31 janv. 1997, p. 15, note L. AYNES.

¹⁸⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ. 3 mars 1998 ; n° 96-10759, *Bull. civ. I*, n° 82, p. 55. Dans le même sens, Cass. 1^{ère} civ. 26 avril 2000, pourvoi n° 98-10693, *Bull. civ. I*, n° 122, p. 81 ; C.A. Lyon 13 oct. 2002 ;

un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution »¹⁸⁸⁰. Sur ce point, la chambre commerciale prend le contre-pied de la chambre civile, en remédiant aux difficultés posées par l'arrêt du 13 novembre 1996, puisqu'elle assimile les remises consenties au débiteur par le créancier aux remises conventionnelles prévues par l'article 1350-2, nouveau du Code civil.

674. Malgré les nombreuses réformes intervenues en cette matière, le sort de la caution ne s'est guère amélioré puisque la chambre civile a toujours maintenu sa solution, privilégiant la fonction de garantie du cautionnement sur son caractère accessoire. Cette solution peut encourir la critique dans la mesure où, la remise, même accordée dans le cadre d'une procédure de surendettement, à un caractère volontaire et non judiciaire ; de sorte que la caution devrait pouvoir s'en prévaloir. Si elle paraît justifiée à première vue, elle porte atteinte au caractère accessoire du cautionnement, de même qu'à l'exécution du plan lui-même. Dans cette perspective, un meilleur sort est fait à la caution dans le cadre des procédures initiées à l'encontre d'une entreprise en difficulté, notamment dans les procédures préventives.

SECTION 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LE DROIT DE LA DÉFAILLANCE DES ENTREPRISES

675. Anciennement droit des faillites¹⁸⁸¹, puis droit des procédures collectives¹⁸⁸² de paiement et aujourd'hui droit des entreprises en difficulté¹⁸⁸³, la modification dans la terminologie du traitement judiciaire des difficultés des entreprises révèle, « *une évolution très profonde de la matière qui, orientée vers le désintéressement des créanciers d'un commerçant qui cesse ses paiements, devient un ensemble de règles destinées à prévenir et à traiter les défaillances des entreprises* »¹⁸⁸⁴. Cette évolution permanente de la matière¹⁸⁸⁵ s'explique par un

¹⁸⁸⁰ Cass. com., 5 mai 2004, pourvoi n° 01-03873, *Bull. civ.* IV, n° 84, p. 87. Dans le même sens, Cass. com., 17 oct. 2018, pourvoi n° 17-15053.

¹⁸⁸¹ D. GIBIRILA, « La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société in bonis et l'entreprise en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n° spéc. 135, *Sociétés et entreprises en difficultés*, p. 5 et s. ; P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés, Sûretés personnelles et réelles*, préc. n° 56, p. 47.

¹⁸⁸² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n° 2, « Une procédure collective est traditionnellement une procédure patrimoniale universelle qui appréhende tous les actifs du patrimoine du débiteur et envisage le règlement de toutes les dettes en soumettant les créanciers à une discipline collective.. ».

¹⁸⁸³ L'avant-projet de l'Association Henri Capitant propose de regrouper l'ensemble procédures commerciales et civiles sous la dénomination de « procédure d'insolvabilité ou de surendettement », là où l'article 2287 du Code civil utilise l'expression de « procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ».

¹⁸⁸⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 12^e éd. LGDJ, 2020, n° 1, p. 15.

¹⁸⁸⁵ Malgré les changements de terminologie, ces procédures instituées n'ont guère connu d'évolution relativement à leur technique. Elles appréhendent la totalité du patrimoine du débiteur et soumettent l'ensemble des créanciers à une discipline collective, qui s'oppose à une démarche naturellement individuelle qui gouverne d'ordinaire la mise en œuvre de leurs actions.

changement de paradigme, qui est celui de préserver l'entreprise débitrice¹⁸⁸⁶, mieux de la protéger ; ce qui se traduit très souvent de sacrifier les créanciers titulaires de garanties¹⁸⁸⁷, soumis à une discipline collective. Considérées comme grevant le patrimoine du débiteur en difficulté, les procédures collectives¹⁸⁸⁸ ont « laminé »¹⁸⁸⁹ les sûretés réelles.

676. La neutralisation des sûretés réelles par le droit des procédures collectives¹⁸⁹⁰ a renforcé l'attrait traditionnel des sûretés personnelles, notamment le cautionnement¹⁸⁹¹. En effet, outre la simplicité de sa constitution, son moindre coût, le cautionnement recueille les faveurs en raison de ce qu'il est un moyen pour le bénéficiaire d'éviter l'écran de la personne morale débitrice, qui espère par son biais, atteindre le patrimoine d'un autre débiteur *in bonis* : la caution. Ainsi, le droit du cautionnement et celui des procédures collectives sont intimement liés¹⁸⁹². En effet, le cautionnement en tant que garantie, vise à assurer aux créanciers un paiement en cas de défaillance de l'entreprise débitrice. Il a donc vocation à jouer son rôle au moment où cette dernière est en cessation des paiements¹⁸⁹³. Le lien entre le droit du cautionnement et celui des entreprises en difficulté est toutefois conflictuel, en raison de l'opposition des finalités qui leur sont assignées. Alors que le cautionnement vise à prémunir le créancier contre une éventuelle défaillance du débiteur, les procédures collectives sont tournées désormais, prioritairement vers la protection de l'entreprise en difficulté¹⁸⁹⁴, dont l'existence est indépendante du débiteur défaillant. Ce changement dans l'approche des procédures collectives matérialise la

¹⁸⁸⁶ V. notamment les art. L. 620-1 et L. 631-1 du C. com, lesquels indiquent que les procédures qu'ils instituent « destinées à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

¹⁸⁸⁷ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n° 251, p. 203.

¹⁸⁸⁸ C. FAVRE-ROCHEX, Sûretés et procédures collectives, préc., n° 96, p. 99.

¹⁸⁸⁹ M. GRIMALDI, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 1996, n° 77, p. 7.

¹⁸⁹⁰ C. FAVRE-ROCHEX, Sûretés et procédures collectives, *ibid.*, n° 94, p. 98.

¹⁸⁹¹ J. DEVEZE, « Le cautionnement des entreprises en difficultés : Brèves observations sur la loi du 10 juin 1994 », *LPA.*, 12 oct. 1994, n° 122.

¹⁸⁹² V. dans ce sens la loi PACTE, notamment en son 14^e point qui insiste sur la nécessité « simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du Code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives, notamment (...), en améliorant la cohérence des règles applicables aux garants personnes physiques en cas de procédure collective ».

¹⁸⁹³ P. TAFFOREAU, Droit des sûretés. Sûretés personnelles et réelles, préc. n° 55, p. 46.

¹⁸⁹⁴ P. TAFFOREAU, *ibid.*, n° 56, p. 47, « En droit contemporain, la faillite a d'abord été régie par le Code de commerce de 1807. Jusqu'au milieu du XX^e siècle, les procédures collectives poursuivaient principalement le but de payer les créanciers du débiteur en faillite et de sanctionner les dirigeants malhonnêtes, voire incompetents ou malchanceux. À partir de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et la banqueroute, le législateur tente de sauver l'entreprise et commence à réduire les droits et avantages conférés aux créanciers. Cette tendance se renforce considérablement avec la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. La priorité devient la sauvegarde de l'entreprise, notamment pour limiter les licenciements. L'intérêt des créanciers est alors relégué au second rang ».

perturbation du droit privé par les problèmes de droit économique¹⁸⁹⁵. Désormais l'entreprise est l'épicentre¹⁸⁹⁶ du droit des procédures collectives, supplantant ainsi les créanciers dont le désintéressement était traditionnellement l'objectif.

677. Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur, les créanciers sont soumis à des contraintes, notamment la suspension de toute action individuelle, l'acceptation de délais de paiement et de remises de dettes... Ces mesures imposées à l'ensemble des créanciers dans le but de préserver l'entreprise en difficulté ne sont pas sans influence sur l'obligation contractée par la caution. Car, ne pouvant poursuivre l'entreprise débitrice en raison de l'ouverture de la procédure collective, les créanciers vont naturellement se retourner contre les cautions dans l'espoir de se faire payer. Cette action des créanciers est dirigée contre un patrimoine distinct, celui du dirigeant ou de ses proches, qui dans la plupart des cas, sont les souscripteurs du cautionnement ; pourtant les chances de remboursement de la créance cautionnée¹⁸⁹⁷ ne sont pas toujours assurées. Puisque la caution va tenter de s'opposer aux poursuites dirigées contre elle en s'appuyant souvent sur le caractère accessoire de son engagement.

678. Le législateur va alors l'intégrer dans les procédures collectives en faisant profiter la caution de nombreuses règles¹⁸⁹⁸ dès lors que la procédure privilégie la prévention (§1), qu'il s'agisse d'une procédure de conciliation ou d'une procédure de sauvegarde¹⁸⁹⁹. Mais, le caractère accessoire, considéré comme une faiblesse irrémédiable du cautionnement¹⁹⁰⁰, obérant son efficacité¹⁹⁰¹, sera davantage écarté pour restreindre les droits de la caution dans l'hypothèse, où s'imposent des mesures curatives (§2).

¹⁸⁹⁵ C. CHAMPAUD, « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *RJ. com.* 1976, p. 253 et s. « (...) l'entreprise en cause remplit dans un milieu donné une fonction sociale, économique et politique tellement importante que sa disparition deviendrait une affaire d'État ».

¹⁸⁹⁶ C. FAVRE-ROCHEX, Sûretés et procédures collectives, *ibid.*, n° 4, p. 5.

¹⁸⁹⁷ M.-P. DUMONT, « Quel avenir pour la caution du débiteur en difficulté », *BJE.*, 1^{er} mai 2019, n° 3, p. 10.

¹⁸⁹⁸ Ch. LAGUEVAQUES, « Commentaire de la réforme : au bonheur des cautions », *RPC.* déc. 2005, p. 296.

¹⁸⁹⁹ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 253, p. 204.

¹⁹⁰⁰ G. PIETTE, « Les faiblesses du cautionnement », préc. 103.

¹⁹⁰¹ S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, préc. p. 218.

§ 1 : La protection de la caution dans les procédures préventives

679. La prévention de l'entreprise est devenue au gré de l'évolution du droit des procédures collectives, la priorité de la politique législative de la défaillance des entreprises. À cet effet, il a été institué, les procédures de conciliation¹⁹⁰², ou de sauvegarde¹⁹⁰³. Ces procédures de nature conventionnelle ont pour objectif une intervention en amont (avant cessation des paiements)¹⁹⁰⁴ de nature à inciter les dirigeants des entreprises à anticiper les difficultés économiques et financières dans le but d'éviter une situation désastreuse. Il s'agit d'un traitement précoce des difficultés des entreprises afin de faire l'économie d'une procédure lourde et contraignante¹⁹⁰⁵.

680. Quelle que soit la procédure préventive adoptée, il en résulte des mesures de faveur au profit de la caution. La protection de la caution va se manifester avec plus de vigueur à travers les procédures collectives de conciliation et de sauvegarde dont la finalité est la préservation de l'entreprise et la protection de la caution¹⁹⁰⁶, personne physique. Ainsi, cette dernière peut-elle se prévaloir de la mesure de l'interdiction des poursuites individuelles, (A) de même que l'arrêt du cours des intérêts (B).

A- Le bénéfice de l'interruption des poursuites individuelles

681. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise est à l'évidence un moyen de constater sa défaillance¹⁹⁰⁷. Dans une telle hypothèse, on n'a pas pensé que la caution pouvait être poursuivie¹⁹⁰⁸, car c'est justement pour parer à cette éventualité que le créancier a exigé d'elle, son engagement. Dès lors, cette dernière ne devrait pas bénéficier de l'interruption des poursuites individuelles¹⁹⁰⁹. En effet, l'arrêt du droit des poursuites des

¹⁹⁰² Article L. 611-4 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, « Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ».

¹⁹⁰³ Art. L. 620-1 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

¹⁹⁰⁴ Art. L. 631-1 du C. com., tel que modifié par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, « Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux art. L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements ».

¹⁹⁰⁵ S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, *ibid.*, p. 221.

¹⁹⁰⁶ C. FAVRE-ROCHEX, Sûretés et procédures collectives, préc. n° 106, p. 107.

¹⁹⁰⁷ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. 746, p. 751.

¹⁹⁰⁸ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, préc. n° 180, p. 174.

¹⁹⁰⁹ V. dans ce sens, Cass. com. 3 avr. 1990, n° 89-12147, *Bull. civ. IV*, n° 114, p. 76 ; Cass. com. 14 mai 1991, inédit n° 89-16424 ; Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1998, n° 96-16637, *Bull. civ. IV*, n° 135, p. 89, rendu en matière de liquidation judiciaire ; Cass. com., 22 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 134.

créanciers, caractéristique des procédures collectives, permettrait d'identifier les solutions susceptibles d'appréhender et traiter les difficultés de l'entreprise¹⁹¹⁰.

682. Jusqu'à la loi du 10 juin 1994¹⁹¹¹, rien ne s'opposait donc à une poursuite de la caution par le créancier pendant la période dite d'observation¹⁹¹². La caution était soumise aux actions du créancier et semblait, dans le silence de la loi, plus durement traitée que le débiteur¹⁹¹³. Ni les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ni celles de la loi de 1985 ne permettaient à la caution poursuivie de se prévaloir de l'interruption des poursuites des créanciers contre le débiteur dès l'ouverture de la procédure. En réalité les créanciers ont un droit de poursuite immédiate contre la caution dès l'ouverture de la procédure. Le créancier, dont le droit de poursuite contre le débiteur est paralysé et dont le paiement de la créance est garanti par le cautionnement, peut exercer son droit de poursuite contre la caution. C'est ce qu'avait affirmé une cour d'appel, en considérant que « *la suspension des poursuites individuelles édictées par l'article 47 de la loi de 1985 à l'égard des actions dirigées contre le débiteur n'empêche pas le créancier d'agir contre d'autres personnes qui ne sont pas dans la même situation, et notamment contre la caution solidaire, et que cette solution de droit est applicable à la présente instance, puisqu'il s'agit d'un cautionnement qui a été souscrit avant la date de publication de la loi du 10 juin 1994* »¹⁹¹⁴.

683. À partir de cette loi, le législateur a progressivement amélioré la situation de la caution, en lui faisant bénéficier de l'interruption immédiate du droit de poursuite du créancier¹⁹¹⁵. Ainsi, l'article 55, alinéa 2 de la loi précitée, disposait-elle que « Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation de toute action contre les cautions personnelles de personnes physiques. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans ».

¹⁹¹⁰ A. M. AKUTE MICKALA, La situation de la caution en droit des procédures collectives au regard de la règle de l'accessoire. Étude comparative Droit français/ Droit OHADA, Thèse, Université de Toulon, 19 décembre 2019, n° 359, p. 155.

¹⁹¹¹ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, censée apporter des correctifs nécessaires aux procédures mises en place en 1984 et en 1985, dont l'insuffisance d'efficacité a été relevée, au regard de l'objectif de prévention et de redressement des entreprises, cf., Etienne DAILLY, Rapport 303, commission des lois du sénat (1993-1994), p. 14 et s.

¹⁹¹² V. loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

¹⁹¹³ A. M. AKUTE MICKALA, *ibid.*, n° 367, p. 158.

¹⁹¹⁴ Versailles, 30 oct. 1998, RG n° 1996/7606.

¹⁹¹⁵ A. LIENHARD, « Application dans le temps de la suspension des poursuites contre les cautions personnes physiques », *D.*, 2004, p. 1020 ; J. DÉVEZE, « Le cautionnement des entreprises en difficulté : brèves observations sur la loi du 10 juin 1994 », préc. n° 122.

684. La caution personne physique est, ainsi, soustraite au principe de poursuites immédiates des créanciers à l'ouverture de la procédure. Désormais, elle peut opposer au créancier la règle de l'interruption de la poursuite dont bénéficie l'entreprise débitrice ; ce, en raison du caractère accessoire du cautionnement. Ce texte traduit l'objectif de prévention assignée à ces procédures, qui doit encourager les dirigeants de sociétés visés, et qui hésiteraient à demander l'ouverture d'une procédure collective en raison des poursuites auxquelles ils seraient confrontés en leur qualité de garants. Toutefois, le bénéfice de plein droit de la mesure de l'interruption des poursuites est fonction du type de procédure.

685. Les poursuites individuelles ne sont pas interrompues à l'ouverture de la procédure de conciliation¹⁹¹⁶, procédure ayant succédé au défunt règlement amiable¹⁹¹⁷, institué par la loi du 1^{er} mars 1984¹⁹¹⁸. Toutefois, elle est consécutive à l'homologation de l'accord par le tribunal ou la constatation de l'accord par le président du tribunal de commerce¹⁹¹⁹. En effet, il s'agit d'une procédure qui doit, par le biais d'un conciliateur, déboucher sur un accord négocié entre l'entreprise débitrice et les créanciers. C'est une procédure destinée à exiger des créanciers des sacrifices¹⁹²⁰, permettant à l'entreprise débitrice de surmonter ses difficultés. Pour garantir le succès de cette conciliation, les créanciers sont privés pendant toute la durée de son exécution de leur droit d'action contre le débiteur en difficulté¹⁹²¹, mesure dont la caution est également bénéficiaire¹⁹²². L'adoption de cet accord collectif peut comporter des remises de dettes¹⁹²³ et des délais de paiement¹⁹²⁴ ; la caution n'étant pas concernée de prime abord par cette conciliation, dans quelle mesure devrait-elle en profiter ? Le bénéfice ou non des mesures résultant de la conciliation par la caution résulte de la confrontation de deux analyses. Dans un

¹⁹¹⁶ Procédure instituée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 en remplacement de la procédure de règlement à l'amiable.

¹⁹¹⁷ F. MACORIG-VENIER, « Du règlement à l'amiable à la conciliation », *RPC.*, 2005, p. 352 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN « La procédure de conciliation et la loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », *RPC.*, 2007, p. 13.

¹⁹¹⁸ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

¹⁹¹⁹ Antérieurement à l'ord. du 18 décembre 2008, la protection n'était effectivement accordée que dans le cadre d'un accord homologué.

¹⁹²⁰ D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 251, p. 203.

¹⁹²¹ Art. L. 611-10-1, al. 1^{er}, « Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet... »

¹⁹²² Art. L. 611-10-2, al. 1^{er}, « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ou du deuxième alinéa de l'art. L. 611-10-1 ainsi que des dispositions de l'accord constaté ou homologué ».

¹⁹²³ Voir en ce sens, l'art. 1350 du C. civ. aux termes duquel, « La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation ».

¹⁹²⁴ V. art. 1345-5, al. 1 du C. civ. aux termes duquel, « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues... ».

premier temps, en application du caractère accessoire du cautionnement, la caution devrait pouvoir se prévaloir de toutes les mesures au profit du débiteur principal ; surtout qu'en se fondant sur l'article 2290, alinéa 1 du Code civil¹⁹²⁵, la caution ne peut être tenue plus sévèrement que le débiteur principal. Cette règle devrait permettre à la caution de se prévaloir des faveurs accordées au débiteur principal¹⁹²⁶, car il ne serait pas justifié que « *le créancier fasse supporter à la caution les faveurs qu'il entend consentir au débiteur* »¹⁹²⁷. Mais cette analyse a été contestée, car l'ouverture d'une procédure collective est révélatrice de la survenance du risque contre lequel, le créancier a entendu se prémunir¹⁹²⁸. C'est pour cette raison que, dans un second temps, le caractère accessoire devrait être écarté à l'ouverture d'une telle procédure, permettant au cautionnement de remplir sa fonction de garantie. La caution ne devrait donc pas se prévaloir des mesures accordées au débiteur principal. Ces deux analyses sont, en effet, la traduction d'une opposition entre le caractère accessoire du cautionnement et la finalité de celui-ci.

686. Qu'il s'agisse du règlement amiable des difficultés des entreprises¹⁹²⁹, ou autrefois du « concordat amiable »¹⁹³⁰ ; les mesures consenties par les créanciers sont considérées comme une variété d'arrangement essentiellement conventionnel¹⁹³¹, dont pouvait se prévaloir la caution. C'est ainsi que la jurisprudence a pu considérer que, ces faveurs, en raison du caractère purement conventionnel de l'accord, devaient profiter aux cautions en application de la règle formulée à l'article 1287¹⁹³² du Code civil, selon lequel « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions » (devenu article 1350, alinéa 1, nouveau du Code civil). À rebours, la jurisprudence a estimé que les remises consenties dans le cadre d'un plan de sauvegarde avaient une nature judiciaire, imposée aux créanciers dans le

¹⁹²⁵ Devenu art. 2296, al. 1^{er} nouveau du C. civ., « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie »

¹⁹²⁶ P. CROCQ, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE : Liber Amicorum*, Defrénois, 2005, p. 171 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 251, p. 203.

¹⁹²⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 365, p. 270.

¹⁹²⁸ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *ibid.*

¹⁹²⁹ V. loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

¹⁹³⁰ V. loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et la banqueroute.

