

Réforme du cautionnement dans le cadre de la gestion immobilière

Depuis le 1^{er} janvier 2022, les nouveaux contrats de cautionnement conclus en matière de baux (commerciaux, professionnels ou d'habitation) sont soumis aux dispositions issues de la réforme des sûretés.

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés modifie le droit du cautionnement. Elle abroge la plupart des dispositions spéciales (notamment les dispositions du code de la consommation qui s'appliquaient aux cautionnements des baux commerciaux et professionnels dès lors qu'ils étaient consentis par des cautions personnes physiques au profit de créanciers professionnels) pour en recentrer le régime dans le code civil. Est maintenu en revanche, sous réserve de quelques modifications, l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 régissant pour partie le cautionnement du bail d'habitation ou mixte. L'objectif est de simplifier et moderniser les règles applicables, d'améliorer l'efficacité du cautionnement pour les créanciers et d'assurer la protection des cautions personnes physiques, notamment à l'égard des créanciers professionnels, ce qui est le cas d'une majorité de bailleurs.

La réforme est entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022 et s'applique aux cautionnements consentis après cette date (Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 37, I et III : JO, 16 sept. 2021). Quant aux cautionnements conclus avant cette date, ils demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour les effets légaux et les dispositions d'ordre public, sous réserve des mesures relatives aux obligations d'information (C. civ., art. 2302 à 2304, créés par ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 4).

■ Nouvelles règles de formation du cautionnement quelle que soit la qualité du créancier

Désormais, tous les cautionnements peuvent être souscrits par acte électronique et tous les cautionnements consentis par une personne physique doivent comporter une mention commune. Peu importe la qualité du créancier (professionnel ou non), ici le bailleur.

● *Recours possible à un acte écrit électronique pour tous les cautionnements*

L'ordonnance du 15 septembre 2021 réécrit l'article 1175 du code civil qui restreignait sensiblement le recours à l'acte électronique pour la constitution de sûretés. Jusqu'alors, il était fait exception à l'utilisation de l'écrit électronique pour établir le contrat de cautionnement à la place de l'écrit papier pour les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils étaient passés par une personne pour les besoins de sa profession. Désormais, il n'existe plus aucune exception concernant la constitution des sûretés et ce quelle que soit la qualité de la caution (particulier ou professionnel).

Par ailleurs, pour permettre le recours à l'écrit électronique, il n'est plus exigé que la mention requise pour la validité de certains cautionnements soit manuscrite.

● *Mention identique pour les cautions par des personnes physiques Champ d'application de la mention de l'article 2297 du code civil*

L'ordonnance abroge les dispositions du code de la consommation imposant une mention manuscrite pour la validité des cautionnements consentis par des personnes physiques, soit au profit d'établissements de crédit en garantie de crédits immobiliers (ou mobiliers) octroyés à des consommateurs (C. consom., art. L. 314-15), soit au profit d'un créancier professionnel (C. consom., art. L. 331-1). Ce dernier texte était susceptible d'être applicable aux baux commerciaux ou professionnels dès lors que le bailleur avait la qualité de créancier professionnel et que la caution était une personne physique, peu important sa qualité de dirigeant social.

Toutefois, l'exigence d'une mention est maintenue, pour la validité du contrat de cautionnement par l'article 2297 du code civil. Cette mention n'est plus une mention manuscrite (cf. supra). Son domaine est plus large car elle concerne tous les cautionnements consentis par des personnes physiques à l'égard de tout créancier (professionnel ou non), et non plus seulement des créanciers professionnels. Ainsi tous les cautionnements de baux commerciaux ou professionnels doivent-ils désormais comporter cette mention à peine de nullité s'ils sont consentis par des personnes physiques et ce quelle que soit la qualité du créancier bailleur.

