

# LE CAUTIONNEMENT

---

Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers un créancier à payer la dette d'un débiteur en cas de défaillance de ce dernier. Le cautionnement constitue donc une sûreté personnelle, généralement définie comme l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette, la caution disposant d'un recours contre le débiteur principal garanti.

**L'évolution contemporaine du droit du cautionnement** a été marquée par l'extension de la protection des cautions, notamment des profanes et des personnes physiques. En raison de la gravité de l'engagement conclu – payer la dette d'autrui –, le législateur et le juge ont, de concert, multiplié les devoirs à la charge des créanciers. Précisément, c'est essentiellement hors du Code civil que cette évolution s'est initialement réalisée : le Code de la consommation est progressivement devenu le siège de la protection des cautions personnes physiques. Or une telle protection, assurément nécessaire, engendre un remarquable contentieux, au risque d'entraver à l'excès l'efficacité des cautionnements conclus, en négligeant leur finalité de garantie. Aussi, il fut jugé très tôt indispensable de restaurer l'efficacité du cautionnement. Faute d'habilitation législative, la réforme du cautionnement ne put être réalisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 réformant les sûretés. En revanche, l'article 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (loi Pacte) avait habilité le Gouvernement à réformer le droit des sûretés en général, et en particulier à « réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique ».

Le droit du cautionnement est désormais réformé, par **l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés**. Selon le Rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée, **la sécurité juridique et le renforcement de l'efficacité du cautionnement** constituent les deux objectifs poursuivis. Le Rapport met ainsi en évidence, notamment, l'unification des règles, leur simplification ainsi que la remise en cause de certaines solutions jurisprudentielles vues comme sources d'insécurité juridique.

## **Dispositions transitoires de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021**

Les dispositions issues de l'ordonnance sont entrées en vigueur le **1<sup>er</sup> janvier 2022** (art. 27, I, al. 1<sup>er</sup>).

Ainsi, les cautionnements conclus avant cette date « demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public » (art. 27, II).

Toutefois, **certaines dispositions sont applicables dès le 1<sup>er</sup> janvier 2022, même à des contrats conclus antérieurement. Il s'agit des articles 2302 à 2304 du Code civil issus de l'ordonnance**, relatifs aux obligations d'information imposées aux créanciers professionnels (art. 27, III).

*\* Sauf indication contraire, la numérotation des dispositions mentionnées dans le fascicule est celle applicable depuis 1<sup>er</sup> janvier 2022.*

## SECTION 1. LA SPECIFICITE DU CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est un contrat original à plus d'un titre. On s'en convaincra en étudiant les caractères du cautionnement (§1) puis les différentes figures du cautionnement (§2).

### § 1. Les caractères du cautionnement

Le cautionnement est un contrat unilatéral par lequel la caution s'engage à exécuter l'obligation du débiteur – l'obligation principale garantie – en cas de défaillance de ce dernier (C. civ., art. 2288).

Le cautionnement engendre une **obligation accessoire**. Le caractère accessoire constitue la principale originalité de l'obligation de la caution, qui s'explique par l'objet même de l'obligation : payer la dette du débiteur principal si celui-ci est défaillant. L'obligation de la caution est ainsi calquée, moulée sur celle du débiteur garanti. Plusieurs conséquences résultent de ce caractère accessoire de l'obligation de la caution :

- Le cautionnement est subordonné à la dette principale. La disparition ou la modification de l'obligation principale doit donc, en principe, rejaillir accessoirement sur l'obligation de la caution (C. civ., art. 2313, al. 2). Si le contrat générateur est annulé ou résilié, le cautionnement n'a pas d'objet. Si l'obligation principale est éteinte en raison d'un paiement, d'une remise de dette, d'une compensation ou en raison de l'écoulement du temps, le cautionnement devient accessoirement caduc. Il en va toutefois différemment dans une hypothèse : celui qui se porte caution d'une personne physique dont il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter demeure tenu de son engagement (C. civ., art. 2293, al.2).
- La caution ne saurait être tenue plus sévèrement que le débiteur principal. Le cautionnement ne peut donc excéder la dette accessoirement garantie, par ses modalités, son étendue, sa durée.

### § 2. Les figures du cautionnement

**Le cautionnement peut être simple ou solidaire.** Simple, le cautionnement ne présente pas de spécificité particulière : il est soumis aux règles applicables aux contrats de cautionnement. La solidarité présente en revanche quelques particularités. Rappelons que la solidarité « entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette » (C. civ., art. 1313) et que la solidarité, au moins en matière civile, ne se présume pas (C. civ., art. 1310). Ainsi, des époux se portant caution d'une même dette, mais par des actes distincts et pour des montants différents, ne peuvent pas être considérés comme des cautions solidaires (Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 27 nov. 2019, n° 17-20.787).

- La solidarité peut d'abord être stipulée entre la caution et le débiteur. Ce cautionnement solidaire exclut alors le bénéfice de discussion, de sorte que le créancier peut agir contre la caution sans avoir à discuter préalablement dans ses biens le débiteur principal (à ce sujet, v. *infra*).
- La solidarité peut ensuite être stipulée entre les cautions seulement. Ce cautionnement solidaire exclut le bénéfice de division lors des poursuites du créancier (à ce sujet, v. *infra*), et non le bénéfice de discussion. La dette de chacune des cautions solidaires demeure autonome, mais les exceptions touchant à l'une des obligations, tel qu'un

paiement ou une remise de dette, bénéficient à toutes les cautions. En ce sens, l'article 1350-2 du code civil dispose que « La remise consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal, mais libère les autres à concurrence de sa part ».

**Le cautionnement peut être civil ou commercial.** L'article L. 110-1, 11° du code de commerce, issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021, énonce désormais que le cautionnement de dettes commerciales, entre toutes personnes, constitue un acte de commerce.

Certaines figures particulières doivent enfin être mentionnées :

- Le **sous-cautionnement**, d'abord, est le contrat par lequel un tiers garantit le recours de la caution contre le débiteur. La sous-caution est, en d'autres termes, une caution du débiteur au bénéfice de la caution (C. civ., art. 2291-1).
- Le **certificat de caution**, ensuite, est le contrat par lequel un tiers, le certificateur de caution, s'engage à payer le créancier au cas où la caution elle-même serait défaillante (C. civ., art. 2291).

## SECTION 2. LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT

La formation du cautionnement est soumise à de nombreuses règles, progressivement enrichies afin de remédier aux dangers inhérents à ce contrat. Si le cautionnement obéit avant tout au droit commun des contrats, ses spécificités ont justifié un accroissement du formalisme, réformé par l'ordonnance du 15 septembre 2021 (§1). D'autres règles doivent être respectées lors de la conclusion du contrat, qu'il s'agisse du devoir de mise en garde (§2), des règles issues du droit des régimes matrimoniaux (§3) ou des règles issues du droit des sociétés (§4).

### § 1. Le formalisme

Initialement, c'est à titre de preuve du contrat de cautionnement qu'un écrit pouvait être exigé (A). Mais, progressivement, l'écrit fut imposé, dans certains cas, à titre de validité du contrat (B).

#### A. Le formalisme ad probationem

Le cautionnement est en principe soumis aux dispositions de l'article 1376 du code civil (anc. art. 1326, antérieurement à la réforme du droit des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), 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 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* ».

Cette mention est requise à des  **fins probatoires** , même si, un temps, la Cour de cassation en fit une exigence à titre de validité du cautionnement. Ainsi, si la mention est incomplète, voire inexistante, l'acte n'est pas nul (Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 15 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 348), mais il est insuffisant à constituer une preuve littérale. Tout au plus peut-il constituer un commencement

de preuve par écrit, nécessitant d'être corroboré par d'autres éléments dont la valeur est souverainement appréciée par le juge.

À noter que le champ d'application de cette mention est en pratique résiduel. En effet, dans de nombreuses hypothèses, l'écrit est imposé pour la validité du contrat de cautionnement.

### B. Le formalisme ad validitatem

L'objectif de **protection des cautions personnes physiques** a conduit, ces dernières années, à une prolifération anarchique de règles spéciales, hors du Code civil. Le but, qui peut paraître illusoire, fut en effet d'attirer l'attention des garants sur la **gravité de l'engagement** qu'ils concluent, tout en imposant des **limites à l'étendue de leur obligation**. Il reste que le développement de ce formalisme représente, compte tenu du contentieux qu'il suscite, une importante cause d'altération de l'efficacité cautionnement. C'est la raison pour laquelle **l'ordonnance du 15 septembre 2021** remédie à ces lacunes. Afin de **restaurer l'efficacité du cautionnement**, le formalisme du cautionnement est en effet simplifié. Seront donc distingués les contrats antérieurs à l'ordonnance portant réforme des sûretés (1) des contrats conclus postérieurement (2).

#### 1) Les contrats conclus antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2022

Le Code de la consommation est le siège de nombreuses règles relatives à la protection des cautions personnes physiques (**C. conso., anc. art. L. 331-1 et s.**).