¹⁹³¹ C. MOULY, *Le causes d'extinction du cautionnement*, préc. n° 149 et s. ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, préc. n° 183, p. 177 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement*, 6^e éd., LGDJ, 2003, n° 73 ; P. CROCQ, « Sûretés et procédures collectives : ce qu'il faut retenir de l'année 2004 », *RLDC*, 1^{er} févr. 2005, n° 13 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial* par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, T. 2, 17^e éd., LGDJ, 2005, n° 2843 ; Ch. GAVALDA, J. MENEZ, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises », *JCP* 1985, I, 3196.

¹⁹³² Cass. civ. 17 juin 1867, *DP*. 1867, 1, p. 219 ; Cass. req. 30 mars 1869, *D*. 1869, I, p. 572 ; *S*. 1869, 1, p. 344 ; Cass. com. 5 mai 2004, n° 01-03873, *Bull. civ.* IV, n° 84, p. 87, s'agissant en l'espèce de remises consenties.

but de sauvegarder leur créance. Dès lors, la Cour de cassation a pu considérer que « *malgré leur caractère volontaire, ces réductions de créance participent de la nature judiciaire des dispositions du plan arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise, qu'en conséquence qu'elles ne peuvent être assimilées aux remises conventionnelles de dettes prévues à l'ancien article [1287 du Code civil]* »¹⁹³³, inopposables par la caution.

687. Qu'elle provienne de la doctrine ou de la jurisprudence, la solution résulte de la distinction entre les remises conventionnellement accordées, purement volontaires, relevant du droit commun et profitable à la caution, et celles qui sont imposées aux créanciers¹⁹³⁴, dont la caution ne pourrait pas s'en prévaloir. La caution peut invoquer à son profit les faveurs accordées au débiteur, lorsque celles-ci sont obtenues dans le cadre d'une procédure préventive, notamment un règlement amiable¹⁹³⁵. Toutefois, la Cour de cassation, à propos d'un règlement amiable en matière de surendettement des particuliers, a décidé que « *malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement, prévu par l'article L. 331-6 ancien du Code de la consommation, ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'article 1287 du Code civil* »¹⁹³⁶, qui dès lors, ne pouvaient profiter à la caution. La Cour de cassation, tout en admettant en l'espèce, le caractère purement volontaire des remises consenties, semble affirmer que ce caractère n'est pas l'unique critère de distinction entre des remises considérées comme conventionnelles ou non. Selon elle, outre le caractère volontaire de la remise, cette dernière ne devrait pas être consentie à l'occasion d'un plan dont la finalité est de palier les difficultés du débiteur principal. Au regard d'une telle motivation, cette solution paraissait transposable au règlement amiable des difficultés des entreprises¹⁹³⁷.

688. Pourtant, c'est la position traditionnelle qui fut maintenue à l'occasion d'un arrêt en date 5 mai 2004, où la haute juridiction rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel, a

¹⁹³³ Cass. com. 17 nov. 1992, n° 89-14997, *Bull. civ.* IV, n° 335, *D.* 1993, jur. p. 41, note D. VIDAL ; *Defrénois*, 1993, art. 35531, note J.-P. SÉNÉCHAL ; *LPA*, 1993, n° 67, p. 27, note J.-L. COURTIER.

¹⁹³⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 365, p. 271.

¹⁹³⁵ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc. n° 251, p. 203.

¹⁹³⁶ Cass. 1^{re}, civ. 13 nov. 1996, n° 94-12856, *Bull. civ.* n° 401, p. 281 ; *Defrénois* 1997, art. 36515, note L. AYNÈS ; *D.* 1997, somm. p. 200, obs. P.-L. CHATAIN, F. FERRIÈRE ; *RTD civ.* 1997, p. 190, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 1997, II, p. 903, note D. LEGEAIS ; *D.* 1997, somm. p. 178, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 1997, II, n° 22780, note Ph. MURÿ ; *RTD com.*, 1997, p. 142, obs. G. PAISANT ; *JCP G* 1997, I, p. 4033, n° 7, obs. Ph. SIMLER.

¹⁹³⁷ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, préc. n° 183, p. 177.

considéré qu'elle « *a fait ressortir à bon droit que les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution* »¹⁹³⁸.

La position adoptée par la chambre commerciale nous paraît pertinente, en ce sens que d'une part, le dirigeant de l'entreprise est très souvent la caution de cette dernière, et si celui ne peut pas se prévaloir du règlement amiable, il ne sera pas incité à demander l'ouverture d'une telle procédure. D'autre part, ne pas faire bénéficier la caution des remises accordées à l'entreprise débitrice, c'est courir le risque de mettre en péril le succès du règlement amiable. En effet, « *si la caution ne profite pas de ces remises et paie, elle exercera ensuite un recours contre le débiteur principal qui va totalement remettre en cause l'efficacité de ce règlement amiable, puisque l'entreprise débitrice devra payer une dette à laquelle elle était censée échapper* »¹⁹³⁹. Vouloir faire prévaloir la finalité du cautionnement sur son caractère accessoire dans cette hypothèse serait contre-productif et anéantirait à coup sûr l'intérêt pour l'accord amiable¹⁹⁴⁰. C'est pourquoi, dans l'arrêt du 5 mai 2004, la haute juridiction a également affirmé que le créancier ne pouvait, « *sans déséquilibrer gravement l'économie des relations contractuelles et sans s'affranchir de son obligation de se comporter en partenaire loyal, exiger de sa cocontractante garante l'exécution de sa propre prestation* ». La caution peut donc se prévaloir des remises et délais accordés à l'entreprise en difficulté, débitrice principale dans le cadre du règlement amiable. Cette solution est confortée par le législateur. Désormais, en application de l'article L. 611-10-2¹⁹⁴¹, nouveau du Code de commerce, la caution peut se prévaloir des mesures accordées au débiteur, telles que le bénéfice du délai de grâce, les dispositions de l'accord constaté ou homologué. Le législateur renforce ainsi, la protection de la caution dans la procédure de conciliation.

689. La loi n° 2005-845 du 25 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui visait la modernisation du droit applicable aux entreprises en privilégiant la prévention et la négociation entre l'entreprise et ses créanciers, non seulement a conforté la solution adoptée par la chambre commerciale en matière de remises de dettes et de délais de paiement dans le cadre d'une

¹⁹³⁸ Cass. com. 5 mai 2004, n° 01-03873, *Bull. civ.* IV, n° 84, p. 87 ; *D.* 2004, p. 1594, obs. A. LIENHARD ; *JCP* 2004, I, 188, obs. Ph. SIMLER ; *RDBF.*, 2004, n° 161, obs. D. LEGÉAIS ; *RDC.* 2005, p. 408, D. HOUTCIEFF ; *RTD. civ.* 2004, p. 534, note P. CROCQ ;

¹⁹³⁹ P. CROCQ, « Sûretés et procédures collectives : ce qu'il faut retenir de l'année 2004 », préc. n° 13

¹⁹⁴⁰ Ch. DELATTRE, « Prévention : amélioration de la conciliation », *RPC*, 2009, n° 1, dossier « Réforme des procédures collectives : ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, p. 37, cité par S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, préc. p. 222.

¹⁹⁴¹ Art. L. 611-10-2, al. 1^{er} nouveau du C. com., « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ou du deuxième alinéa de l'article L. 611-10-1 ainsi que des dispositions de l'accord constaté ou homologué ».

conciliation. Ainsi, L'article L. 611-10, alinéa 4 disposait que « Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué ». C'est-à-dire que, toutes les personnes engagées en qualité de garant personnel, pouvaient se prévaloir des remises et délais consenties au débiteur principal. Cette disposition qui, d'une part, ne distingue pas entre les garants personnels (cautionnement et garantie autonome) ne nous paraît pas être en harmonie avec la finalité du cautionnement, c'est-à-dire remédier à la défaillance du débiteur, d'autre part.

De même, ne procède-t-elle pas du caractère accessoire du cautionnement, puisque la règle est élargie à l'ensemble des sûretés personnelles, qu'elles soient accessoires ou indépendantes de la créance garantie¹⁹⁴². Néanmoins, elle a le mérite d'éviter le risque d'échec des accords intervenus entre les créanciers et le débiteur par les actions de la caution contre ce dernier. Dans cette perspective, elle est en phase avec l'objectif poursuivi, qui est d'inciter le dirigeant de l'entreprise à anticiper le traitement des difficultés de son entreprise en demandant très tôt l'ouverture d'une procédure de conciliation. Au regard, sûrement de l'impact de cette règle dans le succès des procédures de conciliation¹⁹⁴³, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, va étendre son champ d'application, dans un nouvel article L. 611-10-2, alinéa 1^{er}, aux termes duquel, « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ainsi que des dispositions de l'accord constaté ou homologué ». Désormais, la règle concerne tant les personnes physiques que les personnes morales. Par cette extension, le législateur semble vouloir apporter la protection à un grand nombre de cautions, qu'elles soient personnes physiques ou morales.

690. La procédure de sauvegarde ne s'inscrit pas dans cette perspective, puisque l'article L. 626-11 du Code de commerce dispose que « le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. À l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ». Les dispositions du plan de sauvegarde peuvent être invoquées par toutes les cautions (profanes, averties, professionnelles, simples ou solidaires), mais bien plus encore par tout garant, à condition qu'il s'agisse d'une personne physique. Par ce texte, le législateur réaffirme sa volonté de protéger les garants personnes physiques, notamment les

¹⁹⁴² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 661, p. 473.

¹⁹⁴³ S. HABBASSI-MEBARKIA, *la protection de la caution*, préc. p. 221.

dirigeants garants des dettes de l'entreprise dans l'espoir de les encourager à recourir à la procédure préventive de sauvegarde, dont le principal intérêt est d'assurer la pérennité de l'entreprise pendant qu'elle n'est pas encore en cessation des paiements. Néanmoins, l'interruption du droit de poursuite du créancier paraît injuste, dans la mesure où celui-ci ne peut exercer un de ses droits substantiels¹⁹⁴⁴.

691. Toutefois, l'interruption des poursuites n'éteint pas ce droit, dont il diffère l'exercice. Mieux, même en cas de renonciation par le créancier de son droit de poursuite, cette renonciation n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre le débiteur¹⁹⁴⁵, selon la Cour de cassation. C'est-à-dire que si le créancier renonce à poursuivre le débiteur principal, la caution ne pourrait se prévaloir de la remise des poursuites consentie au débiteur principal. Cette solution paraît justifiée puisque, la renonciation aux poursuites affecte uniquement le pouvoir de contrainte et non la dette elle-même¹⁹⁴⁶. Mais elle n'est pas satisfaisante, car la caution poursuivie se retournera contre le débiteur principal ; surtout qu'elle ne doit pas être tenue plus sévèrement que ce dernier.

692. L'interruption des poursuites individuelles ne bénéficie qu'au garant personne physique, à tel point où, la haute juridiction française a indiqué qu'édicte dans le seul intérêt de la caution, elle constitue une fin de non-recevoir¹⁹⁴⁷, dont cette dernière ne peut se prévaloir pour la première fois, devant la Cour de cassation¹⁹⁴⁸. L'interruption des poursuites à l'encontre de la caution n'est pas sans risques pour le créancier, puisque cette dernière, peut en profiter pour organiser son insolvabilité. Pour protéger le créancier contre ce risque réel¹⁹⁴⁹, le législateur, en application de l'article 622-28, alinéa 3 du Code de commerce, lui offre le droit de prendre des mesures conservatoires¹⁹⁵⁰. Sauf que les effets de ces mesures conservatoires sont neutralisés le temps de l'exécution du plan¹⁹⁵¹. Elle constitue une mesure bénéfique à la

¹⁹⁴⁴ A. M. AKUTE MICKALA, Thèse préc. n° 360, p. 156.

¹⁹⁴⁵ Cass. com. 22 mai 2007, n° 06-12196 ; *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *RTD. com.* 2007, p. 833, comm. A. MARTIN-SERF ; *D.* 2007, p. 1999, note O. DESHAYES ;

¹⁹⁴⁶ M. BOURASSIN V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 366, p. 271.

¹⁹⁴⁷ L'article 122 du Code de procédure civile, « constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

¹⁹⁴⁸ Cass. ch. mixte, 16 nov. 2007, n° 03-14409 ; *Bull. ch. mixte* n° 11 ; *JCP E*, 2007, p. 2119, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; *RLDA*, 1^{er} janv. 2008, n° 23 ; *RTD. com.* 2008, p. 168, obs. D. LÉGEAIS ; *D.*, 2007, p. 947, obs. A. LIENHARD.

¹⁹⁴⁹ D'autant plus que en application de l'article L. 622-28, alinéa 2 du Code de commerce, « le tribunal peut lui accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans.

¹⁹⁵⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Doit des sûretés*, préc., n° 669, p. 480.

¹⁹⁵¹ Sur la question, Cass. com. 24 mai 2005, n°s 00-19721 et 03-21043, *Bull. civ.* IV, n° 116 et 117 ; *JCP G*, 2005, I, p. 185, n° 3, Ph. SIMLER ; *Defrénois*, art. 38287, n° 12, p. 1937, obs. D. GIBIRILA ; Cass. com. 12 janv. 2012, n° 11-11482 ; *Bull. civ.* IV, n° 5 ; *GP.*, 29 mars 2012, p. 20, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; Ph. PÉTEL,

caution personne physique, qu'elle soit dirigeante ou non ; de même que l'arrêt du cours des intérêts.

B- L'arrêt du cours des intérêts au profit de la caution

693. La caution, de même que tout débiteur, est tenue d'indemniser le créancier, dans les conditions de l'article 1153 du Code civil (devenu article 1236-1, nouveau)¹⁹⁵² ou du contrat de cautionnement, pour le retard dans l'exécution de son obligation. Néanmoins, sous l'empire de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985, le jugement d'ouverture de la procédure de traitement judiciaire des difficultés des entreprises interrompait le cours des intérêts légaux et conventionnels dus par le débiteur, de même que tous les intérêts de retard et majorations pour les prêts d'une durée inférieure à un an. Il a été admis que la caution bénéficiait de cette règle, qualifiée d'exception inhérente à la dette¹⁹⁵³. C'est ce qu'avait décidé la haute juridiction dans un arrêt en date du 13 novembre 1990, où elle a considéré que « *c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la caution n'était pas tenue des intérêts au-delà du 6 janvier 1987, date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur, dès lors que l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 n'opère aucune distinction pour l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels et que l'obligation de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal* »¹⁹⁵⁴. Mais cette jurisprudence sera battue en brèche par la loi du 10 juin 1994, qui pourtant avait accordé aux cautions certaines faveurs dont bénéficiait le débiteur. Ainsi, l'ancien article L. 621-48, alinéa 1^{er} du Code de commerce disposait que « Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement

« sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », JCP E 2014, n° 37, p. 1447 ; Cass. com. 27 mai 2014, n° 13-18018 ; *Bull. civ.* IV, n° 94 ; *GP.*, oct. 2014, p. 42, note E. LE CORRE-BROLY ; *D.* 2014, p. 1197, note A. LIENHARD. La Cour de cassation a décidé qu'« en application de l'article 215 du décret du 31 juillet 1992, devenu l'article R. 511-7 du code des procédures d'exécution, sauf le cas où la mesure est pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier qui a été autorisé à pratiquer une mesure conservatoire contre une caution personnelle, personne physique, doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire, même si le débiteur principal bénéficie d'un plan de sauvegarde ; que, dans ce cas, l'exécution du titre exécutoire ainsi obtenu est suspendue pendant la durée du plan ou jusqu'à sa résolution ; qu'ayant retenu qu'en application du texte susvisé la banque avait l'obligation d'assigner au fond les cautions pour obtenir un titre exécutoire et que la mise en œuvre de ce dernier était suspendue pendant la durée du plan ou jusqu'à sa résolution » ; *contra*, Cass. com. 2 juin 2015, n° 14-10673 ; *GP.*, 25 juin 2015, n° 176, p. 22, obs. C. BERLAUD ; *GP.*, 20 oct. 2015, n° 293, p. 34, obs. E. LE CORRE-BROLY ; *BJÉ*, 1^{er} sept. 2015, n° 05, p. 284, note N. BORGA.

¹⁹⁵² Article 1236-1 du Code civil, « Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure ».

¹⁹⁵³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid.*, n° 670, p. 481.

¹⁹⁵⁴ Cass. com. 13 nov. 1990, n° 88-17734, *Bull. civ.* IV, n° 277, p. 193 ; *RPC.*, 1991, p. 111, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. com. 22 mars 1994, n° 92-11064, *Bull. civ.* IV, n° 122, p. 95.

différé d'un an ou plus. Les cautions et coobligés ne peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa ». La caution était donc obligée d'acquitter le paiement d'une dette dont le débiteur principal n'était plus tenu. Cette disposition écartait le caractère accessoire du cautionnement au profit du renforcement de la finalité de la garantie. Se faisant, la caution qui a payé le créancier ne disposait plus de recours contre le débiteur pour obtenir un remboursement. Elle se retrouvait toute seule à devoir acquitter les intérêts de retard résultant de la procédure conformément aux dispositions de l'article L. 621-48 du Code de commerce. Une telle règle paraissait de toute évidence injuste à l'égard de la caution, dans le sens où l'article 2290 disposait que « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur », c'est-à-dire que la caution ne devrait pas être tenue plus sévèrement que le débiteur principal.

694. Il a fallu attendre la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises en difficulté pour que l'arrêt du cours des intérêts engendre des effets à l'égard des cautions.

En effet, l'article L. 622-28, introduit par la loi du 26 juillet 2005 disposait que « Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques cautions, coobligées ou ayant donné une garantie autonome, peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa ». Par cette disposition, le législateur faisait bénéficier l'arrêt du cours des intérêts à toutes les personnes physiques cautions, de même qu'à tous les garants autonomes. L'objectif de cette loi, qui était la sauvegarde des entreprises, a instauré un cadre de protection des cautions à l'ouverture d'une procédure collective afin d'encourager les dirigeants garants de leur entreprise de solliciter l'ouverture d'une telle procédure le plutôt possible. C'est une sorte « *d'instrumentalisation [des garanties] au service des objectifs de redressement poursuivis par la loi* »¹⁹⁵⁵. Car, s'il apparaît que ce sont les dirigeants qui sont visés, rien n'empêchait néanmoins toutes les personnes physiques, cautions ou garants autonomes, dirigeants ou non, de se prévaloir de cette règle. Par ailleurs, pour prémunir les cautions personnes physiques contre tout risque de contournement du dispositif protecteur mis en place par le recours du créancier à d'autres formes de garantie, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 dont la tâche est de renforcer l'attractivité de la procédure de sauvegarde, va étendre cette solution à tous les garants, en visant « les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle

¹⁹⁵⁵ C. HOUIN-BRESSAND, « Cautions, garants et coobligés », *RPC*, avr.-mai 2008, p. 112.

ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie... ». Désormais, à l'exception des garants personnes morale, l'ensemble des personnes physiques garant peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, à l'occasion du jugement ouvrant la procédure de sauvegarde. Dès lors, la caution quelle qu'elle soit, peut bénéficier de l'interruption du cours des intérêts. Il s'agit d'une situation confortable pour la caution, que la Cour de cassation n'a pas manqué d'affirmer à l'occasion d'une série d'arrêts en date du 8 septembre 2015. En l'espèce, une société mère, placée en sauvegarde, s'était portée caution d'un prêt d'une durée supérieure à un an consenti par un établissement de crédit à l'une de ses filiales. Dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'égard de la société mère, la banque avait déclaré une créance comprenant des intérêts après-jugement d'ouverture. Les juges du fond avaient considéré que la caution, y compris si elle est soumise à une procédure collective, ne peut se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts dès lors que sa garantie est donnée pour un prêt dont la durée est supérieure à un an. La chambre commerciale a cassé la décision des juges du fond en décidant que « *le cours des intérêts est arrêté à l'égard de la caution soumise à une procédure de sauvegarde, et ce quelle que soit la durée du prêt garanti ; qu'en retenant pourtant en l'espèce que la société GROUPE CAILLE, ès qualités de caution soumise à une procédure de sauvegarde, ne pouvait se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, la Cour d'appel a violé l'article L. 622-28 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre* »¹⁹⁵⁶. À travers cette décision, la haute juridiction estime que l'arrêt du cours des intérêts bénéficie à la caution d'un débiteur soumis à une procédure de sauvegarde ou à une caution soumise elle-même à une telle procédure. Selon un auteur dont nous partageons l'opinion, cette solution se justifie « *si le débiteur sous procédure collective est le garant, il n'est pas, à l'égard de la banque, débiteur au titre d'un contrat de prêt d'une durée supérieure ou égale à un an. Il se trouve en effet en situation de débiteur au titre de son contrat de garantie. Puisque le contrat dans les liens duquel la caution s'est engagée n'est pas un contrat de prêt d'une durée supérieure ou égale à un an, mais un contrat de cautionnement, la garante ne peut donc pas être concernée par l'exception à la règle de l'arrêt du cours des intérêts posé à l'article L. 622-28 alinéa premier du Code de commerce* »¹⁹⁵⁷. Cet arrêt est intéressant dans la mesure où en affirmant clairement que l'arrêt

¹⁹⁵⁶ Cass. com., 8 sept. 2015, inédits n° 14-14175 et n° 14-14188 ; GP., 19 janv. 2016, n° 3, p. 72, obs. E. LE CORRE-BROLY.