La mention de l'article 2297 du code civil doit également être présente dans les cautionnements souscrits par des personnes physiques en garantie des dettes résultant d'un bail d'habitation ou mixte, ainsi que le précise la nouvelle rédaction de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989. Cette mention remplace la mention exprimant de façon explicite et non équivoque de la connaissance qu'avait la caution de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée (voir infra). Cette disposition s'appliquait déjà aux seuls cautionnements consentis par des personnes physiques, une précision expresse en ce sens avait été ajoutée par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, peu important, en revanche, la qualité du créancier bailleur, professionnel ou non (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1, mod. par ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 35, VIII, 2°).

Le mandat de se porter caution est soumis aux mêmes exigences (C. civ., art. 2297, al. 3, créé par ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 3).

Rédaction et contenu de la mention de l'article 2297 du code civil la mention prescrite par ce texte doit être apposée par la caution, sans qu'il soit besoin qu'elle le soit de sa main. Mais surtout elle n'a plus à être rigoureusement conforme à un modèle légal. Il suffit que la caution indique s'engager en qualité de caution à payer ce que doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé à la fois en chiffres et en lettres, le montant en lettres primant en cas de différence. La validité du cautionnement dont la ne comporterait qu'une mention en lettres ne devrait pas

être remise en question.

Aucune référence n'a plus à être faite à la durée de l'engagement de la caution.

En complément, une mention est exigée si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division (ce qui est le cas si le cautionnement est stipulé solidaire). Celle-ci doit reconnaître ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, ces bénéfices seront applicables.

Contenu de la mention du cautionnement dans les baux d'habitation et mixtes soumis à la loi de 1989 Ce cautionnement de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation et mixtes doit toujours faire apparaître le montant du loyer et les conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location et comporter la reproduction de l'avant-dernier alinéa de cet article (résiliation du cautionnement à durée indéterminée) et ce même si le cautionnement est à durée déterminée, ce qui est critiquable (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1, mod. par ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 35, VIII).

Toutefois, au lieu de la mention de la connaissance de la nature et de l'étendue de l'engagement souscrit, la caution doit désormais apposer la mention prévue par l'article 2297 du code civil.

La solution tranche avec celle admise antérieurement par certaines juridictions du fond (CA Douai, 21 mars 2013, n° 12/02129 : Rev. loyers 2013, 236 ; CA Lyon 14 mai 2013, n° 12/0517 : Loyers et copr. 2013, comm. n° 203, note B. Vial-Pedroletti ; *Contra* CA Bourges, 13 mars 2014, n° 13/00304 : Loyers et copr. n° 7-8, juill. 2014, comm. n° 203, note B. Vial-Pedroletti) et tout récemment par la Cour de cassation (Cass. Civ.3, 17 fév. 2022, FS-B, n° 21-12.934), excluant l'application des dispositions du code de la consommation relatives à la mention manuscrite à ce cautionnement

■ Mesures de protection applicables aux cautions personnes physiques à l'égard des créanciers professionnels

Lorsque le créancier a la qualité de créancier professionnel, la caution personne physique bénéficie de plus nombreuses mesures de protection. Les bailleurs particuliers ne sont donc pas concernés par ces règles.

Les nouveaux textes ne précisent toujours pas ce qu'est un créancier professionnel. Selon la jurisprudence [Cass. Civ.1, 9 juill. 2009, n° 08-115.910, PB ; Cass Com 27 sept. 2017, n° 15-24.895, PB], qui en a retenu une approche large, il s'agit de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou a un rapport direct avec l'une de ses activités, même non principale. L'activité accessoire peut être une activité de location. Le créancier professionnel peut être une personne physique ou morale, y compris une association (Cass. Com 27 sept. 2017, précit.). On observera, même si le droit du cautionnement n'était pas alors en cause, que la qualification de vendeur professionnel d'une SCI familiale a été retenue (Cass. Com., 27 oct. 2016, n° 15-24.232, PB).

Le code de la consommation retient également une approche large de la notion de professionnel qu'il définit 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 » (c. consom., art. liminaire, 1^{er}, mod. par ord. n° 2021-1247, 29 sept. 2021, art.1^{er} : JO, 30 sept.).