En l'occurrence, un important formalisme, source d'un inépuisable contentieux, doit être respecté. On en étudiera le champ d'application ( $\alpha$ ) puis le contenu et les sanctions ( $\beta$ ).

##### $\alpha$ ) Le champ d'application

Ces règles sont applicables à tout cautionnement conclu par une personne physique et un créancier professionnel.

Toute **personne physique** est donc concernée : il est indifférent que la caution soit avertie ou ne le soit pas, que la caution soit un dirigeant ou non, etc.

Le **créancier professionnel** est défini comme « *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 elle n'est pas principale* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910).

Enfin, l'exigence de la mention manuscrite ne s'impose que dans les **actes sous signature privée**, et non pour des cautionnements conclus par acte authentique ou par acte contresigné par avocat (s'agissant de ce dernier acte, l'article 1374, al. 3, du code civil, prévoit expressément que cet acte est « *dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi* »).

##### $\beta$ ) Le contenu et les sanctions

Rappelons à titre liminaire que l'article **L. 331-1** du code de la consommation dispose 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 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" ».

Cette mention est requise à **peine de nullité** du contrat de cautionnement. Précisément, il s'agit d'une nullité relative, de sorte que l'acte peut être confirmé, par exemple par une exécution volontaire de la caution en connaissance de cause (Cass. com., 15 févr. 2013, n° 12-11.720).

La Cour de cassation a admis que la mention puisse être écrite par une tierce personne. C'est le cas lorsque la caution elle-même est dans l'incapacité d'écrire, à condition qu'il soit procédé à la rédaction à la demande de la caution et en sa présence (Cass. com., 20 sept. 2017, n° 12-18.364 : dans cet arrêt, la caution avait toutefois pu signer le contrat après que la mention manuscrite fut écrite. Pour la Cour de cassation, ces circonstances établissaient « *la conscience et l'information de la caution sur son engagement* »). À défaut, un acte authentique serait nécessaire (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juill. 2015, n° 14-21.763).

**La mention doit être reproduite fidèlement.** Pour autant, **toutes les erreurs ne sont pas sanctionnées par la nullité** du contrat de cautionnement. En somme, ce qui importe, c'est que les différences « *n'affectent, ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite* » (Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 2004, *Bull. civ. I*, n° 254 ; Cass. com., 9 nov. 2022, n° 21-16.403).

**Aussi la nullité n'est-elle pas encourue si le défaut d'identité de la mention manuscrite avec celle exigée résulte :**

- D'une simple erreur matérielle (Cass. com., 5 avril 2011, n° 09-14.358) ;
- D'une faute d'accord (Cass. com., 6 juill. 2022, n° 20-17.355, l'acte indiquant « *mes revenus et bien* ») ;
- De l'ajout de termes ne modifiant ni la portée, ni le sens de l'engagement (Cass. com., 21 avr. 2022, n° 20-23.300) ;
- D'une substitution de mots synonymes (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avr. 2013, n° 12-18.544), tels que le remplacement du mot « *prêteur* » par celui de « *banque* », ou encore du terme « *délai* » au lieu du terme « *durée* » ; ou d'une adjonction de mots (Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-20.621). La Cour de cassation veille toutefois à ce que cela n'affecte pas l'intelligibilité de la mention manuscrite. L'erreur ne doit en effet pas rendre la compréhension de l'acte plus difficile pour la caution (Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-23.130).
- Si le nom du débiteur garanti figure dans l'acte de cautionnement, fût-ce à un autre endroit (Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25.128).

**La jurisprudence a par ailleurs fait œuvre créatrice**, en prenant quelques libertés avec les dispositions du code de la consommation. Certaines erreurs dans la rédaction de la mention n'ont pas été sanctionnées par la nullité, mais par une **adaptation de l'étendue de l'engagement de la caution**, ainsi que par une **adaptation de l'étendue du droit de gage général du créancier** :

- C'est le cas si certains mots sont omis. Par exemple, si la mention de la caution ne comporte pas les termes « *revenus* » ou « *biens* », l'engagement n'est pas nul mais limité, soit à hauteur des revenus, soit à hauteur des biens (Cass. com., 27 janv. 2015, n° 12-24.778). Une

telle sanction permet ainsi de restaurer l'efficacité du cautionnement, qui aurait certainement dû être nul à la lecture des dispositions du code de la consommation, sans méconnaître la protection de la caution.

- De la même manière, l'omission du terme « *intérêts* » limitera l'engagement de la caution au principal (Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24.706).
- Néanmoins, lorsque la caution indique s'engager « *sur mes biens ou mes revenus* » au lieu de « *sur mes biens et mes revenus* », la mention est irrégulière, en ce qu'elle affecte le sens et la portée de l'engagement quant à l'assiette du gage du créancier (Cass. com., 5 avril 2023, n° 21-20.905).

En revanche, **il est exigé à peine de nullité que :**

- L'acte comporte une durée de l'engagement de caution (Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-20.202). La mention exige donc une « *durée précise* » (Cass. com., 13 déc. 2017, n° 15-24.294).
- Le montant de l'engagement soit inscrit.
- La signature suive la mention manuscrite. Ainsi, s'agissant d'une caution ayant apposé sa signature sous les clauses pré-imprimées de l'acte, alors que la mention manuscrite se trouvait à la page suivante, la Cour de cassation a considéré que le cautionnement devait être frappé de nullité, peu important l'existence d'un paraphe apposé sur la page où la mention avait été reproduite (Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-11.825). Toutefois, la Cour de cassation a pu admettre la validité du cautionnement dès lors que la mention manuscrite, « *qui figure sous la signature de la caution, est immédiatement suivie du paraphe de celle-ci* » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 sept. 2016, n° 15-19.543).

**La conclusion d'un cautionnement solidaire est soumise à la reproduction d'une mention supplémentaire.** En effet, l'article L. 331-2 du code de la consommation dispose :

*« Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution fait 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 " ».*

Si la stipulation de solidarité impose donc une mention spécifique, l'irrégularité de la mention n'est cependant pas sanctionnée par la nullité. L'irrégularité fait en effet dégénérer le cautionnement solidaire en cautionnement simple (Cass. com., 14 nov. 2019, n° 18-15.468).

## 2) Les contrats conclus postérieurement à la réforme des sûretés

### **Le nouveau formalisme (Ord. n° 2021-1192 du 15 septembre 2021)**

« Art. 2297.-À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même 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 différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

« Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise

ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices.

« La personne physique qui donne mandat à autrui de se porter caution doit respecter les dispositions du présent article ».

Les apports de la réforme du droit des sûretés, en matière de formalisme du contrat de cautionnement, sont nombreux :

- En premier lieu, l'ordonnance procède à une **unification des dispositions** jusque-là éparses en matière de mentions manuscrites. Désormais, c'est la mention manuscrite mentionnée au nouvel article 2297 du code civil qui devra être reproduite.
- En deuxième lieu, **le champ d'application des contrats soumis à la mention est étendu**. Tous les contrats conclus par une caution personne physique sont en effet soumis à cette exigence, **quelle que soit la qualité du créancier** – professionnel, ou non professionnel.
- En troisième lieu, **le contenu de la mention évolue**, à plusieurs égards. À la différence des dispositions applicables antérieurement à la réforme, **la loi n'impose pas la reproduction d'une mention pré-rédigée**. Cela pourrait toutefois ne pas empêcher que se développe un nouveau contentieux, chaque fois qu'il conviendra de s'interroger, en fonction de la rédaction de la mention, sur la clarté de celle-ci et la portée exacte de l'engagement de la caution personne physique. Si la rédaction de la mention est relativement libre, il est toujours exigé que l'acte indique un montant « en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres », le problème de la différence des montants étant résolu en faveur de « *la somme écrite en toutes lettres* ». En revanche, **l'exigence de l'indication d'une durée de l'engagement de la caution disparaît**.
- En quatrième lieu, **la forme de la mention évolue**, puisque la mention pourrait n'être pas manuscrite, mais être apposée sous forme électronique, la signature étant elle-même électronique. En effet, l'exception que prévoyait l'article 1175 du code civil, pour les sûretés, est supprimée.
- En dernier lieu, la renonciation aux bénéfices de discussion et de division (sur lesquels, v. *infra*) fait l'objet d'une mention spécifique. Pour que la caution soit privée de ces bénéfices, la mention doit en effet l'indiquer clairement, conformément aux dispositions du nouvel article 2297, al. 2, du code civil.

## **§ 2. Le devoir de mise en garde**

Développé par la jurisprudence (A), le devoir de mise en garde des cautions vient d'être consacré par la réforme du droit des sûretés (B).