¹⁹⁵⁷ E. LE CORRE-BROLY, obs. ss. cass. com. 8 sept. 2015, *ibid* ; V. dans le même sens, Cass. com., 17 avr. 2019, arrêt inédit, n° 17-19555, « le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à l'égard du débiteur principal et de la personne physique qui s'est portée caution ; que seuls les contrats de prêt d'une durée supérieure à un an et les contrats avec paiement différé à plus d'un an sont exclus du champ d'application de ces dispositions ; que le contrat de crédit-bail ne constitue ni un contrat de prêt ni un contrat avec paiement différé, de sorte que la caution, personne physique, ne peut se voir réclamer le paiement d'intérêts ou de majoration postérieurement au jugement d'ouverture ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'art. L. 622-28 du code de commerce ».

du cours des intérêts bénéficie à la caution que dans le cadre de la procédure préventive de sauvegarde des difficultés des entreprises¹⁹⁵⁸, la Cour de cassation précise par là même le domaine d'application de cette règle¹⁹⁵⁹.

695. L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 a apporté une autre précision en faveur des cautions et garants de personnes physiques en énonçant que « ...nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du Code civil, les intérêts échus des créances ne peuvent produire des intérêts »¹⁹⁶⁰. Maintenir la règle de la capitalisation des intérêts à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut s'avérer contraignante pour le débiteur et n'est guère favorable à son redressement puisqu'elle peut contribuer à augmenter sensiblement son passif¹⁹⁶¹. Le législateur en excluant donc l'anatocisme dans la procédure de sauvegarde, réaffirme sa volonté de rendre cette procédure attractive, d'une part et, d'amoindrir le passif de l'entreprise et favoriser son redressement, d'autre part.

696. De même que la caution bénéficie de l'arrêt du cours des intérêts, elle profite l'absence de déchéance du terme encourue par le débiteur. En effet, selon l'article L. 622-29 du Code de commerce « le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé, toute clause contraire est réputée non écrite », particulièrement celle qui stipulerait une déchéance contre la caution dans le cadre d'une procédure collective¹⁹⁶².

Le maintien du terme à l'égard de l'entreprise débitrice doit profiter à la caution, en application du caractère accessoire du cautionnement¹⁹⁶³, qui ne devrait pas être traitée plus

¹⁹⁵⁸ En revanche, en matière de redressement, V. art. L. 631-14, alinéa 7, aux termes duquel, « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'art. L. 622-28 » ; *contra* Cass. com. 16 nov. 2010, n° 09-71935, *Bull. civ. IV*, n° 175, « Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts à l'égard de la caution, lorsqu'elle est elle-même en redressement judiciaire, quand bien même le cautionnement aurait été donné pour garantir un prêt consenti pour une durée égale ou supérieure à un an » ; *GP.*, 31 mars 2011, n° 90, p. 15, obs. C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *BJE*, 1^{er} mars 2011, n° 01, p. 37, note S. BRENA ; *GP.*, 26 févr. 2011, n° 57, p. 21, obs. S. REIFEGERSTE.

¹⁹⁵⁹ L'art. L. 641-3, alinéa 1 du code de commerce, énonce que « Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de sauvegarde à l'art. L. 622-28 », c'est-à-dire que dans la phase de liquidation judiciaire, depuis l'entrée en vigueur du texte issu de l'ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, les garants, personnes physiques ou morales, ne peuvent plus, en cas de liquidation judiciaire, se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, parce que l'art. L. 641-3, alinéa 1er, du C. com ne renvoie plus qu'à la première phrase de l'art. L. 622-28, alinéa 1er, du même code, qui vise seulement l'arrêt du cours des intérêts à l'égard du débiteur.

¹⁹⁶⁰ V. art. L. 622. 28, alinéa 1^{er}, *in fine*.

¹⁹⁶¹ Ph. R. GALLE, obs. ss. Cass. com. 2 juill. 2013, n°s 12-22284 et 12-11287, *GP.*, 1^{er} oct. 2013, n° 274.

¹⁹⁶² S. HABBASSI-MEBARKIA, La protection de la caution, préc. p. 227.

¹⁹⁶³ Cass. 1^{re} civ. 24 janv. 1995, n° 92-21436, *Bull. civ. I*, n° 51, p. 36 ; *RD Bancaire et bourse* 1995, 118, note M.-J. CAMPANA ; *JCP G* 1995, IV, 743, et *JCP E*. I. 457, n°18, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; Cass.com. 20 juin 1995, n° 93-13523, *Bull. civ. IV*, n° 184, p. 171 ; *RPC* 1995, p. 453, note E. KERCKOVE ; *Deffrénois* 1995, p. 417, n° 34, obs. L. AYNÈS ; *JCP E* 1995, I. 3851, n° 6, note Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER.

duement que l'entreprise débitrice principale. La caution est donc tenue de payer qu'à l'exigibilité de la créance. En revanche, même en cas de déchéance encourue par l'entreprise débitrice, la caution n'est pas pour autant déchu du terme. Deux situations sont envisageables : soit, elle renonce au bénéfice de son propre terme et choisit de suivre celui de l'entreprise débitrice ayant encouru la déchéance, soit, en revanche, elle n'y renonce pas, et alors elle profite du terme initialement convenu dans le contrat de cautionnement¹⁹⁶⁴.

697. L'arrêt du cours des intérêts à l'égard de l'entreprise débitrice, accessoirement profitable à la caution est une bonne mesure dans le sens où elle permet de fixer le passif en vue de la sauvegarde de l'entreprise débitrice. Toutefois, si le sauvetage de l'entreprise s'annonce inenvisageable, s'ouvre les procédures judiciaires de cessation des paiements, au cours desquelles, les droits de la caution sont fortement restreints.

§ 2 : La protection de la caution dans les procédures curatives

698. Les procédures préventives qui ont pour objectif d'anticiper les difficultés des entreprises et d'assurer la continuité de l'activité, consistent en un traitement conventionnel des difficultés que traversent l'entreprise afin d'y remédier. Mais lorsque la mise en œuvre de ces mesures n'est pas possible, s'ouvre un traitement judiciaire des dites difficultés. Ce traitement judiciaire intervient lorsque l'entreprise est dite en cessation des paiements. Dans un arrêt de principe, en date du 14 février 1978¹⁹⁶⁵, la Cour de cassation a considéré que le débiteur qui n'est pas en « mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible », était en cessation des paiements. Cette définition prétorienne aura une résonance auprès du législateur, qui, depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises va la consacrer dans l'article L. 631-1, alinéa du Code de commerce en énonçant qu'il « est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements »¹⁹⁶⁶. La cessation des paiements est une notion spécifique au droit des entreprises en difficultés¹⁹⁶⁷, dont la survenance ou le constat déclenche l'ouverture

¹⁹⁶⁴ P. M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficultés*, cité par S. HABBASSI-MEBARKIA, la protection de la caution, préc. p. 228.

¹⁹⁶⁵ Cass. com. 14 févr. 1978, n° 76-13718, *Bull. civ.* IV, n° 66, p. 53 ; *D.* 1979, IR. 1980, obs. HONORAT ; Cass. com. 26 mai 1999, n° 96-22635, *LPA*, 4 janv. 2000, n° 2, p. 20, note J.-L. COURTIER.

¹⁹⁶⁶ Définition déjà présente dans l'article 3, alinéa 1^{er} de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

¹⁹⁶⁷ D. GIBIRILA, « La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société in bonis et l'entreprise en difficulté », préc.

d'une procédure de redressement judiciaire (article L. 631-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce) ou d'une procédure de liquidation judiciaire, le redressement étant alors manifestement impossible (article L. 640-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce). C'est dire que c'est la clé de voute des procédures de traitement judiciaire des difficultés des entreprises, se distinguant de certaines notions voisines telle que l'insolvabilité et la situation complètement obérée. Néanmoins, la cessation des paiements, qualifiée de notion comptable, révèle une défaillance ou des difficultés passagères de trésorerie. Dès sa survenance, l'entreprise débitrice qui se soumet au traitement judiciaire de ses difficultés, bénéficie de la suspension des poursuites individuelles et de l'interdiction de paiements.

699. Dès sa survenance, le créancier est en droit de poursuivre la caution, car son existence est révélatrice du risque pour lequel il a entendu se prémunir. À rebours des procédures préventives, au sein desquelles la protection de la caution est la plus aboutie¹⁹⁶⁸, les procédures curatives n'ont pas assez d'égard pour la situation de caution. Pendant que cette dernière bénéficie d'une amélioration de son sort dans le redressement judiciaire (A), elle est l'objet d'indifférence dans la liquidation judiciaire (B).

A- Une protection améliorée dans le redressement judiciaire

700. Il est ouvert à l'égard d'une entreprise débitrice, un redressement judiciaire lorsque cette dernière cesse ses paiements, c'est-à-dire qu'elle se trouve dans l'impossibilité de faire face à ses engagements. La constatation de la défaillance de l'entreprise débitrice, devrait permettre au créancier de se retourner contre la caution, dans le sens où, le risque pour lequel il s'est préventivement garanti est survenu¹⁹⁶⁹. Dans une telle hypothèse, « l'accessoriété » du cautionnement est-elle envisageable pour protéger la caution, surtout que l'entreprise débitrice bénéficie de toute une panoplie de mesures favorables ?

701. À travers la procédure de redressement judiciaire, le législateur entend favoriser « la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »¹⁹⁷⁰, à l'instar de la procédure de la sauvegarde. Cette mesure n'aura pas le succès escompté si l'ouverture de redressement judiciaire rendait possibles de plein droit les poursuites contre la caution. Alors,

¹⁹⁶⁸ C. FAVRE-ROCHEX, Sûretés et procédures collectives, préc. n° 113, p. 112

¹⁹⁶⁹ D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 254, p. 206.

¹⁹⁷⁰ Art. L. 631-1, al. 2 du C. com.

la solution adoptée est celle du compromis¹⁹⁷¹. Ainsi, la caution bénéficie-t-elle de certaines mesures accordées à l'entreprise débitrice à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, notamment l'arrêt des poursuites individuelles¹⁹⁷², l'absence de déchéance du terme de la créance cautionnée ; dans le même temps, elle ne peut profiter ni de l'arrêt du cours des intérêts ni des dispositions adoptées dans le plan de redressement. Selon l'article L. 622-28 du Code de commerce, « le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan [de redressement] (...) toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie... ». La caution bénéficiera comme dans la procédure de sauvegarde de l'interruption des poursuites pendant la période d'observation. Cet arrêt des poursuites peut aller au-delà de cette période, puisque « le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans ».

702. Le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire n'entraîne pas également l'exigibilité de la créance de l'entreprise débitrice ; en vertu du caractère accessoire, elle ne devrait pas non plus entraîner celle de la caution. Ces mesures minimales sont justifiées par le souci du redressement de l'entreprise débitrice puisque, la neutralisation de la sûreté inciterait le dirigeant caution à se placer sous la protection de la procédure, laquelle lui donne l'assurance de ne pas être poursuivi¹⁹⁷³. Il n'est donc pas question de lutter contre l'endettement de la caution, mais bien davantage d'instrumentalisation du dirigeant¹⁹⁷⁴. La preuve en est faite par la rigueur ou la sévérité dont elle est l'objet dans certains cas. En effet, à rebours de la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire ayant moins un caractère préventif, le législateur se montre plus sévère à l'égard des cautions, personnes physiques. Ainsi, selon l'article L. 631-14, II, du Code du commerce, « Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ». C'est-à-dire que les cautions, personnes physiques ne bénéficient pas de l'arrêt du cours des intérêts, alors même que sous l'empire de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985, le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire arrêta le cours des intérêts légaux et conventionnels dus par le débiteur, ainsi que de tous les intérêts de retard et majorations pour les prêts d'une durée

¹⁹⁷¹ M. STORCK, « Cautionnement et procédures collectives », *LPA*, 20 sept. 2000, p. 33 ; Ph. PÉTEL, « Les sûretés personnelles dans le nouveau droit des procédures collectives », *CDE*, juill.-août 2009, p. 20 ; A. PROVENSAL « Procédures collectives et sûretés personnelles », *GP.*, 11 juill. 2007.

¹⁹⁷² Art. L. 622-28, du C. com.

¹⁹⁷³ C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, préc., n° 110, p. 110.

¹⁹⁷⁴ C. FAVRE-ROCHEX, *ibid.*

inférieure à une année. Par cette formulation, le législateur semblait être même plus bienveillant à l'égard des personnes morales que les personnes physiques¹⁹⁷⁵.

Cette disposition qui paraissait maladroite et incohérente fut corrigée depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, par la suppression de la référence aux personnes physiques « *qui conduisait, paradoxalement, à accorder aux personnes morales un meilleur traitement* »¹⁹⁷⁶. Toutefois, la caution sera tout de même interdite d'invoquer l'arrêt du cours des intérêts dus par l'entreprise débitrice¹⁹⁷⁷. La conséquence de cette inopposabilité de la réduction de la dette principale est que la caution est tenue plus sévèrement que le débiteur à l'égard du créancier, en dépit du caractère accessoire du cautionnement. Elle est justifiée par la finalité du cautionnement, et à ce titre, elle paraît conforme à l'article 2298, alinéa 2 du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés¹⁹⁷⁸, aux termes duquel « (...) la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire ».

703. La sévérité du législateur vis-à-vis de la caution s'exprime également à l'adoption du plan de redressement judiciaire de l'entreprise débitrice, car celle-ci ne produit pas les mêmes conséquences que le plan de sauvegarde¹⁹⁷⁹. En effet, il n'est pas permis à la caution de se prévaloir des dispositions du plan de redressement, puisque l'article L. 631-20 du Code de commerce dispose que « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan », notamment les délais et remises. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, l'ancien article 64, devenu article L. 621-65 du Code de commerce disposait que « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. Toutefois, les cautions solidaires et coobligées ne peuvent s'en prévaloir ».

704. Par une interprétation à *contrario*, lorsqu'il est retenu au profit de l'entreprise débitrice un plan de redressement, seule la caution simple pouvait en bénéficier, une discrimination jugée

¹⁹⁷⁵ F. PÉROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », *Dr. et patr.* 2008, p. 172 ; N. BORGA, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Thèse Lyon III, 2007, n° 161 ; *contra.*, N. PICOD, La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, préc. p. 83.

¹⁹⁷⁶ M. BOURASIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 672, p. 482.

¹⁹⁷⁷ Art. L. 631-14, alinéa 6 du Code de commerce, « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie (...) ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ».

¹⁹⁷⁸ V. JORF. du 16 septembre 2021.

¹⁹⁷⁹ Art. L. 626-11 du Code de commerce, « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. À l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan »

constitutionnelle¹⁹⁸⁰, que rien ne semblait justifier¹⁹⁸¹, a été très critiquée¹⁹⁸². Surtout, elle n'était pas de nature à inciter le dirigeant (très souvent caution de son entreprise) à déposer du bilan le plus vite possible¹⁹⁸³. C'est pourtant cette interprétation qu'a retenue la jurisprudence, dans un arrêt en date du 23 novembre 2004, en affirmant que « les cautions non solidaires peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire »¹⁹⁸⁴. Cette solution prétorienne sera abandonnée puisque dans un souci de rendre la sauvegarde attractive pour le dirigeant d'entreprise, le législateur a rendu inopposable aux coobligés et aux personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, les dispositions du plan¹⁹⁸⁵. Certes le législateur ne retient plus la distinction entre caution simple et caution solidaire, mais elle maintient l'inopposabilité du plan de redressement par la caution, qu'elle étend désormais à tous les garants¹⁹⁸⁶. En conséquence, le créancier est en droit de poursuivre toutes les cautions, qui ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement. Indubitablement cette mesure est sévère pour la caution, dont elle aggrave le sort au profit des créanciers qui retrouvent leurs privilèges dans le redressement judiciaire¹⁹⁸⁷. L'absence de possibilité pour la caution de se prévaloir des mesures adoptées dans le plan de redressement est l'une des « injustices » subies par la caution qui, en tant que débiteur accessoire, se verrait bien avoir les mêmes avantages que l'entreprise débitrice principale¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸⁰ Cons. const. 6 févr. 2015, n° 2014-447 QPC, pour écarter le grief de l'inégalité de traitement devant la loi, le conseil constitutionnel a considéré que « ce principe n'impose pas d'uniformiser le régime juridique du cautionnement simple et du cautionnement solidaire, que le Code civil lui-même distingue afin de renforcer l'engagement des cautions solidaires »; *BJS*, 1^{er} avr. 2015, n° 4, p. 206, obs. E. MOUIAL-BASSILANA.

¹⁹⁸¹ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 747, p. 752; M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 663, p. 475; *contra* M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », *RTD. civ.* 1993, p. 737.

¹⁹⁸² F. PÉROCHON, R. BONHOMME, Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement, préc. n° 315 et s.; M. CABRILLAC, obs. préc., estime que la règle est une aberration; D. LEGEAIS, obs., préc., affirme qu'aucune raison sérieuse ne justifie cette distinction.

¹⁹⁸³ A. JACQUEMONT, R. VABRES, Droit des entreprises en difficultés, 9^e éd. LexiNexis, p. 471, spéc. n° 788, cité par G. DIBANGUE Thèse préc. n° 583, p. 362; D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 254, p. 207.

¹⁹⁸⁴ Cass. com. 23 nov. 2004, n° 03-17235, *Bull. civ.* IV, n° 203, p. 229; *D.* 2004, p. 3220, obs. A. LIENHARD; *JCP E* 2005, 630, obs. M. CABRILLAC; *RTD. com.* 2005, p. 159, obs. D. LEGEAIS; *Banque et droit*, 2005, p. 60, obs. N. RONTCHEVSKY.

¹⁹⁸⁵ Anc. art. L. 631-20, tel que modifié par l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008.

¹⁹⁸⁶ Y. PICOD, Droit des sûretés, préc. n° 108, p. 182, note 1, « toutes ces solutions que la loi de 2005 n'appliquait qu'aux coobligés, cautions et garants autonomes, ont été étendus par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à l'ensemble des sûretés personnelles et des sûretés réelles constituées pour autrui (ce qui recouvre le cautionnement réel).

¹⁹⁸⁷ M. TEXIER, « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre des procédures organisées », *RTD. com.* 2008, p. 25, spéc. n° 43, cité par G. DIBANGUE, La recherche de l'équilibre contractuel dans le contrat de cautionnement, préc. n° 583, p. 363.

¹⁹⁸⁸ E. MOUIAL-BASSILA, note ss. Cons. const. 6 févr. 2015, *BJS*, 1^{er} avr. 2015, n° 04, p. 206 et s., préc.

Bien qu'elle soit contraire au caractère accessoire du cautionnement, cette inopposabilité est considérée comme justifiée et logique¹⁹⁸⁹. D'une part, à rebours des procédures préventives, les mesures adoptées dans le plan de redressement, notamment les délais de paiement et remises de dette ont un caractère judiciaire (car imposées aux créanciers par le juge-commissaire) et non conventionnel¹⁹⁹⁰. D'autre part, la mesure de l'inopposabilité du plan de redressement par la caution est conforme à la fonction finaliste du cautionnement. La finalité du cautionnement étant de sécuriser la créance, il serait contradictoire d'en paralyser l'efficacité en acceptant que les mesures du plan de redressement profitent à la caution¹⁹⁹¹.

705. Toutefois, faire prévaloir la finalité du cautionnement sur son caractère accessoire mettrait en péril les perspectives de redressement de l'entreprise débitrice. Les cautions poursuivies par le créancier se retourneraient contre le débiteur en redressement. C'est pour cette raison, le législateur¹⁹⁹² a choisi d'améliorer le sort de la caution afin de permettre le redressement de l'entreprise. Ainsi, a-t-il étendu les mesures de sauvegarde au redressement judiciaire. À cet effet, les articles L. 631-14¹⁹⁹³ et L. 631-20¹⁹⁹⁴, le nouveau du Code de commerce améliorent la situation des cautions dans le cadre du redressement judiciaire. En abrogeant le dernier aliéna de l'article L. 631-14, les cautions bénéficient désormais de l'arrêt du cours des intérêts. Également, le remplacement de l'article L. 631-20, amène à se référer à l'article L. 626-11 du Code de commerce, pour connaître le sort de la caution dans le plan de redressement. Cet article, en effet, dispose que, « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. À l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ». Ainsi, les cautions peuvent-elles se prévaloir des dispositions adoptées par le plan, notamment les remises et délais. Cette réforme améliore le sort des cautions et par là même « *proclame un régime unitaire pour les garants personnes physiques au sein des*

¹⁹⁸⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, Droit des sûretés, préc. n° 663, p. 475 et s.