● *Proportionnalité du cautionnement*

Le nouvel article 2300 du code civil impose que le cautionnement d'une personne physique envers un créancier professionnel soit proportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, peu important la nature des dettes cautionnées. Les engagements pris par la caution, y compris d'autres cautionnements même non encore mis en œuvre à l'encontre de la caution, sont à prendre en compte. La disproportion manifeste est sanctionnée par la réduction du cautionnement au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager par un cautionnement proportionné.

Les textes du code de la consommation imposant jusqu'alors cette exigence sont abrogés et disparaît ainsi la déchéance totale qui frappait les cautionnements disproportionnés.

● *Devoir de mise en garde*

D'origine jurisprudentielle (Cass. Com. 3 mai 2006, n°04-19.315, PB), le devoir de mise en garde a désormais un fondement légal (C. civ., art. 2299). Son domaine et sa sanction sont modifiés. Il est imposé à tout créancier professionnel au profit de toute caution personne physique (alors qu'il ne pesait que sur les établissements de crédit et ne jouait qu'au profit de cautions non averties) et s'impose en cas d'inadaptation de l'engagement du débiteur principal à ses capacités financières. Il est désormais sanctionné par une déchéance jouant à hauteur du préjudice subi (perte de chance de ne pas contracter). Cette déchéance devrait être considérée comme une défense au fond insusceptible de prescription.

● *Obligations d'information*

Elles étaient énoncées avant la réforme par une pluralité de dispositions spéciales, dont les domaines se recoupaient en partie.

Elles sont aujourd'hui fondées sur seules les dispositions du code civil. Celles-ci sont applicables même aux cautionnements consentis avant le 1^{er} janvier 2022. Elles s'imposent aux **créanciers professionnels** et bénéficient aux **cautions personnes physiques** (la première de ces obligations s'applique aussi aux cautions personnes morales engagées envers un établissement de crédit pour garantir un concours financier accordé à une entreprise ; elle ne concerne pas les cautionnements consentis au profit de bailleurs).

Les obligations prescrites par le code civil sont. D'une part, Une obligation annuelle d'information. Le créancier professionnel doit, avant le 31 mars de chaque année, faire connaître à la caution personne physique le montant du principal et des accessoires restant dus au 31 décembre de l'année qui précède et sur le terme de l'engagement ou sur la faculté de résiliation

à tout moment s'il est à durée indéterminée (C. civ., art. 2302, mod. par ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 4).

L'information est effectuée aux frais du créancier. Aucune forme n'est imposée.

Le défaut d'information est sanctionné par la déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la précédente information jusqu'à la nouvelle, étant précisé que les paiements effectués pendant cette période par le débiteur sont réputés être réputés dans les rapports entre créancier et caution s'imputer en priorité sur le principal de la dette.

- D'autre part, une information de la caution personne physique due par le créancier professionnel en cas de défaillance du débiteur principal, et ce, dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité du paiement (C. civ., art. 2303, mod. par ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 4).

Aucune forme n'est prescrite pour cette information.

La sanction est la perte de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de l'incident de paiement et l'information faite à la caution. L'imputation des paiements effectués par le débiteur est soumise à la même règle que celle prévue par l'article 2302.

- *Exceptions invoquées par la caution opposables au créancier*

Jusqu'à présent la caution pouvait pour échapper à son obligation, opposer au créancier les exceptions appartenant au débiteur principal si elles étaient inhérentes à la dette, tandis que la caution ne pouvait opposer au créancier les exceptions purement personnelles au débiteur (C. civ., art. 2313, anc.). La jurisprudence avait compris de manière très compréhensive la notion d'exception personnelle au débiteur et porté atteinte au caractère accessoire du cautionnement. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a entendu briser cette jurisprudence.

Le nouvel article 2298 du code civil permet ainsi à la caution d'invoquer toutes les exceptions appartenant au débiteur qu'elles soient inhérentes à la dette ou qu'elles lui soient personnelles, à l'exception de l'hypothèse où la caution s'est engagée en parfaite connaissance de l'incapacité du débiteur. Le caractère accessoire du cautionnement est ainsi renforcé.