### **A. Le développement jurisprudentiel**

La jurisprudence a progressivement imposé un devoir de mise en garde de la caution. Précisément, ce devoir est dû par les **créanciers professionnels** aux **cautions non averties**. La caution avertie, qui n'est donc créancière d'aucun devoir de mise en garde, est celle qui dispose des compétences et connaissances suffisantes pour apprécier la gravité de son engagement, ce qui suppose d'apprécier les fonctions et qualités de la caution, étant précisé, d'une part, qu'il revient au créancier de prouver que la caution est avertie, et d'autre part, qu'en présence d'une personne morale, le caractère averti de la personne morale s'apprécie en la personne de son représentant (Cass. com., 4 janv. 2023, n° 15-20.117). De manière générale, sont par exemple

retenus, afin de vérifier la qualité de la caution : sa compétence en matière de financement, la durée des fonctions exercées dans l'entreprise cautionnée, l'implication dans le financement de l'entreprise. La seule fonction de dirigeant est donc insuffisante à qualifier la caution d'avertie.

**L'objet du devoir de mise en garde** a progressivement été précisé par la jurisprudence. En dernier lieu, la Cour de cassation a précisé que le devoir de mise en garde de la caution non avertie ne pesait sur le créancier professionnel que lorsqu'au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté à ses propres capacités financières ou qu'il existe un risque d'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur. En revanche, le devoir de mise en garde ne porte pas sur l'opportunité ou les risques de l'opération financée (Cass. com., 11 mars 2020, n° 19-11.151).

Par ailleurs, c'est à la caution de démontrer qu'au jour de la conclusion du contrat de cautionnement, son engagement n'était pas adapté à ses capacités financières ou qu'il existait un risque d'endettement né de l'octroi du prêt consenti au débiteur principal (Cass. com., 5 févr. 2020, n° 18-21.444 ; Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-16.277).

Le **manquement au devoir de mise en garde** est sanctionné sur le fondement de la responsabilité civile, afin que soit réparé le préjudice subi par la caution. Ce préjudice consiste, le plus souvent, dans la perte de chance de ne pas avoir contracté ou d'avoir contracté à d'autres conditions.

### B. La consécration légale

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

« Art. 2299.-Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier.

« A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci ».

La réforme du droit des sûretés consacre le devoir jurisprudentiel de mise en garde des cautions personnes physiques.

Le **champ d'application *ratione personae*** de ce devoir est différent des nouvelles règles relatives au formalisme du cautionnement. En effet, ce devoir bénéficie à toutes les **cautions personnes physiques** – et non plus seulement les cautions non averties –, le débiteur de ce devoir de mise en garde étant les **créanciers professionnels**. La définition du créancier professionnel, progressivement dégagée par la jurisprudence, conserve donc toute son importance, ici. En outre, il ne sera plus nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si la caution est avertie ou ne l'est pas : toutes les cautions personnes physiques sont désormais créancières du devoir de mise en garde.

Quant au **domaine *ratione materiae*** du devoir de mise en garde, celui-ci ne s'impose que lorsque l'engagement du débiteur est inadapté à ses capacités financières. L'étendue du devoir est donc, de ce point de vue, quelque peu différente de celle élaborée par la jurisprudence.



La **sanction** est conforme à la jurisprudence relative au devoir de mise en garde. En effet, une déchéance s'applique en cas de méconnaissance du devoir de mise en garde, mais la déchéance ne s'applique qu'à hauteur du préjudice subi par la caution.

### **§ 3. Le droit des régimes matrimoniaux**

L'hypothèse est celle où le cautionnement est donné par un **époux commun en biens**. La question intéresse tant les pouvoirs des époux que l'étendue du droit de poursuite du créancier bénéficiaire d'un cautionnement.

L'article 1415 du code civil envisage la conclusion d'un cautionnement en présence d'époux communs en biens : « *Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres* ».

Aucune difficulté ne se présente si le cautionnement est donné par les deux époux, expressément. En revanche, **si le cautionnement est donné par un seul des époux, l'article 1415 impose une restriction du gage commun** du créancier bénéficiaire du cautionnement. Si le cautionnement n'est donné que par un seul des époux, le cautionnement est en effet limité aux biens propres et aux revenus de l'époux caution, à l'exclusion des biens communs.

Lorsque les deux époux se portent l'un et l'autre caution de la même dette, mais dans des actes séparés, l'article 1415 du code civil s'applique, les époux n'ayant pas donné leur consentement exprès au cautionnement de l'autre (Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-18.644). Chaque époux sera donc tenu, pour son engagement respectif, sur ses biens propres et revenus, à l'exclusion des biens communs.

L'époux ayant donné son consentement exprès au cautionnement conclu par son conjoint ne bénéficie en revanche pas de protection particulière. En effet, il ne bénéficie pas lui-même des règles applicables au cautionnement. Autrement dit, le consentement de l'époux ne lui confère pas la qualité de partie à l'acte (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 2020, n° 19-15.729 : en l'espèce, l'époux ayant donné son accord exprès au cautionnement de son conjoint n'était créancier d'aucune obligation d'information ni d'aucun devoir de mise en garde).

### **§ 4. Le droit des sociétés**

Seront ici rappelées les principales règles en matière de cautionnement conclu par une société. Ces règles doivent être envisagées sous l'angle de l'objet social et de l'intérêt social.

Au regard de **l'objet social**, il convient de distinguer selon la forme des sociétés :

- Dans les sociétés à risque limité (SARL, sociétés par actions), le principe est que le dépassement de l'objet social est inopposable aux tiers de bonne foi. L'acte engage donc la société caution.
- Dans les sociétés à risque illimité (SNC, sociétés civiles), le principe est à l'inverse que le dépassement de l'objet social n'engage pas la société, à moins que l'acte ait été autorisé par décision unanime des associés ou lorsqu'il existe une communauté suffisante d'intérêts entre la caution et le tiers cautionné.

Au regard de **l'intérêt social**, la distinction s'impose aussi selon les formes sociales :

- Dans les sociétés à risque limité, la jurisprudence retient que la méconnaissance de l'intérêt social ne suffit pas à entraîner la nullité du cautionnement (Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504).
- Dans les sociétés à risque illimité, la solution est en revanche plus rigoureuse, puisque si l'acte de cautionnement méconnaît l'intérêt social, en particulier car l'acte risquerait de mettre en péril l'existence de la société, il s'agit d'une cause d'inefficacité de la garantie. Le fait qu'une décision unanime des associés approuvant le cautionnement est du reste indifférent, de même qu'il importe peu que l'acte entre dans l'objet statutaire de la société (Cass. com., 6 janv. 2021, n° 19-15.299).

Des **interdictions** de conclure un contrat de cautionnement sont par ailleurs édictées. Ainsi, à peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants et associés d'une SARL autres qu'une personne morale, de faire cautionner, par ladite société, leurs engagements envers les tiers (C. com., art. L. 223-21). Une telle interdiction est également applicable dans les sociétés anonymes. En effet, les administrateurs, dirigeants, membres du directoire et membres du conseil de surveillance, autres qu'une personne morale ne peuvent pas faire cautionner par la société leurs engagements envers les tiers (C. com., art. L. 225-43 et L. 225-91).

Enfin, un **contrôle** est parfois imposé. Ces règles sont relatives au contrôle des conventions dites réglementées. Dans les sociétés anonymes, la conclusion du cautionnement est en effet subordonnée à une autorisation du conseil de surveillance ou du conseil d'administration (C. com., art. L. 225-35, al. 4 ; L. 225-68, al. 2 ; L. 225-38).

### SECTION 3. L'EXECUTION DU CAUTIONNEMENT

L'exécution du contrat de cautionnement a vocation à intervenir en cas de défaillance du débiteur. La mise en œuvre des poursuites (§2) peut toutefois rencontrer divers obstacles, lorsque la caution invoque des moyens de défense contre le créancier (§3). En toute hypothèse, des informations peuvent être dues par le créancier avant l'exécution de la sûreté (§1).

#### § 1. L'information préalable à l'exécution

Le souci de protection des cautions a justifié le développement d'obligations d'information à la charge des créanciers. Antérieurement à la réforme du 15 septembre 2021, ces obligations ont été multipliées (A), si bien qu'une évolution des dispositions s'imposait. Aussi, la réforme des sûretés simplifie ces obligations (B).