¹⁹⁹⁰ P.-M. LE CORRE, Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, PUAM, T. II 2002, p. 1072, spéc. n° 797, cité par G. DIBANGUE, *ibid*.

¹⁹⁹¹ E. MOUIAL-BASSILA, *ibid* ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, *ibid*.

¹⁹⁹² V. ord. n° 2021-1193 du 15 sept. 2021, portant modification du livre VI du Code de commerce en vigueur depuis le 1^{er} oct. 2021, cf, Y. BLANDIN, « Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », *GP*. 2 nov. 2021, n° 38, p. 16 ;

¹⁹⁹³ Art. L 631-14, nouveau du C. com. « Les articles L. 622-3 à L. 622-9, à l'exception de l'article L. 622-6-1, et L. 622-13 à L. 622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire, sous réserve des dispositions qui suivent », issu de l'ord. n° 2021-1193 du 15 sept. 2021 portant modification du Code de commerce.

¹⁹⁹⁴ Anc. art. L. 631-20, du C. com « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire »¹⁹⁹⁵. À rebours du redressement judiciaire, le sort de la caution demeure le même lorsque le redressement de l'entreprise sera « manifestement impossible », c'est-à-dire quand cette dernière fera l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, aboutissant à sa disparition. Ainsi, l'intangibilité de l'engagement de la caution sera-t-elle la règle à toute étape de la procédure de liquidation judiciaire.

B- L'intangibilité de l'engagement de la caution dans la liquidation judiciaire

706. L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire est la phase ultime qui sonne le glas de l'entreprise débitrice, en même temps qu'elle révèle l'insuffisance, et même l'insuccès des procédures préventives dont le législateur ne cesse de promouvoir. En effet, selon les données du groupe Altarex DB France¹⁹⁹⁶, traditionnellement environ 70% des procédures collectives sont des liquidations judiciaires directes. C'est un chiffre préoccupant qui démontre, nous semble-t-il, l'inefficacité du dispositif d'aide aux entreprises en difficulté.

707. La procédure de liquidation révèle, en effet, une défaillance grave de l'entreprise, ce qui suppose qu'elle est en cessation des paiements et que son redressement est manifestement impossible. C'est ce qui ressort clairement des dispositions de l'article L. 640-1 du Code de commerce, indiquant que « lorsque l'entreprise débitrice est en cessation des paiements et que le redressement est manifestement impossible, il s'ouvre à son égard une procédure de liquidation. Celle-ci est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ». Au sens de ce texte, une entreprise débitrice qui n'est pas en mesure d'être redressée, doit disparaître, être éliminée, mais d'une manière organisée¹⁹⁹⁷ s'agit à l'évidence d'une situation désastreuse et dramatique pour l'économie, en raison de la perte des emplois avec toutes ses conséquences sociales et psychologiques.

Le jugement ouvrant la procédure de liquidation judiciaire afin de réaliser son objet, ou atteindre son but, va apporter des restrictions aux droits des créanciers vis-à-vis de l'entreprise débitrice, et réserver un traitement très douloureux à la caution.

¹⁹⁹⁵ Y. BLANDIN, *ibid*, n° 9.

¹⁹⁹⁶ ALTAREX Dun & Bradstreet France, Compagnie américaine fondée en 1841 qui fournit des données commerciales et financières, à la fois analytiques et synthétiques, sur les entreprises. En raison de la crise sanitaire, les données établissent un chiffre près de 80% de liquidation judiciaire directe au 1^{er} trimestre 2021.

¹⁹⁹⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012 n° 1, p. 21.

708. La bienveillance dont elle a pu bénéficier dans la procédure de sauvegarde, dans un degré moindre dans le redressement judiciaire, va s'estomper dans la procédure de liquidation judiciaire, où le législateur ne sera pas très sensible à la situation de la caution.

709. Pourtant, elle est directement concernée par l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de l'entreprise débitrice. Puisqu'elle sera appelée en paiement en raison de son engagement à garantir la défaillance du débiteur, alors même que ces recours sont fragilisés par l'ouverture de cette procédure¹⁹⁹⁸. En, effet, à la différence du redressement judiciaire, les créanciers conservent leur droit de poursuite contre la caution à l'ouverture de la liquidation judiciaire¹⁹⁹⁹. L'exigibilité de la dette de la caution étant liée au caractère accessoire du cautionnement, elle est exigible au moment où la dette principale l'est. Le créancier ne peut donc poursuivre la caution tant que la créance principale n'est pas exigible. Pourtant, il a été dérogé à cette règle, puisque l'article L. 643-1 du Code de commerce indique que « le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues ».

La caution est exposée à la poursuite du créancier alors même que la créance de dernier n'est pas arrivée à échéance. Toutefois, vu que cette règle joue dans les rapports entre l'entreprise débitrice principale et le créancier, la déchéance du terme résultant de la liquidation judiciaire ne peut être étendue à la caution, sauf stipulation expresse du contrat. C'est ce qu'affirme la Cour de cassation, reprochant aux juges du fond d'avoir retenu que le jugement qui prononce la liquidation judiciaire rendent exigible les créances qui n'étaient pas échues à la date du jugement d'ouverture du redressement judiciaire « *alors que la déchéance du terme convenu résultant du prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal n'avait d'effet qu'à l'égard de celui-ci et ne pouvait pas être étendue à la caution, à défaut de clause contraire dont l'existence n'était pas alléguée* »²⁰⁰⁰. Alors que la liquidation judiciaire révèle la défaillance de l'entreprise débitrice que le cautionnement est censé garantir, la haute juridiction écarte le caractère accessoire du cautionnement²⁰⁰¹ et fait prévaloir la force obligatoire du contrat²⁰⁰² en décidant que la déchéance du terme de la créance principale était inopposable à la caution, sauf

¹⁹⁹⁸ L. C. HENRY, « La caution et le sort de la créance garantie dans la procédure collective ouverte contre le débiteur défaillant », *RLDA*, 1^{er} févr. 2018, n° 134.

¹⁹⁹⁹ Cass. 1^{re} civ. 31 mars 1998, n° 96-16637, *Bull. civ. I*, n° 135, p. 89.

²⁰⁰⁰ Cass. com. 8 mars 1994, n° 92-11854 ; *Bull. civ. IV*, n° 96, p. 74 ; Cass. 1^{re} civ. 13 oct. 1999, inédit, n° 97-17434 ; Cass. com. 4 nov. 2014, inédit, n° 12-35357 ; *GP.*, 4 déc. 2014, n° 338, p. 22, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *BJE*, 1^{er} oct. 2015, n° 1, p. 34, obs. S. BRENA ; *RDBF*. 2015, comm. 9, obs. D. LEGEAIS.

²⁰⁰¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, préc. n° 656, p. 469.

²⁰⁰² M.-P. DUMONT-LEFRAND, *ibid.*

si la clause du contrat de cautionnement prévoyait le contraire²⁰⁰³. Toutefois, c'est une solution différente qui a été retenue lorsque la caution se porte garante du paiement du solde d'un compte courant. En effet, la Cour de cassation a décidé que « le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte, est immédiatement exigible de la caution »²⁰⁰⁴. Ici, la clôture du compte engendre, en vertu du caractère accessoire, l'exigibilité immédiate de l'obligation en paiement de la caution²⁰⁰⁵.

710. Relativement à l'arrêt du cours des intérêts, la règle de l'accessoire est écartée en ce sens que la caution ne bénéficie pas de l'arrêt du cours des intérêts, ce en application des articles L. 631-14, alinéa 7 et L. 641-3 du Code de commerce. L'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ne semble pas remettre en cause toute action du créancier contre la caution tendant à obtenir un paiement, dès lors que les conditions de droit commun sont remplies²⁰⁰⁶. Néanmoins, le créancier qui étend poursuivre la caution, est tenu de déclarer sa créance au passif de l'entreprise débitrice principale et subir la procédure de vérification, selon l'article L. 622-26 du Code de commerce. Il s'agit pour tout créancier, ou tout préposé ou mandataire de son choix, à partir de la publication du jugement d'ouverture, de saisir le liquidateur dans un délai de 60 jours afin de faire cette déclaration. Cette déclaration est d'un intérêt indéniable puisqu'elle permettra de connaître et d'évaluer le passif total de l'entreprise débitrice²⁰⁰⁷, surtout « à identifier ses véritables créanciers »²⁰⁰⁸. C'est sûrement pour cela que, l'absence ou la déclaration tardive de la créance était sanctionnée par l'extinction de la créance, dont pouvait se prévaloir la caution. Puisque l'article 53, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985, devenu article L. 621-46 du Code de commerce disposait que « les créances qui n'ont pas été déclarées et non pas donné lieu à relevé de forclusion, sont éteintes ». L'extension de l'effet extinctif du défaut de déclaration au cautionnement n'a pas été approuvée tant par une partie de la doctrine, que de la jurisprudence. Toutefois, pour une grande partie de la doctrine, l'extinction des créances

²⁰⁰³ *Contra* Cass. 1^{re} civ. 24 janv. 1995, n° 92-21436, *Bull. civ.* I, n° 51, p. 36, « la déchéance du terme, qui n'est pas encourue par le débiteur principal en redressement judiciaire, ne pouvait, eu égard au caractère accessoire du cautionnement, être invoquée contre la caution, et que, dès lors, la clause litigieuse contraire devait être réputée non écrite ».

²⁰⁰⁴ Cass. com. 13 déc. 2016, n° 14-16037, *Bull. civ.* IV, 2016 ; LEDEN, 1^{er} janv. 2017, n° 1, p. 2, note P. RUBELLIN ; *GP.*, 21 févr. 2017, n° 8, p. 32, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *BJE*, 1^{er} mars 2017, n° 2, p. 105, note N. BORGA.

²⁰⁰⁵ P. RUBELLIN, *ibid.*

²⁰⁰⁶ Cass. 2^e civ. 8 janv. 2015, inédit n° 13-27631, « seul le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution ».

²⁰⁰⁷ A. M. AKUE MICKALA, Thèse préc., n° 123, p. 56.

²⁰⁰⁸ A. GHOZI, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives du règlement du passif », *RTD. com.* 1978, n° 2, p. 1 ; également, C. GALLOU, *Droit des sûretés Droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd. Larcier, coll. Paradigme, 2015, n° 529 et s.

non déclarées ne pouvait qu'entraîner l'extinction corrélative du cautionnement²⁰⁰⁹. C'est cette voie qu'avait choisi la Cour de cassation à l'occasion d'une décision en date du 17 juillet 1990, où elle affirmait que « *l'extinction de la créance en application de l'article 53, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 est une exception inhérente à la dette et que, conformément à l'article 2036 du Code civil, la caution peut l'opposer au créancier* »²⁰¹⁰. La créance principale étant frappée d'extinction²⁰¹¹, aucune poursuite contre la caution n'était possible, en raison du caractère accessoire du cautionnement. La caution pouvait par conséquent opposer au créancier poursuivant la non-admission de la créance faute de déclaration²⁰¹².

711. Mais, sous l'empire de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le législateur s'est gardé de se prononcer sur la sanction du défaut de déclaration à l'égard de la caution, puisqu'il n'en a pas fait mention, qui d'ailleurs avait été supprimée²⁰¹³. Cependant, la Cour de cassation, en statuant sous l'empire de cette loi, a affirmé qu'« *il résulte de l'article L. 622-26 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 que, si les créanciers qui n'ont pas déclaré leur créance ne sont pas, sauf à être relevés de la forclusion encourue, admise dans les répartitions et les dividendes, cette créance n'est pas éteinte ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que la créance de la FCI, qui n'avait pas été déclarée au passif de Mme Rebecca X..., était inopposable à sa liquidation judiciaire* »²⁰¹⁴. Par cette décision, la haute juridiction considère de manière implicite que l'absence de déclaration de la créance au passif du débiteur est frappée d'inopposabilité à la procédure collective.

712. L'ordonnance du 18 décembre 2008, qui semble avoir anticipé la décision de la haute juridiction française, a considéré que la créance non déclarée était inopposable à la procédure collective²⁰¹⁵. Quel est alors l'effet de cette inopposabilité sur l'engagement de la caution ? À

²⁰⁰⁹ Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc. n° 752, p. 758.

²⁰¹⁰ Cass. com. 17 juill. 1990, n° 89-13439, *Bull. civ. IV*, n° 214, p. 147 ; *D.* 1990, p. 454, note A. HONORAT ; *JCP E*, 1991, II, 101, note A. AMLON.

²⁰¹¹ Mesure déjà contenue dans la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, article 41, alinéa 2, aux termes duquel, « En cas de règlement judiciaire et à défaut de production avant la dernière échéance concordataire et sauf clause de retour à meilleure fortune, les créances sont éteintes », mais qui était écartée en matière de liquidation des biens, cf. Cass. 1^{re} civ. 16 juin 1987, inédit n° 85-16550 ; *D.* 1987, somm. P. 442, obs. L. AYNÈS.

²⁰¹² Cass. com. 18 janv. 2000, n° 96-16833, *Bull. civ. IV*, n° 12, p. 10, *RJDA*, 2001, somm. 695, obs. L. AYNÈS.

²⁰¹³ P.-M. LE CORRE, « Le sort du cautionnement en l'absence de déclaration de créance au passif dans la loi de sauvegarde », note ss. Cass. com. 12 juill. 2011, n° 09-071113, *Bull. civ. IV*, n° 118 ; *GP.*, 8 oct. 2011, n° 281, p. 15 ; Ph. SIMLER, *ibid.*, n° 753, p. 758.

²⁰¹⁴ Cass. com., 3 nov. 2010, n° 09-70312, *Bull. civ. IV*, n° 165 ; *D.* 2010, p. 2645, obs. A. LIENHARD ; *GP.*, 8 janv. 2011, n° 8, p. 18, note E. Le CORRE-BROLY ; *JCP E* 2011, 1030, n° 10, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. soc.* 2011, p. 194, note P. ROUSSEL GALLE ; *GP.*, 26 févr. 2011, n° 57, p. 45, note S. REIFEGERSTE ; *Lexbase hebdo*, 21 nov. 2010, n° 417, note P.-M. LE CORRE.

²⁰¹⁵ Art. L. 622-26, alinéa 2 du Code de commerce, « Les créances et les sûretés non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les

cette interrogation, la Cour de cassation s'est prononcée très clairement en énonçant que la sanction de l'inopposabilité à la procédure collective de la créance non déclarée qui « *prive son titulaire de la répartition des dividendes ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution pour se soustraire de son engagement* »²⁰¹⁶. Désormais, la caution ne peut plus se prévaloir de l'extinction d'une créance non déclarée car, si la créance non déclarée est seulement inopposable à la procédure collective, rien n'empêche qu'elle puisse être opposée à la caution. La caution est traitée durement, puisque le créancier négligent aura toujours la possibilité de poursuivre la caution lorsque le débiteur principal est en liquidation judiciaire²⁰¹⁷. Toutefois, elle pourra invoquer le bénéfice de subrogation si le défaut de déclaration lui a été préjudiciable²⁰¹⁸. Le législateur semble dans tous les cas, privilégier les intérêts du créancier au détriment de la caution dans la phase de la liquidation judiciaire.

713. En effet, lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire, il peut être adopté à son encontre un plan de cession totale ou partielle de ses droits ou de ses biens²⁰¹⁹. L'adoption du plan de cession entraîne une mutation dans la personne du cocontractant à l'égard du créancier²⁰²⁰. Dans le cadre d'une cession judiciaire, des contrats cautionnés sont susceptibles d'être transmis au cessionnaire, conformément à l'article L. 642-7 du Code de commerce²⁰²¹. Il s'est posé alors l'incidence de la cession de contrat sur le cautionnement. Plus concrètement, en cas de plan de cession, doit-on considérer que l'engagement de la caution est éteint ou maintenu vis-à-vis du cessionnaire ? Plus généralement, si le cautionnement n'est pas concerné par les contrats susceptibles d'être cédés, quel serait le sort de la caution. Le maintien ou non

engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Dans les mêmes conditions, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

²⁰¹⁶ Cass. com. 12 juill. 2011, n° 09-071113, préc. ; Cass. com. 16 sept. 2014, inédit n° 13-19040.

²⁰¹⁷ S. PIEDELIEVRE, « Les conséquences d'un défaut de production d'une créance sur le cautionnement en cas de liquidation judiciaire », obs. ss. Cass. com. 12 juill. 2011, *LPA*, 21 déc. 2011, n° 253, p. 18.

²⁰¹⁸ D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc. n° 255, p. 208 ; Cass. com. 12 juill. 2011, *RTD. civ.* 2011, p. 782, obs. P. CROCQ ; *Defrénois* 2012, art. 40390, obs. S. CABRILLAC ; *JCP* 2012, doct. 117, n° 3, Ph. PÉTEL ; *Banque et droit* 2011, n° 139, p. 42, obs. F. JACOB ; *GP.*, 21 mars 2013, p. 20, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-19040, préc., « le créancier a omis de déclarer sa créance, peu important la nature de celle-ci, la caution est déchargée de son obligation si cette dernière avait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation ; qu'en affirmant simplement que l'absence d'admission de la créance de la banque n'emportait pas son extinction pour en déduire que M. X..., caution, ne pouvait se prévaloir de l'impossible subrogation dans les droits du créancier en raison de l'irrégularité de la déclaration de créance et de son absence d'admission à la procédure collective du débiteur, la cour d'appel a violé les articles 2314 du code civil et L. 622-26 du code de commerce ».

²⁰¹⁹ J.-G. MAHINGA, « Portée de l'obligation de la caution en cas de plan de cession », *RPC.*, juill. 2001, p. 96.

²⁰²⁰ N. PICOD, La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, préc., n° 104.

²⁰²¹ Ce sont les contrats de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens ou de services nécessaires au maintien de l'activité.

de l'engagement de la caution en dépit du changement de débiteur a été l'objet d'un débat au sein de la doctrine française. Tandis que certains auteurs étaient opposés au maintien de l'engagement de la caution en cas de cession²⁰²², d'autres étaient favorables à l'idée d'une transmission du cautionnement en cas de cession²⁰²³.

714. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 12 octobre 1993, va trancher la question. Ainsi, va-t-elle considérer que « *la cession des contrats intervenant en vertu d'une décision du Tribunal et non de la volonté des parties n'emporte pas extinction de l'obligation préexistante et remplacement de celle-ci par une obligation nouvelle substituée à l'ancienne, aucun effet novatoire n'étant ainsi attaché à l'opération ; la caution n'a pas à garantir les créances nouvelles nées du chef du repreneur depuis la cession, elle demeure tenue au titre des créances nées du chef du débiteur antérieurement à la cession* »²⁰²⁴. La cession ne produisant aucun effet novatoire, la caution continuait de garantir les dettes exigibles au jour la cession, mais était libérée pour les dettes à venir. Cette décision a toutefois surpris, car elle était relative à un contrat de prêt, qui n'était pas visé l'ancien article L. 621-88 du Code de commerce, devenu article L. 642-7 du même code. Cette solution sera précisée par la haute cour dans une affaire se rapportant à un contrat de crédit-bail. Ainsi, annonça-t-elle que « *lorsqu'un contrat de crédit-bail, dont l'exécution est garantie par une caution, est cédé par application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985, que si la caution reste garante des loyers échus antérieurement à la cession, nés du chef du débiteur cédé, elle ne garantit pas les loyers postérieurs dus par le cessionnaire, dont elle n'a pas garanti les obligations, à moins que, par un nouvel engagement, elle ait donné sa garantie au cessionnaire pour le paiement de ces loyers* »²⁰²⁵. Autrement dit, la caution n'a pas à garantir les prestations dues par le repreneur après le transfert, à moins qu'elle n'ait pris l'engagement au regard du cocontractant.

²⁰²² D. FABIANI, La cession judiciaire des contrats, Thèse Université de Nice, 1988, spéc. n° 389 ; Ph. SIMLER, Le cautionnement, Litec, 1982, n° 56 ; M.-H. MONSERIE, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Litec, mai 1994, n° 283, p. 272 ; E. JOUFFIN, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, préf. Ch. GAVALDA, LGDJ, Biblio. de droit privé, T. 307, n° 371 et s.

²⁰²³ Ph. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N*, I, 1986, p. 385.

²⁰²⁴ Cass. com. 12 oct. 1993, n° 91-17128, *Bull. civ.* IV, n° 333, p. 240 ; *JCP G*, I, 1994, 3765, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *RTD. com.* 1995, p. 848, obs. A. MARTIN-SERF ; récemment, Cass. com. 9 févr. 2016, n° 14-23219, *Bull. civ.* IV, n° 894 ; *GP.*, 21 juin 2016, n° 23, p. 33, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *G.P.*, 12 avr. 2016, n° 14, p. 72, obs. E. LECORRE-BROLY ; *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 175, note F. REILLE ; *D.* 2016, p. 423, note A. LIENHARD.

²⁰²⁵ Cass. com. 21 nov. 1995, n° 93-20387, *Bull. civ.* IV, n° 267, p. 247 ; *LPA*, 31 janv. 1997, n° 14, p. 19, note F. DERRIDA ; *JCP* 1996, 22635, note JAMIN et BILLAU ; *RDB.*, 1996, n° 4, p. 36, obs. M.-J. CAMPANA et CALENDINI ; *RPC.*, 1996, n° 5, p. 29, B. SOINNE.