Toutefois, une nouvelle règle énoncée conduit à en tempérer la portée (c. civ., art. 2298, al. 2, mod. par ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 3). Il est en effet prévu que la caution ne peut invoquer les mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition expresse contraire.

Ainsi, la caution ne saurait-elle invoquer les délais de grâce consenti par le créancier au débiteur principal en application du droit commun.

Il existe par ailleurs très peu de dispositions en faveur des cautions du débiteur soumis à une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel. Les cautions ne bénéficient pas d'une suspension des poursuites et ne peuvent invoquer les délais et remises du plan conventionnel (Cass. Civ.1, 13 nov. 1996, ° 94-12.856 P) ou les mesures recommandées ou imposées par la commission de surendettement (Cass. Civ1, 3 mars 1998, n° 96-10.753 P). Il est seulement prévu que la créance de la caution personne physique qui a payé le créancier ne peut être effacée.

En revanche, de nombreuses dispositions s'appliquent, notamment en faveur des cautions personnes physiques, lorsque le débiteur locataire est éligible aux mesures ou procédures du livre VI du code de commerce sur les difficultés des entreprises (professionnels exerçant une activité indépendante, civile ou commerciale ; personnes morales de droit privé). Tel est le cas lors d'une procédure de conciliation (les cautions personnes morales bénéficient des mêmes mesures de faveur que les cautions personnes physiques : bénéfice des délais accordés au débiteur pendant la procédure ou pendant l'exécution du plan pour les créances hors accord; bénéfice des mesures de l'accord de conciliation), d'une procédure de sauvegarde et, désormais (depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du livre VI de code de commerce) d'une procédure de redressement judiciaire (suspension des actions pendant la période d'observation, bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts et des mesures du plan, possibilité d'invoquer l'inopposabilité des créances non déclarées). S'y ajoute la possibilité d'opposer l'absence de notification de la décision d'admission de la créance par le juge-commissaire (Art. L. 624-3-1 C. Com. mod. par Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021, art. 26).

- *Causes d'extinction du contrat de cautionnement*

Selon le nouvel article 2313 du code civil (ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 5), le cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations (al.1^{er}), c'est-à-dire à titre principale, et par suite de l'extinction de l'obligation garantie (al.2), c'est-à-dire à titre accessoire) De nouvelles règles sont par ailleurs introduites dans le code civil dans la section relative à l'extinction du cautionnement. Y figure en premier lieu une disposition précisant l'incidence du décès de la caution (Art. 2317, ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, art. 5). Elle reprend en la reformulant la règle énoncée par l'ancien article 2294 du code civil en consacrant l'interprétation qui en a été faite par la jurisprudence. Ainsi est-il indiqué que les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès, toute clause contraire étant réputée non écrite.

Par ailleurs sont énoncées les conséquences sur la caution de la dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l'effet d'une fusion ou d'une scission (C. Civ. Art. 2318 al. 1^{er}). La caution, reste tenue des dettes nées avant l'opposabilité aux tiers de l'opération et n'est engagée pour les dettes nées postérieurement que si elle a consenti. Ce consentement peut avoir été donné par avance lorsqu'est concernée une société créancière. La solution consacre en matière de bail les solutions de la jurisprudence. Ainsi, avait-elle jugé que demeurerait l'engagement de la caution relatif à es dettes de loyers résultant d'un bail antérieur à la dissolution constituant des dettes antérieures à la fusion, peu important la non exigibilité de la dette, cet engagement étant transmis à titre universel à la société absorbante en application de l'article L. 236-3 du code de commerce, sans que la caution n'ait à réitérer son consentement au profit de la société absorbante (Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18.449, PB).

La dissolution, la fusion ou la scission, de la personne morale caution (C. Civ. Art. 2318 al. 2), ne fait pas disparaître l'engagement qui est transmis à la personne reprenant les droits de la personne morale disparue,

F. Macorig-Venier, Professeure Université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires