



DROIT DES SÛRETÉS

La digitalisation de l'acte de cautionnement

Par l'ordonnance n°2011-192 du 15 septembre 2021 qui réforme le droit des sûretés, le gouvernement est venu moderniser le droit des sûretés notamment au travers d'une véritable possibilité de digitaliser l'acte de cautionnement. Applicable aux actes de cautionnement conclus à compter du 1er janvier 2022, les tenants et aboutissants de cette réforme présentent, dès à présent, un intérêt majeur.

A lors que le droit actuel prévoit une impossibilité de conclure certaines sûretés personnelles, dont certains actes de cautionnement, par voie électronique, il sera désormais possible, à partir du 1er janvier 2022, de conclure tous les actes de cautionnement de manière électronique, qu'ils soient consentis pour des besoins professionnels ou non professionnels.

La signature électronique permise dans tous les actes de cautionnement

En effet, l'article 1174 alinéa 1er du code civil, dans sa rédaction actuellement applicable - et inchangée avec la Réforme du droit des sûretés - dispose que : « *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.* » Aussi, l'article 1175 du code civil dans sa rédaction actuellement applicable - laquelle est modifiée par la Réforme du droit des sûretés - dispose : « Il est

fait exception aux dispositions de l'article précédent pour : 1° Les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions, sauf les conventions sous signature privée contresignées par avocats en présence des parties et déposées au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues aux articles 229-1 à 229-4 ou à l'article 298 ; 2° Les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession. » En revanche, le nouvel article 1175 du code civil dans sa rédaction à venir - modifiée par la Réforme du droit des sûretés - supprime purement et simple la seconde exception.

Bien entendu, la seule possibilité de signer électroniquement des actes de cautionnement ne saurait suffire à digitaliser intégralement l'établissement et la conclusion de tels actes. Et pour cause, un formalisme strict est attaché à ce type d'actes, en particulier du fait de l'exigence d'une mention spécifique de la caution qui doit y figurer...

La mention électronique possible dans tous les actes de cautionnement

C'est chose faite : la Réforme du droit des sûretés a également ouvert la possibilité de recourir à une mention électronique de la caution dans les actes de cautionnement.

Dans le droit actuel, la mention de la caution requise pour des actes de cautionnement fait l'objet de dispositions diverses et éparpillées principalement dans le code de la consommation¹ et dans la jurisprudence. De façon générale, une mention manuscrite de la caution, qui plus est prédéterminée, était exigée pour certains actes de cautionnement.

La Réforme du droit des sûretés a fait le choix de l'unification et de la simplification en abrogeant toutes les dispositions du code de la consommation pour ne laisser que l'article 2297 (modifié) et l'article 1174 alinéa 2 (inchangé) du code civil. L'article 2297 du code civil, dans sa nouvelle version, énonce que : « *A 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. »

L'article 1174 alinéa 2 du code civil, quant à lui, disposera encore que : « *Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.* »

Une mention apposée par la caution, elle-même, est donc toujours requise mais exit l'obligation manuscrite ! En revanche, au-delà du fait que la reproduction par la caution d'une mention strictement prédéterminée (comme le prévoyait le code de la consommation²) n'est plus prévue par le texte - dans la mesure où il est seulement exigé que la mention désigne avec suffisamment de précision la nature et la portée de l'engagement -, l'on retiendra surtout que la mention peut être apposée par la caution sans qu'elle soit nécessairement manuscrite. L'adjectif « *manuscrite* » n'est effectivement pas précisé dans la lettre du nouvel article 2297 du code civil.

A partir du 1er janvier 2022, il sera donc possible d'effectuer cette mention de façon électronique.

Compte tenu de la Réforme du droit des sûretés, en particulier de l'article 1175 et de l'article 2297 dans leur rédaction à venir au 1er janvier 2022, la voie est donc ouverte à la digitalisation de l'acte de cautionnement. Celui-ci peut effectivement être totalement établi et conclu par voie électronique grâce, d'une part, à la possibilité de signer électroniquement tout type de cautionnement et, d'autre part, à celle d'apposer également électroniquement la mention de la caution.

Et en pratique ?

Si un tel changement ne peut qu'être salué à l'ère digitale, il conduit à s'interroger sur sa mise en pratique à certains égards, en particulier concernant la mention électronique. Comment peut-on garantir que la mention électronique figurant dans un acte de cautionnement résulte d'une démarche réalisée par la caution, elle-même, conformément à l'article 1174 alinéa 2 du code civil ?

Compte tenu, à l'évidence, du fait que ces dispositions sont très récentes et entrent en vigueur le 1er janvier 2022, il n'y a pas, à ce jour, d'autres textes votés ni même en discussion (projet d'arrêtés, de décrets, etc.), et encore moins de jurisprudence relative aux conditions exigées pour la mention électronique des actes de cautionnement en général.

Une tendance pourrait, toutefois, se dessiner, de notre point de vue, au regard de la lettre de la Réforme du droit des sûretés et des jurisprudences basées sur le régime actuel, lesquelles donnent des indications sur des exigences requises pour certaines mentions, électroniques ou manuscrites, à apposer sur des actes sous signature privée.