##### A. Les obligations d'information antérieures à la réforme

	Débiteur de l'information	Créancier de l'information	Cautionnement	Information	Échéance	Sanction
<b>C. mon. fin., art. L. 313-22</b>	<i>Établissement de crédit ; sociétés de financement</i>	<i>Caution personne physique ou morale</i>	<i>Cautionnement d'un concours financier à une entreprise</i>	<i>- Montant du principal, intérêts, commissions au 31 décembre - Terme de l'engagement</i>	<i>Au 31 mars chaque année, au plus tard</i>	<i>Déchéance des intérêts depuis la dernière information jusqu'à la nouvelle information</i>

<b>C. civ., art. 2293, al. 2</b>	<i>Tous les créanciers</i>	<i>Caution personne physique</i>	<i>Cautionnement indéfini</i>	<i>Montant de la créance garantie et des accessoires</i>	<i>Annuellement (date convenue ou date anniversaire du contrat)</i>	<i>Déchéance des accessoires de la dette, frais et pénalités</i>
<b>C. conso., art. L. 333-1 et L. 343-5</b>	<i>Créancier professionnel</i>	<i>Caution personne physique</i>	<i>Tout cautionnement</i>	<i>Défaillance du débiteur</i>	<i>Dès le premier incident de paiement</i>	<i>Déchéance des pénalités ou intérêts de retard échus entre le premier incident et la date de l'information</i>
<b>C. conso., art. L. 333-2 et L. 343-6</b>	<i>Créancier professionnel</i>	<i>Caution personne physique</i>	<i>Tout cautionnement</i>	<i>- Montant du principal, intérêts, frais, commissions et accessoires au 31 décembre - Terme de l'engagement - Faculté de révocation du contrat (si cautionnement à durée indéterminée)</i>	<i>Au 31 mars chaque année, au plus tard</i>	<i>Déchéance des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la dernière information jusqu'à la nouvelle information</i>
<b>Art. 47, II, Loi n° 94-126, 11 février 1994</b>	<i>Tout créancier</i>	<i>Caution personne physique</i>	<i>Cautionnement à durée indéterminée d'une dette professionnelle d'un entrepreneur</i>	<i>- Montant du principal, intérêts, commissions au 31 décembre - Terme de l'engagement</i>	<i>Au 31 mars chaque année, au plus tard</i>	<i>Déchéance des intérêts depuis la dernière information jusqu'à la nouvelle information</i>

La jurisprudence a par ailleurs précisé que la preuve de l'exécution de l'obligation d'information de la caution incombait au créancier (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 2022, n° 21-11.045).

### B. Les obligations d'information issues de la réforme

À titre liminaire, **l'application dans le temps des nouvelles obligations d'information**, issues de la réforme, doit être précisée. En effet, alors que les dispositions issues de l'ordonnance sont applicables pour les contrats de cautionnement conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, l'article 27, III de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 prévoit que certaines dispositions sont applicables dès le 1<sup>er</sup> janvier 2022, fût-ce à des contrats conclus antérieurement à cette date. En l'occurrence, il s'agit des articles 2302 à 2304 du Code civil issus de l'ordonnance, relatifs aux obligations d'information imposées aux créanciers professionnels envers les cautions personnes physiques ainsi qu'aux cautions personnes physiques envers les sous-cautions personnes physiques.

**Les nouvelles obligations d'information**

« Art. 2302.-Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.

« Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.

« Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise.

« Art. 2303.-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 déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée.  
« Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.

« Art. 2304.-Dans le mois qui en suit la réception, la caution communique à ses frais à la sous-caution personne physique les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303.

Comme en matière de formalisme, **la réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 simplifie les obligations d'information** due aux cautions, jusque-là foisonnantes et dispersées au sein de plusieurs Codes. Le manque de lisibilité des obligations d'information était donc patent, d'autant que, selon les dispositions applicables, les créanciers et débiteurs de l'obligation d'information, le moment de l'information, le contenu et la sanction des obligations d'information divergeaient.

Désormais, deux obligations d'information doivent être distinguées :

- D'une part, le nouvel article 2302 du Code civil impose au **créancier professionnel** une obligation d'information envers la **caution personne physique**, portant sur le **montant de la dette** (principal, intérêt et accessoires). Cette information est due avant le 31 mars de chaque année, le montant étant celui dû au 31 décembre de l'année précédente. Cette obligation est en outre due à la **caution personne morale** qui s'est engagée envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordé à l'entreprise. Le nouvel article 2302 du Code civil impose en outre une obligation d'information, aux cautions personnes physiques, relative à la **durée de l'engagement**. Précisément, le créancier doit rappeler à la caution le terme de son engagement, voire, en cas d'engagement à durée indéterminée, la faculté de résiliation du contrat.

- D'autre part, le nouvel article 2303 du Code civil impose au créancier professionnel une obligation d'information envers la caution personne physique, portant sur la **défaillance du débiteur principal**, dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement.

Les **sanctions** sont par ailleurs unifiées. Ainsi, le manquement aux obligations d'information est sanctionné par la déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre, d'une part, la date de la précédente information et jusqu'à la communication de la nouvelle information, et, d'autre part, entre la date du premier incident de paiement et celle de la régularisation de l'information.

Enfin, on remarquera que ces informations sont aussi dues par la caution destinataire de ces informations à la **sous-caution personne physique**.

## **§ 2. Les poursuites contre la caution**

En cas de mise en œuvre des poursuites par le créancier (A), la caution dispose de nombreux moyens de défense (B).

### *A. La mise en œuvre des poursuites*

Lorsque le débiteur est défaillant, le créancier peut agir contre la caution, dans **la double limite de ce que doit le débiteur et de ce que doit la caution**. Si des remises de dette ont été accordées par le créancier au débiteur principal, celles-ci diminueront donc l'engagement de la caution, en raison de son caractère accessoire (sur l'extinction par accessoire du cautionnement, v. *infra*).

Par ailleurs, il est traditionnellement admis que les délais de grâce dont bénéficieraient le débiteur sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil, ne sont pas invocables par la caution, en raison de leur caractère judiciaire. Le nouvel article 2298, al. 2, du Code civil, devrait confirmer ces solutions, puisqu'il dispose que « *la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire* ».

En revanche, les délais volontaires (prorogation du terme) que consentirait le créancier au débiteur principal, sont invocables par la caution. Néanmoins, lorsque le terme initial est échu, la caution peut préférer payer immédiatement le créancier et se retourner contre le débiteur (C. civ., art. 2320, al. 2).

### *B. Les moyens de défense de la caution*

Les moyens de défense à la disposition des cautions doivent être distingués, selon qu'ils trouvent leur source en droit commun (1) ou dans le droit des procédures de traitement des difficultés du débiteur (2).

#### 1) En droit commun

Outre les causes d'extinction du cautionnement, par voie accessoire ou principale (cf. *infra*), la caution peut invoquer lors des poursuites du créancier plusieurs moyens de défense : les bénéfices de discussion et de division (a), la disproportion du cautionnement (b), le bénéfice de cession d'actions (c) ainsi que le mécanisme de décharge du droit successoral (d).

a) Les bénéfices de discussion et de division

Le bénéfice de discussion et le bénéfice de division ont été précédemment évoqués, lors de l'étude de la distinction entre cautionnement simple et cautionnement solidaire, ainsi que lors de l'analyse du formalisme *ad validitatem*.

Le **bénéfice de discussion** permet à la caution d'exiger du créancier qu'il discute d'abord les biens du débiteur, autrement dit qu'il saisisse et fasse vendre les biens du débiteur avant d'actionner la caution en paiement (C. civ., art. 2305 et 2305-1). La caution doit requérir le bénéfice de discussion dès les premières poursuites du créancier, et les biens à discuter doivent être indiqués au créancier par la caution. Le cautionnement solidaire, en cas de solidarité avec le débiteur, exclut le bénéfice de discussion, tout comme la renonciation de la caution.

Le **bénéfice de division** permet à la caution d'imposer au créancier de diviser son action entre les cofidėjusseurs (C. civ., art. 2306 et 2306-1). Cela renvoie donc à l'hypothèse d'une pluralité de cautionnements d'une même dette. La renonciation de la caution, tout comme le cautionnement solidaire, en cas de solidarité entre cautions, exclut le bénéfice de division, de sorte que chaque caution sera tenue au tout.

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 clarifie les textes, en reprenant les règles anciennes.

**Les bénéfices de discussion et de division**

« Art. 2305.-Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal.

« Ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire.

« Art. 2305-1.-Le bénéfice de discussion doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle.

« La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être saisis, qui ne peuvent être des biens litigieux ou grevés d'une sûreté spéciale au profit d'un tiers.

« Si le créancier omet de poursuivre le débiteur, il répond à l'égard de la caution de l'insolvabilité de celui-ci à concurrence de la valeur des biens utilement indiqués.

« Art. 2306.-Lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions de la même dette, elles sont chacune tenues pour le tout.

« Néanmoins, celle qui est poursuivie peut opposer au créancier le bénéfice de division. Le créancier est alors tenu de diviser ses poursuites et ne peut lui réclamer que sa part de la dette.

« Ne peuvent se prévaloir du bénéfice de division les cautions solidaires entre elles, ni les cautions qui ont renoncé à ce bénéfice.

« Art. 2306-1.-Le bénéfice de division doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle.

« Il ne peut être mis en œuvre qu'entre cautions solvables. L'insolvabilité d'une caution au jour où la division est invoquée est supportée par celles qui sont solvables. La caution qui a demandé la division ne peut plus être recherchée à raison de l'insolvabilité d'une autre, survenue postérieurement.

« Art. 2306-2.-Si le créancier a divisé de lui-même son action, il ne peut plus revenir sur cette division, même s'il y avait, au temps de l'action, des cautions insolvables ».

### b) La disproportion du cautionnement

Le contrôle de la disproportion des engagements de caution a fait l'objet de nombreuses évolutions au cours de ces dernières années, et se trouvent réformées par l'ordonnance n° 2021-1192. On envisagera donc les règles antérieures à la réforme ( $\alpha$ ) avant d'envisager les règles issues de la réforme ( $\beta$ ).

#### $\alpha$ ) Les règles antérieures à la réforme des sûretés

Initialement, la **Cour de cassation a développé une exigence – prétorienne – de proportionnalité** du cautionnement, en affirmant qu'une banque commettait une faute en demandant à la caution de s'engager à hauteur d'une somme manifestement disproportionnée à son patrimoine (Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105). La jurisprudence a par la suite exclu de cette règle les cautions qui ne démontrent pas que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement, des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées (Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619).

**La proportionnalité du cautionnement est ensuite devenue une exigence légale**, applicable aux cautionnements conclus à compter du 1<sup>er</sup> août 2003 (Ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517).

Selon l'**article L. 332-1 du Code de la consommation**, « *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* ».

Pour que la caution se prévale de la disproportion de son engagement, plusieurs conditions sont requises :

- La première condition est relative au **champ d'application** du texte. Sont soumis au contrôle de proportionnalité les cautionnements conclus entre une **caution personne physique** (il est donc indifférent que la caution soit avertie ou profane) et un **créancier professionnel**.

- La deuxième condition a trait à **l'existence de la disproportion lors de la conclusion du contrat**. En d'autres termes l'engagement doit être, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution.
- La troisième condition est relative à **l'existence de la disproportion lors de l'exécution du contrat**. En effet, la caution ne doit pas être en mesure de faire face à son obligation au moment où elle est appelée.

Reprenons : pour que la caution se prévale d'un engagement disproportionné sur le fondement des dispositions du code de la consommation, il est donc nécessaire que l'engagement ait été disproportionné lors de sa conclusion et que cette disproportion perdure lors de la mise en œuvre des poursuites contre la caution, c'est-à-dire au jour de l'assignation de la caution (Cass. com., 9 juill. 2019, n° 17-31.346).

Pour **apprécier la disproportion**, il convient de prendre en compte l'ensemble des biens et revenus de la caution, ainsi que, pour apprécier l'étendue du passif, tous ses engagements. Ainsi, même les biens insaisissables doivent être pris en compte pour apprécier l'adéquation de l'engagement de la caution à son patrimoine (Cass. com., 17 oct.2018, n° 17-21.857). De même, en présence d'un bien indivis, la quote-part de la caution dans ce bien doit être prise en compte (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janv. 2022). Précisons encore qu'en présence d'époux communs en biens, et indépendamment de la question de savoir si le créancier pourra agir sur de tels biens – selon que l'époux a ou non donné son accord exprès au cautionnement, en vertu de l'article 1415 du Code civil –, les biens communs doivent être pris en compte pour apprécier la disproportion (Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-10.504). En revanche, les éventuels revenus futurs, les revenus escomptés ne sont pas pris en compte pour apprécier la disproportion au jour de la conclusion du contrat de cautionnement (Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-17.024).

Le **comportement de la caution** peut par ailleurs interférer avec ce contrôle. Tel est le cas si la caution dissimule des éléments dans sa fiche patrimoniale remise au créancier. Ainsi, le créancier peut établir l'existence d'actifs de la caution non mentionnés dans la fiche patrimoniale, et il ne sera pas tenu compte, pour apprécier la disproportion, des dettes dissimulées par la caution (Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-14.108). En cas de fiche patrimoniale incomplète, il appartient néanmoins au créancier d'être vigilant quant à l'endettement de la caution, notamment lorsque le créancier a nécessairement connaissance de prêts ou d'autres engagements conclus par la caution (Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-16.243). De la même façon, la banque ne pourrait se prévaloir d'une fiche de renseignement erronée que si celle-ci a été établie avant la conclusion du contrat de cautionnement (Cass. com., 13 mars 2024, n° 22-19.900). En toute hypothèse, si la caution n'est pas invitée à établir une fiche de renseignements, la caution n'est pas tenue de déclarer spontanément l'existence d'engagements antérieurs (Cass. com., 4 avril 2024, n° 22-21.880).

Concernant la **charge de la preuve**, il appartient à la caution de démontrer la disproportion de son engagement au jour de la conclusion du contrat (Cass. com., 27 nov. 2019, n° 17-27.750 ; Cass. com., 30 août 2023, n° 21-20.222), tandis qu'il appartient au créancier de démontrer qu'au jour de l'appel en garantie, la caution est en mesure de faire face à ses obligations (Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-11.969 ).

Il reste à envisager la sanction du cautionnement disproportionné. Si les conditions sont réunies, l'engagement n'est pas nul, mais **le créancier ne peut pas se prévaloir du contrat de cautionnement** (Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814). Il s'agit, selon l'opinion dominante, d'une déchéance de l'obligation de la caution. La rigueur de la sanction est d'autant plus



importante que le contrat est privé d'effet, tant à l'égard du créancier qu'à l'égard des cofidélusseurs, lorsque, ayant acquitté la dette, ces derniers entendent exercer leur recours contre la caution (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2018, n° 17-17.903 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 sept. 2022, n° 21-14.673).

En toute hypothèse, signalons que **la caution bénéficie d'un reste à vivre**, équivalent au montant du revenu de solidarité active.

#### β) Les règles postérieures à la réforme des sûretés

Le contrôle de proportionnalité de l'engagement de caution est critiqué de longue date, en particulier en raison de la sanction rigoureuse applicable, laquelle est, on l'a compris, indifférente à l'étendue de la disproportion.

#### **La nouvelle exigence de proportionnalité**

« Art. 2300.-Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date ».

Si l'exigence de proportionnalité, tout comme son champ d'application, sont maintenus par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, celle-ci modifie sur plusieurs points les dispositions du code de la consommation jusque-là applicables.

- En premier lieu, l'évolution a trait à la **sanction du cautionnement disproportionné**. Désormais, en effet, c'est une **réduction judiciaire** qui a vocation à s'appliquer. Précisément, le montant de l'engagement de la caution doit être **réduit à hauteur du montant auquel elle pouvait s'engager lors de la conclusion du contrat**.
- En second lieu, l'évolution concerne **l'étendue du contrôle de la disproportion**. En effet, alors que, jusqu'à présent, la sanction n'était applicable qu'à la double condition que le contrat ait été disproportionné lors de sa conclusion et qu'il le demeure lors de l'appel de la caution, cette deuxième condition est supprimée par l'ordonnance. Autrement dit, désormais, **c'est uniquement au moment de la conclusion du contrat que doit s'apprécier la disproportion de l'engagement de la caution**. Il en résulte que le retour à meilleur fortune de la caution est indifférent : la réduction judiciaire devra tout de même être appliquée.

#### c) Le bénéfice de cession d'actions (ou bénéfice de subrogation)

Le bénéfice de cession d'actions (ou bénéfice de subrogation), était prévu par l'ancien article 2314 du Code civil, qui disposait : « *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. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

Pour que le mécanisme s'applique, plusieurs conditions doivent être réunies :

- Le créancier doit avoir fait perdre à la caution **des droits dont la caution pouvait espérer bénéficier par subrogation, après paiement de l'obligation garantie**. Cela renvoie donc à tous les avantages conférant un droit particulier à la caution subrogée dans les droits du créancier à la suite de son paiement. Ces droits sont divers : sûretés préférentielles, action en résolution, compensation, etc. Il doit ainsi s'agir de droits sur lesquels la caution pouvait compter lors de la conclusion du contrat de cautionnement, soit qu'ils existaient antérieurement à l'engagement, soit qu'ils étaient entrés dans les prévisions des parties. Cela exclut par conséquent les droits acquis postérieurement à la conclusion du contrat de cautionnement, dont la perte ne peut donc pas être reprochée au créancier (Cass. com., 17 févr. 2021, n° 19-16.075).
- Le créancier doit avoir commis une **faute**. La perte du droit dont espérait bénéficier la caution doit, précisément, être exclusivement imputable au créancier. Par exemple, il a été jugé que le fait pour un créancier de ne pas demander l'attribution judiciaire du gage pouvait constituer une telle faute si cela privait la caution d'un droit qui pouvait lui profiter (Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-15.404 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2008, n° 07-14.808) ; de même, une telle faute peut être retenue lorsque le créancier s'abstient d'exercer son droit de gage général (Cass. com., 30 nov. 2022, n° 20-23.554). Serait également fautif le créancier qui omettrait d'inscrire ou de renouveler l'inscription d'une sûreté réelle.
- Enfin, la caution doit avoir subi un **préjudice**, et c'est au créancier de démontrer que la perte du droit n'a causé aucun préjudice à la caution (Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-22.256).

Lorsque les conditions d'application de l'ancien article 2314 du Code civil étaient réunies, **la caution était déchargée à concurrence de la valeur des droits perdus**, c'est-à-dire à la mesure du préjudice éprouvé par la caution.