715. Il est évident que la caution s'est engagée à garantir la défaillance du cédant et c'est tout à fait normal qu'elle ne réponde pas des engagements du repreneur. Le cédant, c'est-à-dire le débiteur principal étant dispensé de l'exécution du contrat transféré, la caution ne devrait plus être tenue²⁰²⁶. En effet, il faut faire application des règles du cautionnement, puisque c'est de ce contrat dont il est question, contrat conclu entre le créancier et la caution tendant à garantir l'exécution de la dette principale ; l'engagement de la caution est accessoire à la dette principale, elle n'est tenue que si le débiteur principal l'est²⁰²⁷.

716. Pourtant, le législateur a renforcé la solution de la jurisprudence en privilégiant la finalité de la garantie, puisque l'article L. 642-7, alinéa 3 dispose que « ces contrats doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire. Par dérogation, toute clause imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant est réputée non écrite ».

717. La procédure de liquidation judiciaire a pour objectif de réaliser le patrimoine du débiteur²⁰²⁸, c'est-à-dire mobiliser les ressources nécessaires au paiement des dettes. Le jugement qui ouvre ou qui prononce ladite procédure doit fixer un délai au terme duquel la clôture de cette dernière doit être examinée. Selon l'article L. 643-9 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014, « (...) lorsque la poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en raison de l'insuffisance de l'actif, ou encore lorsque l'intérêt de cette poursuite est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels, la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal ». Le jugement prononçant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur²⁰²⁹. La privation de l'exercice individuel de l'action du créancier contre le débiteur peut-elle profiter à la caution au regard du caractère accessoire de son engagement. La jurisprudence n'a pas donné une réponse affirmative à cette question. En effet, la Cour de cassation a considéré qu' « *en application de l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leur action contre le débiteur dont la liquidation judiciaire a fait l'objet*

²⁰²⁶ D. FABIANI, Thèse, préc., n° 389 et s., « La caution de l'ancien exploitant ne saurait demeurer celle du nouveau exploitant » ; P.-M LE CORRE, Thèse, préc., p. 1066 et s., n° 793.

²⁰²⁷ F. DERRIDA, *ibid.*

²⁰²⁸ M. ZIO, « La clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif », *LPA*, 31 juill. 2018, n° 135, p. 38.

²⁰²⁹ V. anc. art. 169 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, devenu art. L. 622-32, puis L. 643-11 du C. com. ; contra, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, il était admis qu'en cas de liquidation des biens les créances survivaient à la procédure et que la caution pouvait, en théorie du moins, se retourner contre le débiteur après clôture de la procédure.

*d'une clôture pour insuffisance d'actif, ils conservent, la dette n'étant pas éteinte, le droit de poursuite à l'encontre de la caution du débiteur ; qu'il en est ainsi quoique le droit, subsistant, de la caution à subrogation, ne puisse s'exercer »*²⁰³⁰. Pour la haute juridiction, le créancier est certes privé de l'exercice individuel de son action contre le débiteur, toutefois, il conserve son droit de poursuite contre la caution. Cette décision met la caution dans une situation de précarité, parce que son engagement est maintenu alors même que l'exercice de son droit de subrogation est compromis ou impossible. En effet, le débiteur étant une société dissoute à la suite de la liquidation, quand bien même la loi permet à la caution d'agir, elle ne pourra pas, l'entreprise débitrice ayant disparu. L'enseignement à tirer de cette solution, c'est que la caution ne pourra recouvrer les sommes payées au créancier à la suite de la clôture de la liquidation judiciaire. La finalité du cautionnement l'emporte sur son caractère accessoire, au grand « bonheur du créancier ».

718. Afin d'améliorer le sort de la caution, L'article L. L43-11, II du Code de commerce, tel qu'issu de la loi du 10 juin 1994, a ajouté que « Toutefois la caution ou le coobligé qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci ». L'adjonction de cette exception à l'absence de reprise des poursuites individuelles contre le débiteur sera étendue au profit de tous les garants car, l'ordonnance du 12 mars 2014, va disposer que « les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui ». Ce recours contre le débiteur nous apparaît normal, voire logique : la caution n'ayant pas vocation à supporter définitivement le poids de la dette²⁰³¹. Il aurait été choquant, en effet, que le débiteur principal soit à l'abri de poursuites de ses créanciers, pendant que la caution est tenue de payer sans possibilité de recours²⁰³². C'est sûrement pour cette raison que la haute juridiction française considère « *l'article L.643-11, II du code de commerce, qui autorise la caution qui a payé à la place du débiteur principal à le poursuivre, malgré la clôture de la liquidation judiciaire de celui-ci pour insuffisance d'actif, ne distingue pas selon que ce paiement est antérieur ou postérieur à l'ouverture de la procédure collective, ni suivant la nature, subrogatoire ou personnelle, du*

²⁰³⁰ Cass. com. 8 juin 1993, n° 9113295, *Bull. civ. IV*, n° 230, p. 163 ; A. MARTIN-SERF, *RTD. com.* 1993, p. 583 ; *JCP E*, 1993, I, 300, note Ph. SIMLER ; *RTD. civ.* 1994, p. 360, obs. J. MESTRE.

²⁰³¹ M. ZIO, « La clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif », préc. p. 58 et s.

²⁰³² Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, préc. n° 757, p. 763.

recours exercé par la caution »²⁰³³. Bien vrai que ce recours existe, son issue demeure illusoire, la caution étant moins sévèrement traitée que le débiteur principal.

²⁰³³ Cass. com. 28 juin 2016, n° 14-21810 ; *G.P.*, 26 juill. 2016, n° 28, p. 35, note C. BERLAUD ; *GP.*, 18 oct. 2016, n° 36, p. 66, note E. LE CORRE-BROLY ; *GP.*, 29 nov. 2016, n° 42, p. 24, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *LEDEN*, sept. 2016, n° 8, p. 3, obs. N. PELLETIER ; *Act. proc. coll.*, 2016, comm. 194, obs. F. PETIT.

Conclusion chapitre 2

719. Les procédures de surendettement et d'insolvabilité réservent un sort différent à la caution profane. En matière de surendettement des particuliers, la caution profane bénéficie de certaines mesures favorables au particulier surendetté à double titre. En tant que caution d'un débiteur surendetté et en sa qualité également de personne surendettée. Dans les procédures d'insolvabilité des entreprises, sa situation est fonction de la procédure en cause. Globalement son sort s'est amélioré à la suite des différentes.

Conclusion Titre 2

720. Lors de la mise en œuvre, du cautionnement, la caution profane, n'est pas dépourvu de moyens de défense à l'égard du créancier poursuivant. Elle bénéficie des règles protectrices à l'instar de toutes les cautions. Qu'il s'agisse du surendettement des particuliers, que de la procédure d'insolvabilité en dehors ou même dans le cadre de procédure collective, elle dispose d'un arsenal juridique important pour sa protection, même si elle n'est pas expressément visée.

Conclusion de la deuxième partie

721. La protection de la caution profane devrait se faire sur mesure. À cet égard, elle ne peut se diluer dans la considération du rapport entre créancier professionnel et caution personne physique. Dans cette perspective, la recherche de l'efficacité du cautionnement relèverait d'une proclamation, si on ne réserve pas l'application de certaines règles protectrices aux seules cautions profanes.

CONCLUSION GÉNÉRALE

722. Au terme de cette étude consacrée à la caution profane, certains constats s'imposent. Le cautionnement demeure une sûreté pérenne et très usitée car il s'adapte à toutes les époques, mais surtout à tous les types de crédit. La diversité des hypothèses et des circonstances dans lesquelles le cautionnement est souscrit impose de distinguer selon le niveau de connaissance réel ou supposé des personnes, s'engageant à titre de caution, ou selon les finalités ou les modalités de cette sûreté.

723. Les diverses cautions n'ont pas la même familiarité avec les règles qui régissent cette sûreté, dont la gravité pour le patrimoine est une réalité. À cet égard, la qualité de caution profane n'est pas inconnue du droit positif. Si, elle ne bénéficie pas de la reconnaissance du législateur, elle a les faveurs de la jurisprudence. En procédant par une application *in concreto*, elle trouve en cette qualité, le moyen de circonscrire le champ d'application de certaines règles, susceptibles d'équilibrer le contrat de cautionnement. Dans une matière comme celle du cautionnement où la prévisibilité et la cohérence des règles applicables sont particulièrement impérieuses, l'insécurité qu'engendre cette approche concrète de la notion de caution profane encourt des réserves.

724. En vue de renforcer la sécurité juridique, indispensable à l'efficacité du cautionnement, laquelle conditionne elle-même l'octroi de crédit aux entreprises, et aux particuliers, les cautions qui s'engagent pour des raisons et à des fins non professionnelles et, en méconnaissance de la situation du débiteur principal et de la portée de leur propre engagement, mériteraient une protection spécifique.

725. *De lege ferenda*, l'introduction dans le Code civil de certaines règles applicables au droit du cautionnement à travers la réforme entreprise, était l'occasion de consacrer la qualité de caution profane. Malheureusement, le législateur n'a pas souhaité emprunter cette voie. En attendant l'entrée en vigueur de la réforme et le rôle de la jurisprudence dans l'application des nouvelles règles, les propositions ci-après ne sont pas dépourvues d'intérêts.

726. La consécration de la notion de caution profane en la définissant comme suit : « La caution est réputée profane lorsqu'elle n'est pas apte à comprendre la nature et la portée de son engagement, en raison de ses connaissances et compétences ». De cette définition, il en

découlerait, le cantonnement de certaines règles protectrices, notamment l'exigence de mise en garde, la proportionnalité, à la situation de la caution profane.

727. Revenir sur le rapport entre caution personne physique et créancier professionnel qui favorise toutes les personnes physiques, même celles qui sont averties, qui n'ont pas grand besoin de certaines règles, notamment l'obligation d'être informée par le créancier professionnel.

728. Par ailleurs, pour rendre plus dissuasif, la sanction de la proportionnalité, faire de celle-ci une condition de formation du contrat de cautionnement.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages Généraux, Manuels, Traités Et Cours :

ALBIGES C., DUMONT M.-P. :

Droit des sûretés, coll. HyperCours, 7^e éd., Dalloz, 2019.

ANCEL P. :

Droit des sûretés, coll. objectif droit, cours, 7^{ème} éd. 2014.

AUBERT J.-L., SAVAUX E. :

Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 18^e éd. Sirey Université 2010.

AYNÈS L., CROCQ P. :

Droit civil, Droit des sûretés, 9^e éd. LGDJ, 2015.

BARTHEZ A.-S., HOUTCIEFF D., GHESTIN J. (dir) :

Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010.

BAZIN-BEUST D. :

Droit de la consommation, 3^e éd. Gualino 2018-2019

BENABENT A. :

Droit des obligations, 18^e éd. LGDJ, 2019

BONHOMME R. :

Instruments de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire, LGDJ, 2003.

BOUGEROL L., MEGRET G. :

Droit du cautionnement, éd. Lextenso Gazette du Palais, coll. Guide pratique », 2018.

BOURASSIN M., BRÉMOND V. :

Droit des sûretés, 7^e éd. Sirey Université, 2020.

BOURASSIN M., BRÉMOND V., JOBARD-BACHELIER M.-N. :

Droit des sûretés, 4^e éd. Dalloz 2014.

BOUTEILLER P. :

Le cautionnement, aspects généraux et pratiques bancaires, éd. de l'Épargne, 1986.

CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S, PÉTEL Ph. :

Droit des sûretés, 10^e éd. Litec 2015.

CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F. :

Droit de la consommation, Précis Dalloz, 6^e éd., 2003.

CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., DEPINCÉ M. :

Droit de la consommation, 10^e éd. Précis Dalloz 2020.

CAPITANT H. :

Introduction à l'étude du droit civil, Paris, 2^e éd. Pedone 1904.

CARBONNIER J. :

Droit civil, T. 2, La famille, PUF 1991.

CAS G., FÉRRIER D. :

Traité de droit de la consommation, PUF 1986.

CASTALDO A., LÉVY J.-Ph. :

Histoire du droit civil, 2^e éd. Dalloz, 2010.

CHANTEPIE G., LATINA M. :

La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, éd. Dalloz 2016.

Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises, éd. Dalloz, 2018.

CORNU G.

Vocabulaire juridique, coll. Quadrige, Paris, 11^e éd. PUF, 2016.

DEMOGUE R. :

Traité des obligations en général, Effets des contrats, éd. A. Rousseau & Cie, 1931, Tome VI.

DOUVILLE T. :

La réforme du droit des contrats : commentaire article par article, ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, sous la (dir). de T. DOUVILLE, éd. Gualino 2016.

FABRE-MAGNAN M. :

Droit des obligations- Contrat et engagement unilatéral, 6^e éd. PUF, 2021.

FAGES B. :

Droit des obligations, 10^e éd. LGDJ, 2020.

FARGE M. :

Les sûretés, PUG 2007.

FLOUR, J., AUBERT J.-L. :

Droit civil, Les obligations : L'acte juridique, 7^e éd. Paris, Dalloz 1996.

FRANÇOIS J. :

Droit civil T VII : Les sûretés personnelles, (dir) Ch. LARROUMET éd. Economica, 2004.

GAVALDA Ch. et STOUFFLET J. :

Manuel de droit bancaire, coll. manuel, 9^e éd. LexisNexis 2015.

HOUTCIEFF D. :

Droit des contrats, 2^e éd. Larcier 2016.

JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T. :

Droit des entreprises en difficulté, 11^e éd. LexisNexis, 2019.

JULIEN J. :

Droit de la consommation, 3^e éd. LGDJ, 2019.

LARROUMET C., GROS S. :

Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, Economica 8^e éd., 2016, T. 3.

LE GALLOU C. :

Droit des sûretés Droit des entreprises en difficulté, 2^e éd. Larcier, coll. Paradigme, 2015.

Droit des sûretés, 4^e éd. Bruxelles Bruylant 2021.

LEGEAIS D. :

Droit des sûretés et garanties du crédit, 14^e éd. LGDJ, 2021.

MALAURIE Ph., AYNES L. :

Droit civil, Les obligations, 2e éd. Cujas 1990.

MALAURIE Ph., AYNÈS L. par AYNÈS L., CROCQ P., AYNES A. :

Droit des sûretés, coll. droit civil 14^e éd. LGDJ, 2020.

MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph. :

Droit des obligations, coll. droit civil, 11^e éd. LGDJ, 2020.

MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B. :

Droit des obligations, 15^e éd. LexisNexis 2021.

MIGNOT M. :

Droit des sûretés et de la publicité foncière, 3^e éd. LGDJ, 2017.

MOUSSERON J.-M. :

Techniques contractuelles, éd. Francis Lefebvre, 2010.

NEMTCHENKO D. :

Cours de droit des sûretés, préf. G. PIETTE, 1^{ère} éd. Gualino, 2019-2020.

OURLIAC P., DE MALAFOSSE J. :

Histoire du droit privé, PUF, coll. « Thémis », 2e éd., T. 1, 1969.

PAISANT G. :

Droit de la consommation, 1^{ère} éd. PUF, 2019.

PEROCHON F. :

Entreprises en difficulté, 10^e éd., LGDJ, 2014.

PÉROCHON F., BONHOMME R. :

Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement, 8^e éd. LGDJ, 2009.

PETIT B., ROBBEZ-MASSON Ch. :

Le statut du chef d'entreprise, coll. Droit de l'entreprise, Paris, Liaisons, 1994.

PICOD Y. :

Droit des sûretés, PUF 3^e éd. 2016.

Droit de la consommation, 10^e éd. Dalloz, 2020.

PICOD Y., PICOD N. :

Droit de la consommation, 5^e éd. Dalloz, 2021.

PIEDELIEVRE S. :

Droit des sûretés, coll. Cours magistral, ed. Ellipses, 2015.

PIETTE G. :

Droit des sûretés : sûretés personnelles, suretés réelles, 11^e éd. Lextenso, 2017.

PLANIOL M., RIPERT G., BOULANGER J. :

Traité élémentaire de droit civil français, obligations, contrats, sûretés réelles, T. II, 2^e éd. LGDJ, 1943.

RAYMOND G. :

Droit de la consommation, 2^e éd. Litec, 2011.

RANOUIL V. :

L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept », préf. J.-Ph. LÉVY, Paris, éd. PUF, 1980.

ROMAN B. :

Droit du cautionnement, coll. mise au point, éd. Ellipses, 2005.

SAINT-ALARY-HOUIN C. :

Droit des entreprises en difficulté, 12^e éd. LGDJ, 2020.

SÉRIAUX A. :

Manuel de droit des obligations, coll. droit fondamental, 4^e éd. PUF, 2020.

SEUBE J.-B. :

Droit des sûretés, éd. Dalloz, 2016.

SIMLER P. :

Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, 5^e éd. Litec, 2015.

SIMLER Ph., DELEBECQUE Ph. :

Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 7^e éd., Dalloz, 2016.

STARCK B. par ROLAND H. et BOYER L. :

Droit civil, obligations, contrat, 3^e éd. Litec, T. 2, 1989.

TAFFOREAU P. :

Droit des sûretés, Sûretés personnelles et réelles, coll. Paradigme, 1^{ère} éd. Bruylant, 2020.

TERRÉ F., SIMLER., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F. :

Droit civil, Les obligations, 12^e éd. Dalloz, 2018.

THÉRY Ph. :

Sûretés et publicité foncière, coll. droit fondamental, droit civil, 2^e éd. PUF, 1998.

VIGNEAU V., BOURIN G.- X., CARDINI C. :

Droit du surendettement des particuliers, 2^e éd. LexisNexis, 2012.

VON JHERING R. par DE MEULENAERE MARESQ O. :

L'esprit du droit romain, T. III, 3^e éd. 1887.

WATTIEZ J.-P. :

Le cautionnement bancaire, Sirey 1964. -

WEILL A. :

Droit civil, T. II., Les obligations, Dalloz, 2^e éd. 1975.

II- Ouvrages Spéciaux, Thèses et Monographies

AGBENOTO K. M. :

Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives, Cotutelle de Thèse en cotutelle de l'Université de Lomé et de l'Université de Maine, 2008.

AKUTE MICKALA A. M. :

La situation de la caution en droit des procédures collectives au regard de la règle de l'accessoire. Étude comparative Droit français/ Droit OHADA, Thèse, Université de Toulon, 19 décembre 2019.

ANDOUME W. E. :

Le cautionnement donné à une société, Thèse Université de Nancy 2.

ANSAULT J.-J. :

Le cautionnement réel, préf. P. CROCQ, coll. Doctorat et notariat, T. 40, Defrénois, 2009.

ANTONMATTEI P.-H., RAYNARD J. :

Contrats spéciaux, Litec, 6^e éd., 2008.

BERLIOZ G. :

Le contrat d'adhésion, Thèse, Paris, LGDJ 1973.

BORGA N. :

L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés, coll. Nouv. Bibl. Thèses, éd. DALLOZ, préf. S. PORCHI-SIMON.

BOURASSIN M. :

L'efficacité des garanties personnelles, préf. M.-N. JOBARD-BACHELIER et V. BRÉMOND, LGDJ, 2006.

BOURRIER C. :

La faiblesse d'une partie au contrat, coll. Thèses de sciences humaines n° 12, éd. Bruylant-Academia 2004.

BRIATTE A.-X. :

Financement et pratique du crédit, éd. LexisNexis, 2017.

CHAZAL, J.-P. :

De la puissance en droit des obligations, Thèse, Université Pierre Mendès France, 1996.

CROCQ, P. :

Propriété et garantie, éd. LGDJ, 1995, Bibl. de droit privé, T. 248, préf. M. GOBERT.

De CARVALHO L. B. :

L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique, préf. G. AUZERO, LGDJ 2018.

DEVÈZE J. :

Lamy droit du financement (Titres et marchés, ingénierie financière, paiement, crédit, garanties du crédit), éd. 2104.

De GERANDO B. :

Traité de la bienfaisance publique, T.1, Paris 1989.

DIBANGUE G. :

La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA, préf. P. RUBELLIN, éd. L'Harmattan, coll. Le Droit aujourd'hui, 2017.

DUPICHOT P. :

Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2005.

FAVRE-ROCHEX C. :

Sûretés et procédures collectives, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2020.

FORTICH S. :

Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel, Thèse en cotutelle de l'Université Panthéon-Assas et Universidad Externado de Colombia, 2016.

GERBAULT P. :

La personne morale garante, Thèse Paris I, 2003, (dir) de Ph. DELEBECQUE.

GOUËZEL A. :

La subsidiarité en droit privé, coll. Recherches juridiques, éd. Economica, 2013, préf. P. CROCQ.

GOUNOT E. :

Le principe de l'autonomie de la volonté : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse droit Dijon, 1912.

GUE Y. H. :

La protection du consommateur en Côte d'Ivoire, Thèse Montpellier 2009.

GRIMAUD D. :

Le caractère accessoire du cautionnement, PUAM, 2001, préf. D. LEGEAIS

GUERRIERO M.-A. :

L'acte juridique solennel, préf. J. VIDAL, Thèse, Paris, LGDJ, 1975.

FABIANI D. :

La cession judiciaire des contrats, Thèse Université de Nice, 1988, spéc. n° 389.

HABASSI-MEBARKI S. :

La protection de la caution, Thèse Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambresis, 2016.

HAUSER J. :

Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse, Paris, LGDJ, 1971.

HUPRELLE L. :

La caution dirigeante, Thèse Université de Montpellier I, 2014.

JACQUEMIN H. :

Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible, éd. Larcier, 2010.

JOUFFIN E. :

Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, préf. Ch. GAVALDA, LGDJ, Biblio. De droit privé, T. 307.

KONATE M. :

L'obligation d'information dans les sûretés personnelles, Thèse Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis 2012.

LE GAC-PECH S. :

La proportionnalité en droit privé des contrats, éd. LGDJ, 2000.

LIGNIÈRES P. :

Les garanties d'emprunt données par les collectivités locales, Litec, Bibl. droit de l'entreprise, 1994.

LITTY O. :

Inégalité des parties et durée du contrat, études de quatre contrats d'adhésion usuels, Thèse, Paris I, LGDJ 1999, coll. Bibl. de droit privé.

MAJDANSKI D. :

Signatures et mentions manuscrites, Thèse Université de Bordeaux, 2000, préf. G. ROUZET.

MAUME F. :

Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, Thèse Université d'Evry-Val-d'Essonne, 2015.

MICHEL C.-A. :

La concurrence entre les sûretés, préf. Ph. DUPICHOT, LGDJ 2018.

MOENECLAY P. :

De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, Thèse Lille 1914.

MONSERIE M.-H. :

Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Litec, 1994.

MOTTET A.

La caution personne physique, Thèse Université de Savoie Mont Blanc, 2005.

MOULY Ch. :

Les causes d'extinction du cautionnement, Bibl. de droit de l'entreprise, 1980, préf. Michel CABRILLAC.

NEMTCHENKO D. :

Le droit des sûretés au prisme de la faute. Contribution à l'analyse de la notion de sûreté, préf. G. PIETTE, PUAM, 2020.

NETTER E. :

Les garanties indemnitaires, Thèse Université de Strasbourg, 2010.

PÉGLION-ZIKA C.-M. :

La notion de clause abusive, préf. L. LEVENEUR, éd. LGDJ 2018, n° 307, p. 209.

PÉTEL Ph. :

Les obligations du mandataire, coll. Biblio. de droit de l'entreprise, T. 20, Litec 1988, préf. M. CABRILLAC.

PICOD Y. :

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, préf. G. COUTURIER

PICOD N. :

La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, coll. Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence, PUAM, 2008.

RAYSSAC M. :

L'adhésion en droit privé, Thèse Bordeaux 2004.

RIFFARD J.-F. :

Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : Contribution à une rationalisation du droit français, LGDJ. 1997.

RIPERT et ROBLOT :

Traité élémentaire de droit commercial par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, T. 2, 17^e éd. LGDJ, 2005.

SEJEAN M. :

La bilatéralisation du cautionnement : le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, préf. D. HOUTCIEFF, LGDJ, 2011.

VIDAL R. :

Cautionnement et responsabilité civile, Thèse Université de Montpellier, 2015.

WESTENDORF H. :

Le transfert des sûretés, éd. Defrénois, coll. de Thèses, Doctorat & Notariat, T. 54, préf. P. CROCQ, A. PRÜM.

ZIO M. :

Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : perspectives d'évolution du cautionnement en Droit OHADA, Thèse Toulouse 1 2014.

III- Articles et Chroniques

AKPOUÉ B. :

« La protection de la caution illettrée », *Cames/ RSJP*, 2015, n° 1, vol. 1, p. 99.

ALBIGES C. :

« L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », *Liber Amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2003, p. 1.

« La caducité et le contrat de cautionnement. État des lieux et perspectives », *Le juriste dans la cité, Mélanges en la mémoire de Ph. NEAU-LEDUC*, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 1.

« La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », *AJC.*, 2017, p. 248.

« La recodification du droit du cautionnement- Formalisme, proportionnalité et obligations d'information, quelles perspectives ?, *in* La réforme du droit des sûretés, (dir) ANDREU L. et MIGNOT M., éd. IUV, coll. Colloques et Essais, 2019, p. 73.

« Responsabilité notariale et cautionnement », *Dr. et patr.* n° 172, 1er juill. 2008, p. 15 et s.

AMRANI-MEKKI S. :

« Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 30 mars 2002, n° 6, p. 355.

ANDREU L. :

« La simplification du droit des sûretés », *in* La simplification du droit, D. BERT, M. CHAGNY, A. CONSTANTIN (dir.), éd. IUV, Lextenso, 2015, n° 14, p. 197.

ANDREU L., PELLIER J.-D. :

« L'incidence de la réforme du droit des obligations sur les sûretés personnelles », *in* Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, (dir). L. ANDREU et M. MIGNOT, éd. IUV. 2017, p. 499.

ANSAULT J.-J. :

« Droit des sûretés septembre 2019/ septembre 2020 », *Dr. et patr.* 1er oct. 2020, n° 306.

« La protection à géométrie variable du constituant d'un cautionnement par acte authentique », *RLDC.*, 2010, p. 36.

ARLIE D. :

« La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution », *LPA*, 3 oct. 2001, n° 197, p. 3.

« À propos du degré de subsidiarité du cautionnement », *LPA* 24 sept. 2018, n° 191, p. 5.

ATIAS C. :

« Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation, l'impossibilité de se prévaloir d'un engagement valable », *D.*, 2003, n° 14, p. 2620.

« Par la grâce du droit : La cause de l'engagement de la caution », *Mélanges en l'honneur de Michel CABRILLAC*, p. 339.

AUBERT J.-L. :

« Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, p. 168.

AVENA-ROBARDET V. :

« Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, p. 2083.

« Réforme des sûretés : présentation de l'ordonnance du 23 mars 2006 » : *D.* 2006, p. 908.

AYNÈS A. :

« Janvier – juillet 2014 : désordre législatif, cohérence jurisprudentielle », *Dr. et patr.* 1^{er} nov. 2014, n° 241.

AYNÈS L. :

« La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr.* 2003, n° 120, p. 29.

« L'obligation de loyauté », *Arch. phil. droit*, 2000, T. 44, p. 195.

« Cautionnement excessif : application dans le temps de la sanction légale », *Dr. et patr.* 2007, n° 155, p. 22.

AYNÈS L., CROCQ P. :

« Le projet de réforme du droit des sûretés » : *RLDC* 2006/25, suppl., p. 91.

BARBIERI, J.-F. :

« Caution avertie et caution profane : la jurisprudence passée a-t-elle de l'avenir ? », *BJS.*, juin 2007, n° 6, p. 713.

BATTIFOL H. :

« La crise du contrat et sa portée », *Arch. ph. droit*, T. XIII, Sirey 1968, p. 13.

BAILLOD R. : « Le droit de repentir », *RTD. civ.* 1984, 226.

BARBAUD M.-O. :

« Le cautionnement disproportionné et les cofidėjusseurs », *RLDC*, déc. 2014, n° 21, p. 29.

BARBIERI J.-F. :

« Caution avertie et caution profane : la jurisprudence passée a-t-elle de l'avenir ? », *BJS.* 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 713.

BARTHEZ A.-S. :

« Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'obligation d'information », *RDC.*, 2008, n° 2, p. 587.

« L'avenir des sûretés personnelles alternatives », *RDBF.* 2016, n° 1, p. 93.

BAZIN É. :

« Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028.

« L'exigence de loyauté dans les contrats de consommation », *RLDA.*, 2008, n° 31.

BÉHAR-TOUCHAIS, M. :

« Information, conseil, mise en garde, compétence etc. Toujours plus d'obligations à la charge du professionnel », *RDC.* 2012, p. 1041.

« Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », *RTD. civ.* 1993, p. 737.

BÉLANGER A., TABI TABI G. :

« Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement, *Les cahiers de droit*, vol. 47, n° 3, sept. 2006, p. 434.

BERNARDEAU L. :

« Le droit de rétractation du consommateur », *JCP*. 2000, I. 218.

BESNARD-GOUDET R. :

« La coexistence de deux régimes pour les cautions dirigeants », *Dr. sociétés*, 2010, étude 16.

BÉZERT A. :

« L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant : un coup d'été dans l'eau ? », *RLDC*, 1 janv. 2018, n° 155, p. 48 et s.

BIARDEAUD G., FLORES P. :

« Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux », *D.* 2007, p. 174.

BICHERON F. :

« N'abusons pas de la clause abusive », *GP.*, 30 avr. 2015, p. 24.

BLANDIN Y. :

« Quelle méthode pour la réforme du droit des sûretés ? », *D. actu.* 4 juill. 2018.

« Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 », *GP.* 26 oct. 2021, n° 37, p. 14.

BONHOMME R. :

« La constitution du cautionnement », *BICC*, 15 oct. 2013, p. 16.

BONJEAN B. :

« Le droit à l'information du consommateur », in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 358.

BORGA N. :

« Réforme du droit des sûretés et procédures collectives : une réforme à ne pas manquer », in *La réforme du droit des sûretés*, (dir) L. ANDREU et M. MIGNOT, coll. coll. Colloques & Essais, éd. IUV. 2019, p. 291.

« Les charmes de l'exclusivité face à la procédure collective ; bientôt le chant du cygne ? », in *Confrontez le droit des sûretés*, coll. actu. dr. entreprise (dir) J. RAYNARD, éd. LexisNexis, mars 2020, n° 1, p. 115.

BOULOC B. :

« Le secret des affaires », *Dr. Prat. Com. Inter.* 1990, n° 1, p. 6.

« Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Rev. soc.* 1992, p. 2

BOURASSIN M. :

« Sûretés et surendettement des particuliers », *LPA*, 10 oct. 2012, p. 4.

« Le droit français des sûretés personnelles », <https://hal.parisnanterre.fr/hal-01487002>, 10 mars 2017, n° 38, p. 11.

« Obligations d'information annuelle des cautions : vivement la réforme ! », *GP.*, 25 févr. 2020, n° 08, p. 69.

« Éligibilité des cautions, y compris dirigeantes, aux procédures de surendettement », *GP.*, 22 oct. 2019, n° 361, p. 61.

« Le droit des sûretés révélé par le droit de la protection des personnes vulnérables », in *confrontez le droit des sûretés ! Sous la coordination de A. BÉZERT et C. GOURET, coll. act. droit de l'entreprise, (dir) J. RAYNARD, éd. LexisNexis, mars 2020, p. 1.*

BREMOND V. :

« Formalisme et proportionnalité du cautionnement à durée indéterminée : assouplissement », *D. actu.* 28 nov. 2017.

BROCARD E. :

« Cautionnement et surendettement », *CDA.* 1998, n° 106, p. 318.

BRUN P. :

« Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patr.* 1998, n° 60, p. 78.

CABRILLAC M. :

« Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », *Mélanges Christian MOULY, Litec 1998, T. 1, p. 293.*

CABRILLAC S. :

« Cautionnement : assouplissement prétorien des exigences légales relatives à la mention manuscrite », *Defrénois*, 7 juin 2018, n° 136, p. 41.

« Cautionnement et exigence d'une mention manuscrite : domaine, contenu, sanction », *Defrénois* 2012, art. 40387, p. 235.

« Le cautionnement notarié », *Dr. et patr.* juill.-août 2008, n° 172, p. 58.

« Droit des sûretés : le cautionnement au centre de toutes les attentions », *Deffrénois*, n° 5, 15 mars 2012, 40387, p. 236.

CABRILLAC S., C. LISANTI C. :

« Le cautionnement : regards croisés Université-Notariat, *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 45.

CATTALANO-CLOAREC G. :

« Le cautionnement disproportionné est désormais mollement sanctionné », *LEDC* 3 nov. 2021, n° 10, p. 2.

CERLES A. :

« Le point sur la protection de la caution personnelle », *Dr. et patr.* n° 117, p. 54 ;

« Le cautionnement et la banque », *Revue banque* 2004, p. 133.

« La mention manuscrite du Code de la consommation : une protection de la caution source de contentieux », *RDBF.*, 2012, doss. 39.

CERLES A., SÉJEAN M. :

« Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 273.

CHAMPAUD C. :

« La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *RJ. com.* 1976, p. 253 et s.

CHAUVEL P. :

« Cautionnement et réticence du banquier », *Mélanges en l'honneur de J. STOUFFLET*, LGDJ, 2001, p. 33.

COUTURIER G. :

« Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois* 2000, art. 37209, p. 885.

« Les relations entre employeurs et salariés en droit français », *in* la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, *Bibl. de droit privé*, T. 261, LGDJ 1996, p. 663.

CREDOT J. :

« La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement », Loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, *Banque et droit*, n° 62, nov.-déc., p. 3.

CROCQ P. :

« Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges en l'honneur de M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 349.

« Sûretés et proportionnalité », *Études offertes du doyen Philippe SIMLER*, éd. Litec 2006, p. 311.

« Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE : Liber Amicorum*, Defrénois, 2005, p. 71.

« Sûretés et procédures collectives : ce qu'il faut retenir de l'année 2004 », *RLDC*, 1er févr. 2005, n° 13.

« La future réforme du droit des sûretés réelles », *RLDC* 2005/20, n° 829.

CUPPERLIER O., GORNY A. :

« L'engagement disproportionné de la caution après la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 relative à l'initiative économique : Réflexions et statistiques », *JCP N.* 2004, 1540, n° 13, p. 1683.

DAURIAC, I. :

« Forme, preuve et protection du consentement », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit autour de M. GOBERT*, Economica, 2004, p. 409.

DE JUGLART M. :

« L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD. civ.* 1945, n° 1, p. 8.

DELATTRE, Ch. :

« Prévention : amélioration de la conciliation », *RPC*, 2009, n° 1.

DELEBECQUE Ph. :

« Le cautionnement et le Code civil ; existe-t-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ. com.* 2004, 226.

« Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, p. 256.

« Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N, I*, 1986, p. 385.

DE LEYSSAC C. L. :

« L'obligation de renseignement dans les contrats », in *L'information en droit privé, travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Y. LOUSSOUARN et de P. LAGARDE*, LGDJ, Biblio. droit privé, 1978, p. 305.

DELVAUX P.-H. :

« Les contrats d'adhésion et clauses abusives en droit belge », *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, Bibl. de droit privé, T. 261, LGDJ 1999, préc. p. 73.

DERRUPE J. :

« Rapport de synthèse », *in* L'endettement, Association Henri Capitant, journées argentines Tome XLVI, LGDJ 1995, p. 23

DECORPS, J.-P. :

« De l'influence de la responsabilité du notaire sur la rédaction des actes qu'il reçoit », *Mélanges en l'honneur de J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 89.

DESHAYES, O. :

« L'acte contresigné par avocat est né (conjugaison à l'imparfait du législatif », *LEDC.*, mai 2011, n° 5, p. 1.

DEVÈZE J. :

« Le cautionnement des entreprises en difficulté : Brèves observations sur la loi du 10 juin 1994 », *LPA.*, 12 oct. 1994, n° 122.

DJOUDI J., BOUCARD F. :

« La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, p. 501.

DONDERO B. :

« La substitution avec garantie dans une opération de cession d'actions : un cautionnement ? », *BJS*, 1^{er} oct. 2017, n° 10, p. 614 et s.

DUMERY A. :

« Cautionnement et Code de la consommation : d'une ambition protectrice à un éclatement progressif », *RLDC*, 1^{er} févr. 2011, n° 79.

DUMONT M.-P. :

« Le formalisme du droit du cautionnement : proposition de réforme », *Études en l'honneur de Philippe Neau LEDUC*, Le juriste dans la cité, LGDJ-Lextenso, 2018, p. 438.

« La nature civile ou commerciale du cautionnement », *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 72.

« Quel avenir pour la caution du débiteur en difficulté », *BJE.*, 1^{er} mai 2019, n° 3, p. 10.

DUPICHOT Ph. :

« L'efficience économique des sûretés personnelles », *LPA*, n° 74 14 avr. 2010.

« Une ordonnance pour plus de sûreté », *BJS*, 1er nov. 2021, n° 11, p. 1.

DUREAU A. P. :

« Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions », *JCP E* 2016, 1304.

EFREMOV R. :

« Le financement et la cession de dette », *RDBF*, mars 2017, n° 3924, Étude 7, p. 20.

ESCHERT G. :

« Garanties des collectivités publiques », *Mélanges offerts à Philippe. SIMLER*, Dalloz-Litec 2006, p. 325.

FABRE-MAGNAN M. :

De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, préf. J. GHESTIN, *Bibl. droit privé Tome 221*, LGDJ, 1992.

FAVARIO T. :

« Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », *RDBF.*, mai-juin 2010, p. 22.

FENOUILLET D. :

« Le code de la consommation ou et pourquoi et comment protéger la caution », *RDC*, 2004, p. 304

FERRIER D. :

« Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *Dalloz Sirey*, 1980, 24^e cahier-chron., p. 177.

FIORI-KHAYAT C. :

« Cautionnement et surendettement des personnes physiques », *GP.*, 2 avr. 2005, n° 92, p. 2

FLOUR J. :

« Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélanges en l'honneur de G. RIPERT*, T. 1, Études générales droit de la famille, 1950.

FONTAINE M. :

« Rapport de synthèse », *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belge, Bibl. de droit privé, T ; 261, LGDJ, 1996, p. 615

FRANÇOIS J. :

« Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, chron. p. 2580.

FRISON-ROCHE M.-A. :

« Rapport de synthèse sur l'échange des consentements », *RJ.com.* 1995, p. 151.

GAREZ, D. :

« Les vices du consentement de la caution », *GP.* 2001, p. 1044.

GAVALDA Ch., J. MENEZ J. :

« Le règlement amiable des difficultés des entreprises », *JCP G* 1985, I, 3196.

GHESTIN J. :

« Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 1, n°50.

« L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 6.

« Introduction à l'échange des consentements », *RJ.com.* 1995, n° spécial, p. 14.

GHESTIN J., MARCHESSAUX-VAN MELLE I. :

« Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, Bibl. de droit privé, T. 261, LGDJ, 1996, p. 1.

GHOZI A. :

« Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives du règlement du passif », *RTD.com.* 1978, 1, n° 2.

GIBIRILA D. :

« La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société in bonis et l'entreprise en difficulté », *LPA*, 31 juill. 2018, n° spéc. 135, Sociétés et entreprises en difficultés, p. 5 et s.

GOUËZEL A. :

« Sûretés et clauses abusives », *RDBF.* 2017, p. 31.

« Mention manuscrite et cautionnement d'un bail d'habitation : entre étonnement et interrogations », *D.* 2018, p. 2380.

GOUËZEL A., BOUGEROL L. :

« Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification, *D.* 2018, p. 678.

GOUT O. :

« La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement », *RLDC.* 2009, n° 66, p. 24.

« Le non-professionnel en droit des sûretés », *RLDC*, mai 2021, n° 192, p. 4.

« Quelle réforme pour les sûretés dans la loi Pacte ? », *AJC.* 2019, 264.

« Le cautionnement réel », in *La réforme du droit des sûretés*, (dir) L. ANDREU et M. MIGNOT, coll. Colloques & Essais, éd. IUV, 2019, p. 93.

GRIGNON-DERENNE X.-F. :

« À propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant » *D.* 2001, p. 1382.

GRIMALDI, C. :

« L'acte sous seing privé, l'acte authentique et l'acte contresigné par un avocat : quelles utilités ? », *JCP E*, n° 1, 7 janv. 2010, 1008, p. 24.

GRIMALDI M. :

« Orientations générales », in *Pour une réforme globale des sûretés*, *Dr. et patr.* n° 140, sept 2005, p. 50.

« L'acte d'avocat : première vue sur un article de l'avant-projet de loi de modernisations des professions judiciaires et juridiques réglementées », *RDC.*, n° 2, avr. 2010, p. 758 et s.

« Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 1996, n° 77, p. 7.

« Projet de réforme du droit des sûretés » : *RDC* 2005/3, p. 782

GRIMALDI M., MAZEAUD D., DUPICHOT Ph. :

« Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.

GROSSER P. :

« La Cour de cassation et l'article 2293 du Code civil », *Mélanges Gilles. GOUBEAUX*, p. 203.

GUERCHOUN, F. :

« Faut-il privilégier le cautionnement authentique », *RLDC.*, n° 59, 1^{er} avr. 2009, p. 3384 et s.

« Les procédures relatives au surendettement et les procédures collectives applicables aux entreprises », in *Les procédures de traitement du surendettement des particuliers*, *Ann. CRCD*, 7 juin 1991, p. 3.

HAEHL J.-P. :

« Les procédures relatives au surendettement et les procédures collectives applicables aux entreprises », in *Les procédures de traitement du surendettement des particuliers*, *Ann. CRCD*, 7 juin 1991, p. 3.

HENRY, L. C. :

« La caution et le sort de la créance garantie dans la procédure collective ouverte contre le débiteur défaillant », *RLDA*, 1^{er} févr. 2018, n° 134.

HENRY X. :

« Les clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? Appréciation du rapport avec l'activité », *D.* 2003, p. 2557.

HEBERT F. :

« La mention manuscrite de la caution d'un bail d'habitation ne concerne pas les actes notariés », *JCP N* 2008, n° 39, 293.

HONORAT J. :

« Société et cautionnement », *Defrénois* 1982, art. 3290, n° 26, p. 1603 à 1604.

HOUIN-BRESSAND C. :

« Cautions, garants et coobligés », *RPC.*, avr.-mai 2008, p. 112.

HOUTCIEFF D. :

« Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003, I, 161.

« La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement, in *Quelle protection pour la caution ?* », *RDBF.*, 2012, n° 5, p. 63.

« Propos sur un formalisme moderne : Les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », *RDC.*, 2004, n° 2, p. 408.

« Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 21.

« Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD. civ.* 2006, p. 191.

« Le dirigeant caution personne physique, cet oublié », *RLDA*, 1^{er} nov. 2021, n° 175.

ISSA-SAYEGH. J. :

« La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer », *Penant* 1991, n° 805, p. 111 et s.

IVANER T. :

« De l'ordre technique à l'ordre technologique », *JCP* 1972, I, 2495.

JALLAMION C. LISANTI C. :

« Le cautionnement, perspectives historiques et contemporaines », *Dr. et patr.* 2008, n° 172, p. 50.

JAMIN C. :

« Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », *Études offertes à Jacques GHESTIN*, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ 2001, p. 450.

« L'acte d'avocat », *D.* 2011, p. 960.

« Surfer sur la vague...Réflexions de *lege ferenda* sur la création d'un acte sous signature juridique », *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 285 et s.

JOBARD-BACHELIER M.-N. :

« De l'utilité de la responsabilité pour assurer l'équilibre intérêts des contractants », *RTD. com.* 1999, p. 327.

JUBAULT Ch. :

« Les 'exceptions' dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », *LPA*, 16 janv. 2003, n° 12, p. 4.

JUILLET C. :

« L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme du droit des sûretés », *JCP N*, 31 mai 2019, p. 1208.

« La fin de la mention manuscrite *ad validitatem* dans le cautionnement des dettes locatives : observations sur l'article 134 de la loi ELAN », *RLDC.*, janv. 2019, p. 21, spéc. n° 11.

JULIENNE M. :

« La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.* 1er juill. 2016, n° 260

KERCKHOVE E., LE CORRE P.-M. :

« Le règlement des situations de surendettement des particuliers », *RPC.*, 1990, n° 193.

LAGARDE X. :

« Avant-propos », in Rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, La documentation française, p. 56.

LAGUEVAQUES, Ch. :

« Commentaire de la réforme : au bonheur des cautions, *RPC.* déc. 2005, p. 296.

LEBLOND N. :

« Réforme des sûretés par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 : simplification et efficacité », *LEDC* 3 nov. 2021, n° 10, p. 1.

LE GALLOU, C. :

« Mentions manuscrites : faire des lignes pour protéger ? », *RLDC*, n° 131, 29 oct. 2015.

LE GAC-PECH S. :

« L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC.* 2012, n° 97.

« Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans le Code civil », *LPA.*, 16 août 2016, n° 119, p. 6 et s.

LEGEAIS D. :

« La caution dirigeante », *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Les droits et le Droit, D. 2007, p. 599.

« Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E*, 2003, II, 1433.

« L'imprévisible du droit des garanties personnelles », *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz 2003, p. 658.

« La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* 2001, p. 68.

« La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », *LPA* 1997, n° 28, p. 4.

« Dispense de formalisme pour les cautionnements par acte d'avocat », *RDBF.*, n° 4, juill. 2011, comm. 132.

« Cautionnement et surendettement », *RDBF.*, n° 5, sept. 2008, comm. 13.

« Une symphonie inachevée » : *RDBF.* mai/juin 2005, n° 3, p. 67.

« La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », *Mélanges au doyen Philippe SIMLER*, Dalloz-Litec 2006, p. 367.

LEGROS, J.-P. :

« La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution », *Rev. soc.* 1998, p. 282.

LEPAGE, A. : « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber Amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz 2003.

LIBCHABER R. :

« Les mésaventures de la contrepartie », *Mélanges en l'honneur du Professeur C. L. De LEYSSAC*, éd. LexisNexis 2018, p. 318.

LICARI F.-X. :

« Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information qui incombe à l'établissement de crédit », *JCP G* 2002, II, 10043.

LIENHARD A. :

« Application dans le temps de la suspension des poursuites contre les cautions personnes physiques », *D.* 2004, p. 1020.

LOISEAU G. : « Les vices du consentement », *CCC.*, 2016, n° 5, dossier 3, p. 16.

LUNTUN, O. :

« L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RDBF.*, n° 4, juill. 2003, doss. 10048.

MACORIG-VENIER F. :

« La protection du dirigeant caution », *CDE.* 2012, dossier 16.

« Du règlement à l'amiable à la conciliation », *RPC.*, 2005, p. 352.

« L'avant-projet de réforme des sûretés de l'Association Henri Capitant et les modifications apportées au livre VI du Code de commerce » *BJE* 1er janv. 2018, n° 1, p. 10

MACQUERON J. :

« Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron », *Ann. fac. droit d'Aix-en-Provence*, 1958 T. 1, n° 50, p. 101 et s.

MAGNIN, F. :

« Une page d'écriture pour la caution », *LPA* 5 et 10 oct. 1994, n°119 et 121.

MAHINGA, J.-G. :

« Portée de l'obligation de la caution en cas de plan de cession », *RPC.*, juill. 2001, p. 96.

MANARA C. :

« L'abus par le consommateur de son droit », *LPA* mai 1998, p. 4.

MARGUÉNAUD J.-P. :

« La protection de la caution par le droit de la consommation », *Ann. fac. de droit de Clermont-Ferrand*

MARIE C. :

« Cautionnement et surendettement ou les cautions oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers », *RPC.*, 1992, n° 2, p. 149.

« Cautionnement et surendettement : une rencontre à risques », *RPC.*, 2004, n° 4, p. 348.

MARTIN L. M. :

« L'information de la caution », *Aspects de droit privé en fin du XX^e siècle, in Études réunies en l'honneur de Michel JUGLART*, LGDJ, 1996, p. 156.

MARTIN D. R. :

« Quel gâchis ! » : *RDBF*. mai/juin 2005, n° 3, p. 72

MARTINEZ B. :

« Présentation de la proposition modifiée de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *REDC*, 1992, p. 83.

MARTY R. :

« Cautionnement et comportement du créancier », *JCP E*, sept. 2007, n° 37, p. 9.

« Délégation de débiteur à titre de garantie et reprise de dette », *LPA*. 30 nov. 2006, n° 239, p. 5.

MAXIME J. :

« Réflexion sur la garantie autonome et la lettre d'intention », *RDC*. 13 sept. 2009, n° 3, p. 50.

MAZEAUD D. :

« La réduction des obligations contractuelles », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Dr. et patr.* mars 1988, n° 58, p. 58 et s.

« L'acte contresigné par avocat », *RDC*, n° 3, juill. 2011, p. 873

« L'endettement des particuliers », in *L'endettement*, travaux de l'association Henri Capitant, journées argentines, T. XLVI, LGDJ 1995, p. 127.

« Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire : la lettre d'intention », in *Dialogues avec M. JEANTIN*, perspectives du droit économique, *D.* 1999, p. 341 et s.

MEDINA A. :

« Formalisme et consentement. Évolution de la jurisprudence », *D.* 2002, chon. 2787.

MESTRE J. :

« D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD. civ.* 1986, p. 101.

MIGNOT M. :

« La notion de caution avertie », *LEDB.*, 1 nov 2010, n° 03, p. 7.

« Présentation générale », in *La réforme du droit des sûretés*, (dir) L. ANDREU et M. MIGNOT, coll. *Colloques & Essais*, éd. IUV, 2019, p. 10.

« La mention manuscrite de la caution », *LPA.*, 9 nov. 2012, n° 225, p. 15.

« Cautionnement réel : un opportun retour à l'ordre », *RLDC*, 2006, n° 992.

MOLFESSIS N. :

« Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit* mai-juin 2000, n° 12, p. 7.

MOLINA L. :

« Les nouvelles exceptions opposables par la caution », *LEDC* 3 nov. 2021, n° 10, p. 3.

MONASSIER, B. MICHEL F. :

« Les sûretés ne sont plus sûres », *Dr. et patr.* 2001, n° 92.

MORVAN P. :

« Absence de validité du cautionnement solidaire signé sous l'emprise d'une violence morale », *D.* 1992, n° 13, p. 166.

MOULY Ch. :

« Abus de caution ? », *RJ.com.* 1982, p. 13.

« La grande mère et le cautionnement omnibus », *RJDA* oct. 1993.

« Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois* 1988, art. 34163, n° 5.

MVONDO P. N. :

« L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des pays africains », *ohada.com/ohadata*, D-06-33.

NAJJAR I. :

« L'autonomie et la lettre de confort », *D.* 1989, chron. 217.

OPPETIT O. :

« L'endettement et le droit », *Mélanges en l'honneur de A. BRÉTON et F. DERRIDA*, Dalloz 1991, p. 295 et s.

PAISANT G. :

« À la recherche du consommateur, pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du rapport direct », *JCP G*, 2003, I, n° 121.

PALVADEAU E. :

« Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* 2012, n° 218, p. 36.

PARDOEL D. :

« Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA*, 3 juill. 2001, n° 131, p. 31.

PARENT A., MACKAAY. E :

« Le cautionnement en droit civil québécois : une analyse économique », avr. 2012, <http://www.analyseeconomiquedudroit.com/Documents-de-recherche.html>

PASQUALINI F. :

« L'imparfait nouveau droit du cautionnement », *LPA*, 3 févr. 2004, p. 3.

PELLIER J.-D. :

« La réforme du droit des sûretés en marche ! ». Étude d'impact du PACTE (Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises », *D. actu.* 25 juin 2018.

« Une certaine idée du cautionnement. À propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant », *D.* 2018, p. 686.

« La réforme du droit des sûretés est lancée », *D. actu.* 2 juill. 2019.

PÉRINET-MARQUET V. H. :

« Le cautionnement pénal », *D.* 1981, chron. 149.

PÉROCHON F. :

« Procédures collectives et cautionnement », *Dr. et patr.* 2008, p. 172.

PEROT-MOREL M.-A.

De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, Thèse Université Grenoble, 1956.

PÉTEL Ph. :

« Les sûretés personnelles dans le nouveau droit des procédures collectives », *CDE.* juill.-août 2009, p. 20.

PICOD N. :

« Droit de la consommation et droit commun : le temps des interférences... », *JCP E* 2016, n°20, 1300, p. 37.

PICOD Y. :

« Le formalisme de la mention manuscrite », *Mélanges F. CHABAS*, éd. Bruylant, 2011, p. 777.

« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1988, I, 3318.

« Cession de dette et droit des sûretés » *AJC* 2017, p. 268.

« Le balancier de l'histoire : le recul de la mention manuscrite de la caution », *AJC.* 2018, p. 445.

« Bonne foi et droit de la consommation », *Mélanges en l'honneur de de Daniel TRICOT*, Dalloz-Litec 2011, p. 121.

« Proportionnalité et cautionnement », *Mélanges en l'honneur de J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 843.

PIEDELIEVRE A. :

« Remarques sur l'infléchissement de la notion personnalité morale par le cautionnement », *GP.* 1982, n° 1, p. 85.

« Les modifications apportées à certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989 », *GP.*, 1990, 1, Doctr., p. 157

PIEDELIEVRE S. :

« Conditions de la responsabilité d'un banquier pour un cautionnement excessif », *Defrénois* 2003, n° 1 3-14, p. 849.

« Pour une réforme du cautionnement », *Mélanges offerts à G. PIGNARRE*, un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 30 oct. 2018, n° 13, p. 644.

« La réforme de certains cautionnements par la loi du 1er août 2003 », *Defrénois*, 15 nov. 2003, n° 21, p. 1371 et s.

« Surendettement et cautionnement », *Defrénois* 15 oct. 2000, n° 19, p. 1073.

« Les garanties du crédit immobilier », *LPA*, 29 avril 1998, n° 51, p. 17.

« Le droit des sûretés confronté à la pratique notariale », in *confrontez le droit des sûretés !* Sous la coordination de A. BÉZERT et C. GOURET, coll. act. de droit de l'entreprise (dir) J. RAYNARD, éd. LexisNexis, mars 2020, p. 57.

PIETTE G. :

« La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. et patr.* 2004, n° 127, p. 44.

« Les faiblesses du cautionnement », *RLDA*, 1^{er} 2008, n° 31, p. 104.

« Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », *RLDA*, 1^{er} fév. 2008, n° 24.

« Le cautionnement dans le nouveau Code de la consommation », *Lexbase Hebdo*, La lettre juridique, 14 avr. 2016, n° 651, p 2.

PIETTE G., NEMTCHENKO D. :

« L'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *Lexbase hebdo.* ed. aff. févr. 2018, n° 540.

POHE-TOKPA D. :

« La caution profane en Droit OHADA : La balkanisation du droit du cautionnement », *Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de J.- P. LABORDE*, p. 162.

« La caution profane en droit OHADA : le cautionnement à deux vitesses », *RLDA*, avr. 2016, n° 114.

POUDRIER-LEBEL L. :

« La libération de la caution par la faute du créancier », *Les cahiers de droit*, 4 déc. 1987, n° 4, vol. 28, p. 939.

PROVENSAL A. :

« Procédures collectives et sûretés personnelles », *GP.*, 11 juill. 2007.

PRÜM A. :

« Protéger les cautions contre elles-mêmes », *RDBF*. 2003, p. 369.

PUYGAUTHIER J.-L. :

« La libération de la caution d'un débiteur solvable », *JCP N* 1997, n° 29, p. 1001.

RABY S. :

« La mention manuscrite et le cautionnement notarié », *JCP N*, 24 déc. 1994, n° 52

RACINE J.-B. :

« Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006 n° 63 p. 37.-53, p. 1940.

RAYNARD J. :

« À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian MOULY*, T. 1, 1998, Litec, p. 138.

RAYNAUD J. : « La solvabilité de la caution », *LPA*. 21 janv. 2000, n° 15, p. 12.

REMOND-GOUILLOUD M. :

« L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP* 1977, I, 2850.

REVET T. :

« Les critères du contrat d'adhésion-article 1110 nouveau du Code civil », *D.* 2016. 1771.

« Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 121.

« Le droit civil hors le Code civil. Présentation », *LPA*, 8 juin 2005, n° 113, p. 3.

RODRIGUEZ K. :

« L'obligation d'information de la caution par le banquier », *LPA*, 30 avril 2019, n° 86, p. 97 et s.

ROMAN B. :

« Loi pour l'initiative économique et l'exigence de la mention manuscrite dans le cautionnement : une réforme malvenue », *GP*. nov. 2003, n° 324, p. 2.

ROMAN D. :

« À corps défendant : La protection de l'individu contre lui-même », *chron. D.* 2007, *chron.* p. 1284.

ROBLOT R. :

« Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *Mélanges offerts à J. DERRUPE*, Les activités et les biens de l'entreprise, Paris, Litec 1991.

SAGAUT J.-F. :

« Variations autour d'une sûreté personnelle sui generis : la promesse de porte-fort de l'exécution », *RDC*. 1er juill. 2004, n° 3, p. 840

SAINT-ALARY R. :

« Regards sur le cautionnement mutuel », *Études en l'honneur de Michel JUGLART*, 1986, p. 171 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN C. :

« La procédure de conciliation et la loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », *RPC.*, 2007, p. 13.

SAINTOURENS B. :

« Certificateurs de caution et sous-cautions : Les oubliés des réformes du droit du cautionnement », *Mélanges en l'honneur de Michel CABRILLAC*, p. 397.

SARGOS P. :

« Le cautionnement : Dangers, évolution et perspectives de réforme », in *Rapport annuel de la Cour de cassation française*, 1986, La documentation française 1987.

« Opération "Glasnot" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *GP*. 14 avr. 1988, I, p. 209.

SAINT-ALARY-HOUIN C. :

« La procédure de conciliation et la loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », *RPC.*, 2007, p. 13.

SAVATIER, X. :

« Les procédures de règlement des situations de surendettement à l'épreuve de la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation* 1992, p. 153.

SCHILLER S. :

« La définition de l'entreprise au secours de la caution », *RDBF.*, 2002, p. 154.

SÉRANDOUR I. :

« Formalisme et proportionnalité du cautionnement : faveur pour le créancier ! », *RLDC*, 1^{er} févr. 2018, n° 156.

SEUBE A. :

« Les conditions générales des contrats », *Mélanges offerts à Alfred JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 628.

SIMLER Ph. :

« Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie. L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 06 juillet 1989 », *Mélanges à l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR*, 2004, p. 754.

« 2006, une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP N*, n° 12, mars 2006, 1109.

« Cautionnement et coobligation », in *Études 105 éléments caractéristiques du cautionnement*, *RLDS*, oct. 2017. Ph. SIMLER,

« Le démantèlement du caractère accessoire du cautionnement », *JCP G* 2011, n° 41, suppl., 8.

« Les sûretés personnelles », in *Rapport GRIMALDI : Pour une réforme globale des sûretés*, *Dr. et patr.* sept. 2005, n° 140, p. 56.

« Et pourtant une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement réel », *JCP G* 2006, I, 172.

« Codifier ou récodifier le droit des sûretés personnelles », in *le Code civil 1804-2004, livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 382.

« Le cautionnement et le Code civil ; existe-t-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ. com.* 2004, p. 226.

« La réforme du droit des sûretés. Un Livre IV nouveau du Code civil » : *JCP G*, 2006, I, n° 124

« Prévention et dispositif de protection de la caution », *LPA* 10 avr. 2003, spéc. n° 72, p. 20.

« Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N*, 1987, I, 199.

« Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *CCC*, mai 2016, dossier 8, n° 13.

« Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP* 1990, I, 3427, n° 13.

« Une réforme à venir : la réforme du cautionnement », in le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, *Dr. proc.* 2006, p. 41.

« Cautionnement », art. 2011-2020, *J.-Cl. droit civil*, 1^{er} fasc., n° 43.

SIMLER Ph., DELEBECQUE Ph. :

« Droit des sûretés », *JCP.*, 1995, I, chron. 3851, p. 248.

SPITZ J.-F. :

« Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred FOUILLÉE », *RTD. civ.* 2007, 281.

STORCK M. :

« L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RLDA* oct. 2008, n° 31, p. 83.

« Cautionnement et procédures collectives », *LPA*, 20 sept. 2000, p. 33.

STOUFFLET J. :

« Retour sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *Mélanges dédiés à Michel CABRILLAC*, Litec 1999.

« La protection du consommateur », *Études offertes au professeur Emérentienne De LAGRANGE*, 1978, p. 235 et 237.

TANO Y. :

« L'inaptitude juridique de l'analphabète », *RID* 1986, n° 3 et 4 p. 108 et s.

TENDER R. :

« Le cautionnement, éphémère des sûretés », *D.* 1981, chron. p. 129.

TERRAY J. :

« Le cautionnement : une institution en danger », *JCP.*, I, 1987, n° 12, 3295.

TESTUF F.-X. : « Le cautionnement-libéralité », *JCP* 1989, I, 3377.

TEXIER M. :

« Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre des procédures organisées », *RTD. com.* 2008, p. 25, spéc. n° 43

THÉRY Ph. :

« La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et patr.* 2001, n° 92, p. 53.

« L'acte contresigné par avocat », *Dr. et patr.* n° 203, mai 2011, p. 64.

TRICOT-CHAMARD I. :

« Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement : suite ou fin ? », *JCP G* 2004, I, 112.

UETTWILLER, J.-J. :

« L'acte d'avocat-Enfin », *JDS*, n° 91, oct. 91, p. 37.

VERDUN F. :

« Surendettement : nouveau dispositif et actualité jurisprudentielle », *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2001, p. 317.

VILLANI D. :

« Les cautions "informées" sont-elles soumises à un régime particulier ?, *RTD. Com.* 1995, p. 291 et s.

VIGNERON B. :

« Cautionnement du dirigeant de sociétés : les conditions de validité et d'exécution », *Dr. et patr.* 1994, 42.

VION M. :

« Information et protection des cautions et emprunteurs en matière de crédit immobilier après la loi du 31 décembre 1989 », *Deffrénois*, 1990, art. 34746, p. 321.

VIRASSAMY V. G. :

« Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD. com.* 1998, p. 179.

VUILLEMIN-GONZALEZ C. : « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, chron. p. 3338.

WICKER G. :

« L'auteur du contrat d'adhésion », *in* Le contrat d'adhésion : perspectives franco-québécoises, (dir). G. CHANTEPIE et M. LATINA, Dalloz 2018, p. 51.

WILLEMS C. :

« De la mise en garde à la dissuasion contractuelle », *Dr et patr.* n° 109, nov. 2002, p. 32.

ZIO M. :

« La clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif », *LPA*, 31 juill. 2018, n° 135, p. 38.

« L'information des consommateurs », *LPA*, 30 avr. 2019, n° 86, p. 80.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus, 75, 242, 255, 263, 309, 457 et s., 621.

Acte :

-**authentique**, 165, 393, 563 et s.

-**juridique**, 148, 165, 200, 527, 531.

-**sous seing privé**, 337, 358, 361, 454, 558 s.

Associés, 54, 81 et s., 100 et s., 203, 206.

Attractivité, 36, 501, 691.

Autonomie de la volonté, 228, 248, 258, 399, 524.

Aval, 84, 376.

B

Bénéfice :

-**de discussion**, 8, 563, 566, 571, 581.

-**de division**, 8, 69, 530, 636.

Bonne foi, 256, 283, 300, 432, 459, 479, 502, 613, 650, 655.

C

Caution :

-**analphabète**, 154, 164, 167, 168.

-**consommateur**, 127, 128, 332.

-**personne physique**, 47, 56, 323 et s., 501 et s., 608 et s.

-**professionnelle**, 69, 256, 567, 634.

Caution profane :

-**critères d'appréciation**, 175, 179, 185, 207.

-**notion**, 54 et s., 61, 133, 180, 720, 723.

-**statut**, 43, 159, 178, 187.

Cautionnement :

-**accessoire**, 8, 14, 238, 327, 334, 350, 624, 666, 699, 701, 706, 714.

-**consensuel**, 334, 335, 338, 344.

-**efficacité**, 31, 37, 129, 224 et s., 316 et s., 474, 512 et s., 612 et s., 718 et s.

-**réforme**, 32, 47, 353.

-**unilatéral**, 144, 145, 146, 148, 149, 364, 372, 530, 599, 613.

Cessation des paiements, 186, 656, 657, 673, 676, 687, 694, 695, 704.

Cession de dette, 13, 16, 20

Conciliation, 670, 675, 676, 677, 682, 685, 686.

Contrat :

-**d'adhésion**, 139 et s., 232 et s.

-**formaliste**, 7, 72, 335, 338, 361, 363, 523.

-**solennel**, 338, 529, 530, 565.

Créancier professionnel, 30, 42, 51, 120 et s.

D

Déchéance, 390, 391, 392, 393, 514, 516, 518, 520, 552, 600 et s.

Délai :

-**réflexion**, 290, 335 et s., 551 et s.

-**rétractation**, 344.

Déséquilibre :

-**contractuel**, 228, 232, 242, 263, 266, 276, 278, 287, 298, 525.

-**significatif**, 142, 143, 262, 269, 270, 272.

Dirigeant caution, 57, 136, 218, 481, 512, 536, 537, 646 et s.

Dol, 169, 409, 428 et s., 618.

E

Effacement de dettes, 663 et s.

Équilibre contractuel, 36, 49, 225 et s., 304, 313, 316, 520.

Erreur, 98, 126, 127, 167, 293, 409 et s.

Exception :

-**purement personnelle**, 350.

-**inopposabilité**, 17, 18, 20.

-**inhérente à la dette**, 349, 350, 665, 666, 707.

-**de défaut subrogation**, 624, 627.

Exigence de transparence, 460, 462, 481.

F

Faiblesse, 36, 86, 116 et s, 230 et s, 316, 328, 398, 450, 452, 546, 591, 675.

Force obligatoire, 225, 284, 342, 401, 706.

Formalisme informatif, 122, 522, 547, 548, 555, 573.

Fraude, 535, 587.

G

Garantie autonome, 18, 19, 20, 27, 33, 686, 691, 699.

Gérant, 84 89, 98, 101 et s., 202, 203, 274, 310, 366, 446.

I

Imprudence, 35, 468, 636.

Incident de paiement, 597, 607 et s.

Incompétence, 120, 122, 185, 241, 468, 479.

Inégalité, 36, 117, 119, 122, 138, 227 et s., 316, 398, 469, 484, 526.

Insuffisance d'actifs, 714, 715.

Interruption :

-des poursuites, 678 et s.

-du cours des intérêts, 691.

J**Justice :**

-contractuelle, 49, 248 et s., 309, 408, 453.

-distributive, 28, 505.

L

Lettre d'intention, 18, 19, 20, 27, 33.

Liberté contractuelle, 12, 229 et s., 315, 460, 477, 525 et s.

Loyauté, 256, 259, 289, 310 et s., 430 et s., 501, 613.

M

Mention manuscrite, 165, 364, 366, 384, 387, 528 et s.

Mesures :

-amiable, 598, 600, 670, 682, 683, 684, 685.

-curative, 592, 675, 695, 696.

-préventive, 338, 592, 593, 671 et s.

N

Négligence, 480, 622, 652.

O

Objet social, 83, 89.

Obligation :

-annuelle d'information

-de couverture, 510, 511, 563.

-de mise en garde, 168, 216, 464 et s., 517, 587.

-de règlement, 511, 595, 623, 628.

-précontractuelle d'information,
468, 475, 483, 496.

-prétorienne, 462, 496.

Ordre public, 142, 229, 335, 390, 408, 488,
523, 572.

P

Personne morale, 80, 87, 90, 104, 347,
469, 560 et s., 673.

Préjudice, 392, 474, 518, 588, 589, 608.

Procédures :

-d'insolvabilité, 632, 633, 634, 716.

-de liquidation judiciaire,

-de redressement judiciaire, 634,
670 et s. 701, 702, 705, 706.

-de sauvegarde, 634, 675, 687, 691,
692, 698, 705.

Professionnel du crédit, 223, 234 et s.,
458, 469, 485, 509.

Proportionnalité, 51, 241 et s., 301, 471 et
s., 500 et s., 724.

Puissance économique, 119, 251, 254,
260, 288.

R

Remise de dette, 349, 350, 670, 684.

Responsabilité, 51, 61, 95, 124, 198, 236,
305 et s., 433 et s., 500 et s., 618.

Rétablissement personnel, 663, 665, 669.

S

Seuil, 264, 272, 274, 276, 512, 592, 656.

Signature, 69, 70, 139, 165, 210, 255, 337
et s., 404 et s., 511 et s.

Solidarisme contractuel, 306, 307, 627.

Solidarité, 5 et s., 65, 78, 297, 306 et s., 571
et s., 613, 624.

Surendettée, 641, 644, 668, 716.

Sûretés :

-personnelle, 4, 12, 18, 27, 232,
318, 495, 686 et s., 700 et s.

-réelle, 11, 22, 377 518, 626.

V

Vice :

-de consentement, 411, 428, 448,
450.

-de violence, 409, 448, 449, 450.

Vulnérable, 43, 144, 150, 200, 214, 238,
382.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	I
ABRÉVIATIONS	III
SOMMAIRE	VIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	9
PREMIÈRE PARTIE : LA QUALITÉ DE CAUTION PROFANE.....	30
TITRE 1 : LA NÉCESSAIRE IDENTIFICATION DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE.....	33
CHAPITRE 1 : LES MODES D'IDENTIFICATION DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE.....	38
SECTION 1 : L'APPROCHE NÉGATIVE DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE	41
§1 : L'exclusion de certaines personnes en raison de leur activité ou fonction	43
A- Les personnes morales exerçant une activité de crédit	43
1- Les établissements bancaires et financiers	46
2- Les sociétés de caution mutuelle	49
B- Les personnes morales n'exerçant pas une activité de crédit.....	50
§2 : L'exclusion de certaines personnes en raison de la maîtrise de l'acte .	54
A- Les dirigeants cautions de leur société	55
B- Les cautions personnes physiques non dirigeantes	59
SECTION 2 : L'APPROCHE POSITIVE DE LA CATÉGORIE DE CAUTION PROFANE	63
§1 : La faiblesse de la caution résultant de ses qualités personnelles	66
A- Une faiblesse due à l'ignorance de la caution	68
B- La faiblesse de la caution en raison de son inexpérience du cautionnement	72
§2 : La faiblesse de la caution liée à la nature du contrat.....	76
A- L'impossibilité de négocier le contrat.....	77
B- L'unilatéralité du contrat de cautionnement.....	80
Conclusion chapitre 1	84
CHAPITRE 2 : LES LIMITES DE L'IDENTIFICATION DE LA CAUTION PROFANE ..	85
SECTION 1 : LA DIVERSITÉ DANS LA QUALIFICATION DE LA CAUTION PROFANE	86
§1 : Les cautions profanes à raison de l'inaptitude à comprendre la nature de l'acte.....	87
A- Les cautions profanes illettrées ou analphabètes.....	89
B- Les cautions profanes lettrées	92
§2 : Les cautions profanes en raison de leur inexpérience des affaires.....	94
SECTION 2 : LA DIVERSITÉ DES CRITÈRES D'APPRÉCIATION	98
§1 : Les critères d'appréciation de la qualité de caution profane	101

A- Le critère tiré de la profession exercée par la caution.....	103
B- Le critère du défaut d'implication de la caution dans l'entreprise cautionnée.....	105
C- Le critère résultant du défaut d'informations de la caution	108
§2 : Le critère prédominant dans l'appréciation de la qualité de caution profane	112
A- La compréhension de l'acte de cautionnement	113
B- La compétence particulière en matière de garantie	114
Conclusion chapitre 2.....	120
Conclusion Titre 1	121
TITRE 2 : LA FONCTION ATTACHÉE À LA CATÉGORIE DE LA CAUTION PROFANE	122
CHAPITRE 1 : LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE CONTRACTUEL.....	123
SECTION 1 : LES RAISONS DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL.....	124
§1 : Les manifestations du déséquilibre existant entre les parties.....	125
A- Le déséquilibre quant à l'accès à l'information	127
1- Déséquilibre lié à la faiblesse de la caution	129
2- La soumission de la caution profane à la volonté créancier.....	131
B- Le déséquilibre quant à la formation du contrat.....	132
1- La disparité des forces économiques.....	135
2- L'inégalité des moyens de contracter	137
§2 : L'appréciation du déséquilibre susceptible de sanction.....	139
A- La nature du déséquilibre	140
B- La nécessité d'un seuil du déséquilibre.....	144
SECTION 2: L'ENCADREMENT DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL	147
§1 : L'information, garantie d'un équilibre contractuel	150
A- L'objet de l'information.....	153
B- La justification de l'information comme moyen d'équilibre du contrat	155
§2 : La proportionnalité contractuelle, source d'équilibre	157
A- L'exigence de solidarité des parties au contrat	160
B- La modération dans la souscription du cautionnement	162
Conclusion chapitre 1 :.....	165
CHAPITRE 2 : LES IMPLICATIONS DU RÉEQUILIBRAGE SUR LE DROIT DU CAUTIONNEMENT	166
SECTION 1: L'ÉCLATEMENT DU DROIT DU CAUTIONNEMENT.....	167
§ 1 : La dispersion des règles du cautionnement.....	168
A- La dispersion hors le Code civil.....	168
B-L' influence progressive du Code de la consommation en matière de cautionnement	171
§ 2 : L'atténuation de certains caractères du cautionnement	174

A-	L'atténuation du consentement en matière de cautionnement	175
B-	L'atténuation du caractère accessoire du cautionnement	180
SECTION 2 :	LES INCERTITUDES SUR LE CHAMP D'APPLICATION DE CERTAINES RÈGLES.....	186
§ 1 :	Les difficultés relatives au champ d'application <i>ratione personae</i>	187
A-	En matière d'exigences formelles	188
B-	En matière d'information de la caution sur l'étendue de la dette cautionnée	193
§ 2 :	Les hésitations quant au champ d'application <i>ratione materiae</i>	199
Conclusion	chapitre 2.....	208
Conclusion	Titre 2.....	209
Conclusion	de la première partie.....	210
DEUXIÈME	PARTIE : LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE.....	211
TITRE 1 :	LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE AU MOMENT DE LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT.....	214
CHAPITRE 1 :	LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE ASSURÉE PAR LES RÈGLES DE FOND.....	217
SECTION 1 :	L'EXIGENCE D'UN CONSENTEMENT EXEMPT DE VICES	218
§ 1 :	Les vices affectant le consentement de la caution profane	219
A-	Le consentement de la caution profane altérée par une erreur	219
1-	L'invocation d'une erreur sur la nature de l'engagement	221
2-	L'invocation d'une erreur sur la solvabilité du débiteur principal.....	225
B-	Le consentement de la caution profane affectée par le dol	227
1-	Les manifestations du dol subi par la caution profane	228
2-	Le dol des parties intéressées à l'opération de cautionnement.....	230
a-	Le dol du créancier à l'égard de la caution profane	230
b-	L'admission du dol provenant du débiteur principal	235
C-	Le consentement de la caution profane extorqué par la violence.....	239
§2 :	La bonne foi et le consentement de la caution profane.....	241
A-	L'exigence de la bonne foi lors de la souscription du cautionnement	242
B-	Le défaut de bonne foi caractéristique d'un dol par réticence	245
SECTION 2 :	L'EXIGENCE D'UN CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ	247
§ 1 :	La protection du consentement de la caution profane par une exigence de transparence	249
A-	L'obligation prétorienne de mise en garde de la caution profane	251
1-	Une obligation inhérente à la qualité de la caution	251
2-	Une obligation subordonnée à un risque d'endettement excessif de la caution.	255
B-	L'obligation précontractuelle d'information à l'égard de la caution profane	259
1-	Le fondement de l'obligation précontractuelle d'information	260
a-	Une obligation justifiée par une asymétrie d'informations	265

b-	Une obligation liée à l'ignorance légitime de la caution.....	266
2-	L'objet de l'obligation précontractuelle d'information.....	268
a-	Le caractère déterminant de l'information.....	268
b-	Une information relative au contenu du contrat ou à la qualité des parties ...	270
§ 2 :	Une protection renforcée par une exigence de proportionnalité.....	272
A-	Les conditions d'admission de la règle de proportionnalité.....	273
1-	Les conditions tenant à la qualité des parties.....	274
2-	Le moment d'appréciation de la disproportion.....	282
B-	Les effets de la disproportion.....	285
	Conclusion du chapitre 1.....	293
	CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE PAR LE FORMALISME	294
	SECTION 1 : L'ENCADREMENT DU CONSENTEMENT DE LA CAUTION PROFANE	298
	PAR L'EXIGENCE DE LA MENTION MANUSCRITE.....	298
§ 1 :	La transformation prétorienne d'une règle de preuve en un moyen de protection de la	299
	caution.....	299
A-	La fonction originelle de la mention manuscrite : une règle de preuve de l'existence	300
	de la garantie.....	300
B-	La mention manuscrite exigée à titre de validité de la garantie par la jurisprudence	304
	304
§ 2 :	Le formalisme à titre de validité imposé par le législateur.....	310
A-	La prescription d'un formalisme avant l'engagement de la caution.....	311
B-	Le formalisme informatif au moment de l'engagement de la caution.....	315
1-	Les mentions manuscrites <i>ad validitatem</i> imposées par les lois de 1989.....	315
a-	Les mentions manuscrites spécifiques au cautionnement d'un bail d'habitation	315
	315
b-	Les mentions manuscrites insérées dans le code de la consommation.....	319
2-	Les mentions manuscrites prescrites par la loi du 1 ^{er} août 2003.....	321
	SECTION 2: LES EXCEPTIONS À LA MENTION MANUSCRITE.....	331
§ 1 :	Les actes dispensés de la mention manuscrite.....	332
A-	L'éviction du formalisme de droit commun de l'acte notarié et l'acte contresigné par	332
	avocat.....	332
B-	L'éviction du formalisme spécial de certaines matières.....	335
§ 2 :	Les implications de la dispense.....	338
A-	L'assouplissement de la reproduction manuscrite des mentions.....	338
B-	La protection de la caution assurée par les professionnels du droit.....	340
	Conclusion du chapitre 2.....	346
	Conclusion du titre 1.....	347
	TITRE 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE LORS DE LA MISE EN	348
	ŒUVRE DE LA GARANTIE.....	348

CHAPITRE 1: LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE EN DEHORS DE TOUTE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ.....	349
§ 1 : Les obligations d'information imposées au créancier.....	350
A- L'information de la caution sur l'état de la dette garantie	350
B- L'information de la caution des difficultés de remboursement du débiteur	356
§ 2 : L'appréciation des obligations d'informations à la charge du créancier	360
SECTION 2 : L'OBLIGATION DU CREANCIER DE RESPECTER LES PRÉVISIONS DE LA CAUTION.....	366
§ 1 : La préservation de l'efficacité du recours subrogatoire de la caution.....	366
A- Un mécanisme de protection aux conditions d'application allégées.....	367
B- Le défaut de subrogation : cause de décharge de la caution de son obligation de paiement	368
§ 2 : L'interdiction de priver la caution de toutes ses ressources.....	369
Conclusion Chapitre 1	371
CHAPITRE 2: LA PROTECTION DE LA CAUTION PROFANE DANS LES PROCÉDURES DE SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS ET D'INSOLVABILITÉ	372
SECTION 1 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LA PROCÉDURE DE SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS	373
§ 1 : L'admission de la caution dans le droit du surendettement des particuliers.....	375
A- L'éligibilité liée à la qualité de la caution	377
B- Une éligibilité justifiée par la situation patrimoniale de la caution.....	383
§ 2 L'effacement des dettes de la caution	389
SECTION 2 : LA PROTECTION DE LA CAUTION DANS LE DROIT DE LA DÉFAILLANCE DES ENTREPRISES.....	393
§ 1 : La protection de la caution dans les procédures préventives	396
A- Le bénéfice de l'interruption des poursuites individuelles.....	396
B- L'arrêt du cours des intérêts au profit de la caution.....	404
§ 2 : La protection de la caution dans les procédures curatives	408
A- Une protection améliorée dans le redressement judiciaire.....	409
B- L'intangibilité de l'engagement de la caution dans la liquidation judiciaire	414
Conclusion Titre 2.....	424
Conclusion de la deuxième partie	425
CONCLUSION GÉNÉRALE	426
BIBLIOGRAPHIE	428
INDEX ALPHABÉTIQUE	465
TABLE DES MATIÈRES	470

Résumé en français :

Le cautionnement contemporain est marqué par la diversité des personnes impliquées dans l'opération juridique, dont la dangerosité invite à un traitement et une application différenciés de règles qui le régissent. À cet égard, la jurisprudence a consacré la notion de caution profane, laquelle bénéficie de son indulgence. Considérée comme la partie faible et vulnérable du contrat de cautionnement, elle désigne toute caution personne physique qui n'est pas mesure de comprendre la nature de son engagement et d'en apprécier la portée, au regard de ses connaissances et de sa compétence. À défaut d'une réforme globale, les réformes législatives successives du droit du cautionnement ont étendu les règles nouvelles à toutes les personnes physiques, quelles qu'elles soient, affaiblissant ainsi, le cautionnement dont la fonction est d'assurer le crédit.

Le législateur s'est donné pour objectif dans la loi n° 2019-486 du 22 mai, dite loi Pacte, de réformer le droit des sûretés afin de renforcer son efficacité et, à propos du cautionnement, conforter la sécurité des créanciers et assurer la protection de la caution personne physique.

La qualité de caution profane, bien qu'indispensable dans l'application prétorienne des règles du droit du cautionnement, n'a malheureusement pas été consacrée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, qui rentrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

Cette étude entend contribuer à la reconnaissance légale de la qualité de caution profane afin de réduire l'application casuistique qui en est faite par la jurisprudence.

Titre et résumé en anglais :

Layman surety

Contemporary surety bonds are marked by the diversity of the people involved in the legal operation, whose dangerousness calls for a differentiated treatment and application of the rules that govern it. In this regard, case law has enshrined the notion of layman surety by proceeding by one, which benefits from its indulgence. Considered to be the weak and vulnerable part of the surety contract, it designates any surety natural person who is unable to understand the nature of his commitment and to assess its scope, in the light of his knowledge and competence. In the absence of a comprehensive reform, successive legislative reforms of surety law have extended the new rules to all natural persons, whoever they are, thus weakening the surety bond whose function is to ensure credit.

The legislator has set himself the objective in Law n°. 2019-486 of may 22, known as the Pacte Law, to reform the law of securities in order to strengthen its effectiveness and, with regard to surety, to strengthen the security of creditors and ensure the protection of the surety natural person.

The quality of layman surety, although essential in the praetorian application of the rules of surety law, was unfortunately not enshrined in Ordinance n°. 2021-1192 of September 15, 2021 reforming the law of sureties, which will come into force on January 1, 2022.

This study intends to contribute to the legal recognition of the quality of layman surety in order to reduce the casuistic application which is made of it by case law.

Discipline :

Droit Privé et Sciences Criminelles

Mots-clés :

Avertie, Cautionnement, Déséquilibre, Compétence, Inégalité, Profane

Intitulé et adresse de la faculté ou du Laboratoire :

UR CDE, Université Montpellier, Faculté de Droit et Science Politique, Bâtiment 1, 39 rue de l'Université 34060 Montpellier cedex 2