Comme nous l'avons vu, l'exigence de forme de la mention électronique dans les actes de caution après la Réforme du droit des sûretés est la suivante : être apposée par la caution elle-même (mention non préremplie mais le « *copier/coller* » pourrait s'envisager), par exemple, avec la garantie qu'elle ne peut être apposée que par la caution. Ce qui compte finalement c'est un acte positif d'apposition, quel qu'il soit, par la caution. La vérification de l'identité de la caution selon un procédé dont la fiabilité est incontestable et la garantie de l'intégrité de la mention apposée paraissent donc indispensables pour garantir la validité d'une telle mention.

La Cour de cassation a, d'ailleurs, déjà jugé s'agissant d'une reconnaissance de dette signée par le débiteur et comportant une mention dactylographiée et au visa de l'ancien article 1326 (devenu 1376

du code civil et prévoyant notamment l'exigence d'une mention, non nécessairement manuscrite, pour les actes sous signature privée en général) que la mention non manuscrite doit respecter un des procédés d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de ladite mention³.

Ainsi, pour avoir l'assurance que l'auteur de la mention écrite en est bien le signataire, la Cour de cassation a étendu les règles applicables en matière de signature électronique au contrôle de l'intégrité de la mention écrite. Il ressort, en effet, de la réglementation européenne et du code civil qu'une telle signature permet de garantir l'identification du signataire et l'intégrité du document.

Qu'en sera-t-il pour l'acte de cautionnement sous le régime du nouvel article 2297 du code civil ?

L'introduction d'un mécanisme de signature électronique relativement à la mention électronique à apposer par la caution nous semble être une solution qui permettrait effectivement d'apporter une garantie sur l'identité de ladite caution et l'intégrité de la mention qu'elle a apposée, au-delà de celle de l'acte de cautionnement lui-même.

Une telle façon de procéder répondrait ainsi, de notre point de vue, à l'exigence de garantie que la mention électronique n'a pu être apposée par aucune autre personne que la caution, sous réserve, bien entendu, que l'outil de signature électronique apporte des garanties suffisantes sur la vérification de l'identité de la caution, signataire.

D'un point de vue pratique, certains aménagements pourraient être mis en place.

Tout d'abord, pour que la caution puisse, conformément à l'article 2297 du code civil, « *apposer elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution* », il serait

opportunité de créer une zone de texte vierge « remplissable » à la fin de l'acte de cautionnement qui sera alors réservée à la mention à apposer par la caution : soit librement, soit en copiant/collant une mention modèle. Cette dernière solution est à recommander pour éviter les erreurs dans le contenu de la mention...

Ensuite, se pose la question de la garantie permettant de s'assurer que la mention électronique émane de la caution, signataire de l'acte de cautionnement. A ce titre, il convient de différencier deux signatures : celle à apposer pour la mention et celle à apposer pour l'ensemble de l'acte de cautionnement. Au regard du droit positif, une simple signature de l'acte dans son ensemble ne permet pas, à notre sens, de garantir pleinement que la mention elle-même a été électroniquement apposée par le signataire/la caution. La mention électronique devrait, en tant que telle, faire l'objet d'une signature électronique ou de tout autre procédé qui permet d'assurer que l'apposition de la mention a bien été faite par le signataire.

Cela aboutit donc à un système de « double signature électronique » des actes de cautionnement digitalisés : une pour la mention de la caution et une pour l'acte de cautionnement, pour pouvoir rattacher l'apposition de la mention avec son signataire.

Si un tel système peut sembler « lourd » à mettre en place, il ne l'est qu'en théorie et ne sera pas, en pratique, compliqué à mettre en place. Il convient de rappeler que le contentieux des actes de cautionnement n'est pas rare et que la validité de la mention est souvent au cœur des débats. Dans ce cadre, les juges peuvent vérifier, au cas par cas, et au besoin par des analyses minutieuses et « poussées » (y compris via une expertise judiciaire) que l'écriture de la mention manuscrite correspond bien à celle du signataire, ou du soi-disant signataire de l'acte de caution¹. La prudence est donc de mise.

A date, suivre la lettre du législateur et la position des juges français conduit vraisemblablement à mettre en place un système

de signature électronique dual et bien sécurisé pour digitaliser intégralement la conclusion des actes de cautionnement avec un risque très modéré de remise en cause.

Face aux avantages pratiques et économiques, indéniables, de cette digitalisation, il est certain que des praticiens commencent à travailler sur un processus de digitalisation des actes de cautionnement en adaptant les outils du marché. A suivre...

François-Pierre LANI

Avocat Associé

Alice ROBERT

Avocate

Derriennic & Associés

Notes

- (1) Notamment les articles L.331-1 et L.331-2 du code de la consommation.
- (2) Articles L. 331-1 et L. 331-2 du code de la consommation.
- (3) Cass. Civ. 1ère, 13 mars 2008, n°06-17534, confirmé par Cass. Civ. 1ère, 15 octobre 2021, n°14-23110.
- (4) CA Nancy, 28 juin 2012, n°82/02010 ; CA Paris, 9 avril 2015, n°14/04175 ; CA Versailles, 13ème chambre, 16 avril 2019, n°17/06721.



Vous avez envie de vous exprimer sur un sujet qui vous tient à cœur, de partager votre analyse avec la communauté des lecteurs d'Expertises, d'exposer un point de vue différent sur un article déjà publié, de lancer un débat sur un thème émergent, ou simplement de commenter l'actualité du droit du numérique ?

Contactez la rédactrice en chef d'Expertises Sylvie Rozenfeld sr@expertises.info