#### **Le bénéfice de cession d'actions après la réforme**

« Art. 2314.-Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.  
« Toute clause contraire est réputée non écrite.  
« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté ».

**L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 modifie le régime du bénéfice de cession d'actions à deux égards :**

- D'une part, ce sont désormais tous les « *droits du créancier* » que le nouvel article 2314 du Code civil vise. Auparavant, l'on considérait en effet que seule la perte de certains droits spécifiques pouvait être reprochée au créancier, tels qu'un droit préférentiel ou exclusif, ou certaines actions accessoires au droit de créance.
- D'autre part, il est précisé que la caution « *ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation de la sûreté* ». Cette précision condamne la jurisprudence qui retenait qu'en présence d'une caution, le bénéficiaire d'une sûreté réelle ne pouvait pas librement choisir le

mode de réalisation de sa sûreté. Par exemple, en cas de gage, le créancier devait, selon cette conception, demander l'attribution judiciaire du bien gagé, plutôt que de procéder à la saisie-vente du bien. Désormais, le créancier pourra préférer la vente forcée plutôt que l'attribution judiciaire ou conventionnelle (pacte comissoire).

#### d) La décharge de l'héritier caution

L'hypothèse est celle où le défunt avait, de son vivant, conclu un contrat de cautionnement. À son décès, les dettes sont en principe transmises aux héritiers, au moins en cas d'acceptation pure et simple de la succession.

Afin de protéger les héritiers, un mécanisme de décharge a toutefois été introduit. L'article 786, al. 2, du Code civil, prévoit ainsi que l'héritier de la caution peut demander à être déchargé de tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation de la succession, lorsque l'acquittement de la dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel. L'héritier doit alors introduire l'action dans les cinq mois du jour où il a eu connaissance de l'existence et de l'importance de la dette.

## 2) En droit des procédures de traitement des difficultés du débiteur

La situation de la caution doit être envisagée lorsque le débiteur garanti est en difficulté, selon qu'est ouverte une procédure de surendettement (a) ou une procédure applicable aux entreprises en difficulté (b).

### a) Le droit du surendettement des particuliers

Lorsque le débiteur est en difficulté et fait l'objet d'une procédure relevant du Code de la consommation, précisément dans l'hypothèse d'une **procédure de surendettement**, c'est la jurisprudence qui a fixé le régime applicable, en retenant d'une part que la suspension des poursuites ne bénéficie pas à la caution, et d'autre part que les mesures accordées au débiteur surendetté ne bénéficient pas à la caution, auraient-elles été accordées volontairement par le créancier dans le cadre du plan adopté (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 nov. 1996, n° 94-12.856 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1998, n° 96-10.753). Sur la procédure de rétablissement personnel, v. *infra*.

### b) Le droit des entreprises en difficulté

Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure relevant du Livre VI du code de commerce :

- Dans la **procédure de conciliation**, la caution personne physique ou personne morale peut se prévaloir des remises et délais accordés au débiteur dans le cadre de l'accord de conciliation, ainsi que des délais de grâce qui seraient accordés en amont, c'est-à-dire durant la procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-7, al. 5 ; art. L. 611-10-2, al. 1<sup>er</sup>).
- Dans la **procédure de sauvegarde**, la caution personne physique peut se prévaloir de l'arrêt des poursuites, de l'arrêt du cours des intérêts ainsi que des dispositions du plan de sauvegarde. Par ailleurs, si le créancier omet de déclarer sa créance à la procédure du débiteur, la créance est inopposable à la caution, qui ne peut donc pas être poursuivie pendant l'exécution du plan de sauvegarde, et définitivement si le plan est correctement exécuté (C. com., art. L. 622-28 ; art. L. 622-26 ; art. L. 626-11).
- Dans la **procédure de redressement judiciaire**, et jusqu'à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du livre VI du Code de commerce, la caution

personne physique pouvait se prévaloir de l'arrêt des poursuites. En revanche, elle ne pouvait pas se prévaloir des dispositions du plan ni de l'arrêt du cours des intérêts (C. com., art. L. 622-28, al. 2 ; art. L. 631-14, al. 7 ; art. L. 631-20).

- Dans la **procédure de liquidation judiciaire**, la caution peut être poursuivie (C. com., art. L. 622-28).

**Le sort du cautionnement après l'ordonnance n° 2021-1193  
du 15 septembre 2021 portant réforme du livre VI du Code de commerce**

L'ordonnance n° 2021-1193 apporte des modifications au sort des cautions lorsque le débiteur est soumis à une procédure de conciliation ou une procédure collective.

En premier lieu, les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts en procédure de redressement judiciaire ainsi que des dispositions du plan de redressement. En d'autres termes, les règles applicables au sort des garants dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, sont alignées sur celles applicables à la procédure de sauvegarde.

En deuxième lieu, les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir des délais de grâce accordés au débiteur durant l'exécution de l'accord de conciliation, dans l'hypothèse où le créancier n'aurait pas participé à l'accord de conciliation.

**Le sort du cautionnement après l'ordonnance n° 2021-1192  
du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés**

« Art. 2298.-La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.

« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire ».

Cette nouvelle disposition insérée dans le Code civil pourrait résoudre une difficulté, dans les procédures de rétablissement personnel, relevant du Code de la consommation, et dans les procédures de rétablissement professionnel, relevant du Code de commerce.

En effet, la clôture de ces procédures entraîne l'effacement des dettes du débiteur. Un tel effacement doit-il rejaillir sur l'obligation de la caution ? Le caractère accessoire du contrat militerait en faveur d'une réponse affirmative. Néanmoins, l'alinéa 2 de la nouvelle disposition ci-dessus reproduite devrait conduire la caution à ne pas pouvoir invoquer l'effacement de la dette principale.

### **§ 3. Les recours de la caution**

Les recours de la caution peuvent être exercés contre le débiteur (A) et contre ses éventuels cofidésusés (B).

## A. Les recours contre le débiteur

La caution dispose traditionnellement de deux recours : un recours personnel (1) et un recours subrogatoire (2).

On relèvera à titre liminaire certaines règles communes. D'une part, **les recours personnel et subrogatoire sont cumulatifs**. D'autre part, **en cas de pluralité de débiteurs solidaires cautionnés**, l'article 2312 du Code civil prévoit que la caution a un recours personnel et un recours subrogatoire contre les autres, chacune pour sa part. En d'autres termes, les débiteurs solidaires ne peuvent pas invoquer à l'égard de la caution la division de la dette, en raison de leur engagement solidaire.

### 1) Le recours personnel

Le premier recours personnel est le **recours après paiement** de l'obligation. La caution doit donc avoir payé le créancier. Ce recours permet à la caution d'être intégralement indemnisée de tous les débours provoqués par le cautionnement (C. civ., art. 2308).

Encore faut-il que la caution n'ait pas renoncé à son recours (dans une intention libérale) ou qu'elle n'ait pas perdu ses recours. En effet, sur ce dernier point, certaines hypothèses sont prévues, dans lesquelles **la caution est privée de son recours contre le débiteur**. En effet, en vertu de l'article 2311 du Code civil, « *La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier* ». Ainsi, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 15 septembre 2021, au sujet d'une caution qui n'avait pas averti les emprunteurs de la demande du créancier en paiement de la somme garantie, alors qu'ils disposaient d'un moyen pour obtenir l'annulation du contrat de prêt, la Cour de cassation a considéré que la caution devait être déchue de son droit à remboursement à hauteur des sommes que les débiteurs n'auraient pas eu à acquitter. La perte du recours était donc partielle ici (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 sept. 2020, n° 19-14.568 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 2024, n° 22-23.634).

Le Code civil prévoyait par ailleurs un exceptionnel **recours avant paiement**, dont les cas d'ouverture étaient énumérés aux anciens articles 2309 et 2316 du Code civil. Ainsi, même avant d'avoir payé le créancier, la caution disposait d'un recours « *Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement* » ; « *Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture* » ; « *Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps* » ; « *Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée* » ; « *Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé* ». Concrètement, ce recours avant paiement prenait la forme d'un appel en garantie du débiteur, en lui permettant, notamment, d'obtenir des mesures conservatoires.

### 2) Le recours subrogatoire

Le recours subrogatoire de la caution (C. civ., art. 2309) est une application des règles de la subrogation légale, en vertu des articles 1346 et suivants du Code civil. Rappelons en effet, en vertu de l'article 1346 du Code civil, que « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi 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 ».*

En exerçant le recours subrogatoire, **la caution exerce donc l'action même du créancier contre le débiteur**. Le recours est donc exercé à la mesure du paiement du créancier par la caution, et le débiteur peut lui opposer l'ensemble des moyens de défense dont il disposait contre le créancier (C. civ., art. 1346-5). En outre, en cas de concours entre la caution et le créancier, la subrogation ne peut nuire au créancier, si bien que la caution sera payée après ce dernier.

L'avantage du recours subrogatoire tient à la transmission, à la caution subrogée dans les droits du créancier, des accessoires de la créance. Par exemple, si le créancier bénéficiait d'une sûreté réelle grevant l'un des biens du débiteur, la caution pourrait, en exerçant le recours subrogatoire, bénéficier de la sûreté réelle. Par où l'on comprend que la caution puisse invoquer les dispositions de l'article 2314 du Code civil (v. *supra*) dans l'hypothèse où le créancier entraverait le recours subrogatoire de la caution.

### B. Les recours contre les cofidésusseurs

L'hypothèse est ici celle d'une **pluralité de cautions engagées en garantie de la même dette**. Si l'une des cautions a payé la dette, en tout ou partie, elle dispose d'un recours contre ses cofidésusseurs (C. civ., art. 2312), qu'il s'agisse du recours personnel ou du recours subrogatoire. En toute hypothèse, la caution doit diviser ses poursuites contre ces derniers. Elle peut, en d'autres termes, agir contre chacun d'eux, chacun pour sa part et portion, déterminée par la convention des parties ou, à défaut, par parts viriles.

Remarquons que si l'un des cofidésusseurs est insolvable, l'insolvabilité se répartit entre les autres cautions, lesquelles supportent en conséquence cette insolvabilité.

## SECTION 4. L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

L'extinction du cautionnement peut intervenir accessoirement, c'est-à-dire dans l'hypothèse de l'extinction de l'obligation principale (§1). Le cautionnement peut être en outre éteint au titre de causes autonome d'extinction (§2).

### § 1. L'extinction accessoire

Accessoire, le contrat de cautionnement ne peut survivre à l'extinction de l'obligation principale. Certaines solutions jurisprudentielles tempèrent cependant ce principe (A) que la réforme clarifie (B).

#### A. Les cas d'extinction avant la réforme

Le caractère accessoire du cautionnement justifie que la caution puisse invoquer les **exceptions inhérentes à la dette**, conformément à l'article 2313 du Code civil, al. 1<sup>er</sup>, qui dispose que « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette* ».

La caution peut donc invoquer :

- Le **paiement** de l'obligation principale. À ce sujet, doivent être précisées les règles d'imputation des paiements. Ainsi, lorsque le cautionnement ne garantit qu'une partie de la dette, il n'est éteint que lorsque l'intégralité de la dette a été payée, les paiements partiels faits par le débiteur s'imputant d'abord, sauf convention contraire, sur la portion non cautionnée de la dette (Cass. com., 28 janv. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 28). En cas de pluralité de dettes échues, dont l'une ou certaines seulement seraient garanties par le cautionnement, le paiement effectué par le débiteur s'impute d'abord sur la dette cautionnée (C. civ., art. 1342-10, al. 2), car il s'agit de la dette que le débiteur a le plus intérêt à acquitter ;
- La **novation** de l'obligation principale ;
- Les **remises de dette** consenties par le créancier au débiteur. À ce sujet, il faut préciser les effets d'une remise de dette faite à une caution, sur les cofidésusseurs. L'article 1350-2, al. 2, du Code civil prévoit en effet que la remise de dette consentie à une caution libère les autres cofidésusseurs solidaires à concurrence de la part de la caution bénéficiant de la remise de dette ;
- La **confusion** qui s'opère dans la personne du débiteur principal libère les cautions (C. civ., art. 1301) ;
- La caution peut enfin opposer la **compensation** de ce que doit le créancier au débiteur (C. civ., art. 1347-6, al. 1<sup>er</sup>) ;
- La **nullité** ou la **résolution** du contrat principal. Encore faut-il préciser, sur ce dernier point, que lorsque le contrat annulé ou résolu est un prêt – ou tout autre contrat impliquant une obligation de restituer –, l'obligation de restitution des fonds pesant sur l'emprunteur demeure garanti par la caution. Cette solution, initialement prétorienne, est consacrée depuis la réforme du droit des obligations en 2013, puisque l'article 1352-9 du code civil dispose que « *Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme* ».

Sous l'empire du droit antérieur à la réforme, la jurisprudence a apporté au principe de l'invocabilité des exceptions un important **tempérament**, sur le fondement de l'article 2313, al. 2, du Code civil, qui disposait que la caution « *ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur* ».

La Cour de cassation a ainsi considéré que la caution ne pouvait pas se prévaloir de la nullité relative tirée du dol subi par le débiteur principal, laquelle constituait une exception purement personnelle destinée à protéger ce dernier seulement (Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602). En dépit des critiques que suscita cette solution, elle fut ultérieurement réitérée (Cass. com., 27 janv. 2021, n° 18-22.541). De la même façon, la Cour de cassation retient que la caution ne peut opposer au créancier la clause de conciliation préalable contenue dans une garantie de passif, laquelle est une exception purement personnelle au débiteur principal (Cass. com., 6 juill. 2022, n° 20-20.085). Une solution similaire fut par ailleurs rendue au sujet de la prescription biennale (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 déc. 2019, n° 18-16.147). Néanmoins, sur ce dernier point, la Cour de cassation, statuant sous l'empire du droit antérieur à la réforme, a opéré un revirement de jurisprudence, en énonçant que la prescription biennale de l'article L. 218-2 du code de la consommation était une exception inhérente à la dette de la caution (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avr. 2022, n° 20-22.866).

## B. Les cas d'extinction après la réforme

### **L'évolution des causes d'extinction accessoire**

« Art. 2298.-La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.

« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire.

La réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 brise la jurisprudence que la Cour de cassation avait développée pour refuser, dans certains cas, l'extinction accessoire de l'obligation de la caution.

Désormais, **l'ensemble des exceptions, « personnelles ou inhérentes à la dette », qui appartiennent au débiteur dans ses rapports avec le créancier, pourront donc être invoquées par la caution.**

Deux **limites** sont cependant instaurées :

- La première, prévue à l'alinéa 1<sup>er</sup>, est relative à l'hypothèse où la caution s'engage à garantir l'obligation d'une personne physique dont elle savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter. Elle demeure donc tenue de son engagement, conformément à la solution actuelle (C. civ., art. 2293, al. 2).
- La seconde, prévue à l'alinéa 2, est relative aux mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. Cette nouvelle disposition a été précédemment étudiée, à propos des procédures de traitement des difficultés du débiteur. On ajoutera qu'elle devrait faire obstacle, en outre, à ce que la caution puisse invoquer les délais de grâce dont bénéficierait le débiteur en application de l'article 1343-5 du Code civil.

## **§ 2. L'extinction autonome**

Si le contrat de cautionnement peut s'éteindre par voie accessoire, c'est encore par voie principale qu'une telle extinction est envisageable. Il s'agit, en d'autres termes, de causes d'extinction propres au contrat de cautionnement. Seront distingués les cas d'extinction autonome avant la réforme (A) des cas d'extinction autonome postérieurs à la réforme (B).

### **A. Les cas d'extinction avant la réforme**

Dans sa thèse de doctorat, Christian Mouly a distingué, dans le cautionnement, deux obligations : une obligation de couverture et une obligation de règlement. **L'obligation de règlement** a pour objet le paiement du créancier, autrement dit le paiement de la dette cautionnée. C'est donc lorsque la dette principale naît qu'existe une telle obligation. **L'obligation de couverture** existe quant à elle dès la conclusion du contrat de cautionnement, et a pour objet de garantir le créancier contre le risque de non-paiement de sa créance. L'identification de cette obligation présente toute son utilité dans le cautionnement de dettes futures. En effet, l'obligation de couverture permet alors de déterminer l'étendue, les bornes de l'engagement de la caution. La question est donc de savoir quels sont les événements de nature à mettre un terme à l'obligation de couverture de la caution.



Il faut donc distinguer les causes d'extinction de l'obligation de règlement (1) et les causes d'extinction de l'obligation de couverture (2).

### 1) Les causes d'extinction de l'obligation de règlement

Il faut d'abord envisager l'hypothèse de **l'extinction de l'obligation de règlement** (ici, la dette est née).

Dans le **cautionnement d'une dette présente**, c'est-à-dire d'une **dette déjà née**, la considération du créancier et du débiteur est secondaire : l'étendue de l'obligation de la caution est en effet déjà déterminée. Cela conduit logiquement aux conséquences suivantes :

- Le cautionnement se transmet en cas de cession de la créance du bénéficiaire du cautionnement contre le débiteur principal ;
- Le cautionnement se transmet en cas de fusion par absorption de la société créancière ;
- Le cautionnement se transmet en cas de cession du contrat principal garanti (C. civ., art. 1216-3), dès lors que le débiteur n'est pas libéré ;
- Le cautionnement est également maintenu en cas de fusion-absorption du débiteur ;
- Ces solutions sont cependant applicables sauf stipulation contraire.

### 2) Les causes d'extinction de l'obligation de couverture

Il faut ensuite examiner **les causes d'extinction de l'obligation de couverture** (ici, les dettes sont futures).

**Lorsque le contrat est à durée indéterminée, la caution peut le résilier.** Ce n'est au demeurant là qu'une application du droit commun des contrats.

**D'autres circonstances peuvent avoir pour effet de mettre fin à l'obligation de couverture de la caution :**

- Le **décès de la caution** : l'obligation de couverture n'est pas transmise aux héritiers (Cass. com., 29 juin 1982, n° 80-14.160 ; C. civ., anc. art. 2294). Seule l'obligation de règlement (dettes déjà nées) est transmise à l'héritier de la caution. Toutefois, ainsi qu'on l'a vu, l'héritier caution pourrait invoquer le mécanisme de la décharge, dans les conditions prévues à l'article 786 du Code civil (v. *supra*) ;
- Le **changement de fonctions de la caution** (tel que le changement de fonction du dirigeant caution dans la société) suppose une clause en ce sens pour que la caution soit libérée pour l'avenir (Cass. com., 28 févr. 1995, n° 93-14.705) ;
- Le **changement dans la personne du débiteur** met fin à l'obligation – cession de dette, fusion-absorption, etc. –, la personne du débiteur étant un élément de détermination de la dette de la caution (Cass. com., 21 nov. 1995, n° 93-20.387 ; Cass. com., 2 juin 2021, n° 19-11.313 – Pour la cession de la dette, v. C. civ., art. 1328-1).
- Le **changement dans la personne du créancier** affecte aussi l'existence de l'obligation de couverture, par exemple par voie de fusion ou d'absorption (Cass. com., 20 janv.

1987, Bull. civ. IV, n° 20 : la « fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale »). Ainsi, la jurisprudence décide que la garantie de la caution cesse pour les dettes postérieures.

- Pour la **cession de contrat**, la réforme du droit des obligations a introduit une règle envisageant spécifiquement l'hypothèse. L'article 1216-3 du code civil prévoit en effet que « Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par le cédant ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord ».

### B. Les cas d'extinction après la réforme

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 clarifie et consacre un certain nombre de solutions jurisprudentielles précédemment envisagées au sujet de l'extinction autonome du cautionnement.

#### **La clarification des causes d'extinction du cautionnement**

« Art. 2315.-Lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.

« Art. 2316.-Lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire.

« Art. 2317.-Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès.  
« Toute clause contraire est réputée non écrite.

« Art. 2318.-En cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l'effet d'une fusion, d'une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l'article 1844-5, la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers ; elle ne garantit celles nées postérieurement que si elle y a consenti à l'occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance.  
« En cas de dissolution de la personne morale caution pour l'une des causes indiquées au premier alinéa, toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises.

« Art. 2319.-La caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement ».

« Art. 2320.-La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge pas la caution.

« Lorsque le terme initial est échu, la caution peut soit payer le créancier et se retourner contre le débiteur, soit, en vertu des dispositions du livre V du code des procédures civiles d'exécution, solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. Elle est alors présumée justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance, sauf preuve contraire apportée par le débiteur. »

À l'issue de la réforme, on remarquera que **les solutions jurisprudentielles ayant pris appui sur la distinction de l'obligation de règlement et de l'obligation de couverture, mise en lumière par Christian Mouly, sont consacrées.**

C'est le cas de la **résiliation du cautionnement** à durée indéterminée, étant précisé qu'après résiliation, la caution reste tenue des dettes déjà nées avant la fin du contrat.

C'est aussi le cas du **décès de la caution**, s'agissant des dettes futures, auxquelles l'héritier caution n'est donc pas tenu, le mécanisme de la décharge de l'héritier pouvant du reste jouer pour les obligations nées avant le décès, en vertu de l'article 786 du Code civil.

De même, les solutions jurisprudentielles relatives à la **dissolution de la personne morale créancière ou débitrice**, par exemple à la suite d'une opération de fusion ou de scission, sont consacrées par la réforme. Seules les dettes déjà nées demeureront garanties par la caution, sauf l'engagement de celle-ci de consentir à garantir les dettes futures, c'est-à-dire les dettes nées postérieurement à la dissolution. En revanche, en cas de **dissolution de la personne morale caution**, l'engagement de caution est transmis dans son intégralité, en couvrant donc aussi bien les dettes déjà nées que les dettes futures.

Quant à la **prorogation de terme** accordée par le créancier au débiteur principal, celle-ci, conformément aux règles actuelles, ne décharge pas la caution. Celle-ci pourra alors, soit bénéficier de ce terme nouveau, soit payer le créancier conformément au terme initial, soit exercer une mesure conservatoire contre le débiteur, si les conditions relatives au droit des procédures civiles d'exécution sont réunies.

## SECTION 5. LA SURETE REELLE POUR AUTRUI

Le « cautionnement réel », que l'on dénommera dans les développements qui suivent **sûreté réelle pour autrui**, est la **sûreté réelle accordée par le constituant sur l'un de ses biens, en garantie de l'obligation d'un tiers**. L'hypothèse doit donc être distinguée de celle où le tiers conclut un contrat de cautionnement, et accorde au créancier, pour garantir son engagement de caution, une sûreté réelle en garantie de son obligation personnelle. Dans ce cas, en effet, la sûreté réelle garantit l'exécution de l'obligation de la caution, il ne s'agit donc pas d'une sûreté réelle pour autrui, mais d'une authentique sûreté pour soi.

### § 1. La nature de la sûreté

S'agissant de la nature de la sûreté réelle pour autrui, les évolutions jurisprudentielles ont été nombreuses. Dans plusieurs arrêts rendu le 15 mai 2002, la Cour de cassation considéra que la sûreté réelle pour autrui avait une double nature : une sûreté réelle assortie d'un engagement personnel. L'enjeu tenait alors à l'application de l'article 1415 du Code civil, dont on sait (v. *supra*) qu'il conduit à réduire le gage commun des créanciers lorsqu'un époux a conclu un contrat de cautionnement sans l'accord de son conjoint. Cette solution conduisait, par conséquent, à ce que la sûreté réelle constituée sur le bien commun des époux soit inefficace, tout en maintenant l'engagement de la « caution réelle » sur ses biens et revenus propres, « *dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés* » (Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2002, *Bull civ. I*, n° 127).

En 2005, c'est toutefois un arrêt de **revirement** que rendit la Cour de cassation, en considérant que la sûreté réelle pour autrui n'impliquait aucun engagement personnel et n'était donc pas un cautionnement (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210). De là, la plupart des règles du cautionnement furent jugées inapplicables.

## § 2. Le régime de la sûreté

En raison du rejet de la qualification de la sûreté réelle pour autrui en cautionnement, **la jurisprudence a exclu l'application au constituant d'une sûreté réelle pour autrui des règles applicables au cautionnement.**

- Ainsi, les mentions applicables au contrat de cautionnement ont été écartées, qu'il s'agisse de la mention requise à titre de preuve (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 172) ou des mentions du Code de la consommation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 sept. 2016, n° 15-20.664) ;
- L'information annuelle due à la caution a également été écartée (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 98-11.390) ;
- C'est encore l'exigence de proportionnalité du cautionnement que la jurisprudence a refusé d'appliquer au constituant d'une sûreté réelle pour autrui (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2008, n° 07-11.692 ; Cass. com., 5 avril 2023, n° 21-14.166) ;
- De même, les bénéfices de discussion et de division ne sont pas applicables (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2015, n° 14-21.332 ; Cass. com., 5 avril 2023, n° 21-14.166) ;
- Enfin, le bénéfice de cession d'actions a été refusé au constituant de la sûreté réelle pour autrui (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 avr. 2018, n° 17-17.542).

En revanche, l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés fut l'occasion d'apporter une précision, dans **l'hypothèse où la sûreté réelle pour autrui grèverait un bien commun des époux**. En effet, l'article 1422, al. 2, du Code civil prévoit que « *Ils ne peuvent, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers* ». L'article 1422, al. 2, du Code civil constitue donc une règle de cogestion : à défaut du consentement exprès du conjoint, ce dernier peut donc demander l'annulation de l'acte conclu (C. civ., art. 1427).

**L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021** est l'occasion d'un certain nombre de changements. Sans prendre clairement parti sur la nature de la sûreté réelle pour autrui, la réforme bâtit le régime de cette sûreté.

### **Le régime de la sûreté réelle pour autrui après l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021**

« Art. 2325.-La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.

« Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299,2302 à 2305-1,2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables.

La réforme des sûretés clarifie donc le régime de la sûreté réelle pour autrui, en lui appliquant, par renvoi, certaines règles applicables au cautionnement :

- Le devoir de mise en garde du créancier professionnel envers la caution personne physique est applicable (art. 2299) ;
- Les obligations d'information du créancier professionnel envers la caution personne physique est applicable (art. 2302 à 2304) ;
- Le bénéfice de discussion peut être invoqué par le constituant d'une sûreté réelle pour autrui (art. 2305 et 2305-1) ;
- Les recours contre le débiteur et les cofidésseurs sont applicables (art. 2308 à 2312) ;
- Enfin, le bénéfice de cession d'actions est applicable à la sûreté réelle pour autrui (art. 2314).