La clause pénale et la banque

Réflexions autour de l'arrêt Cass. Civ. 1re, 19 juin 2013

FLORENT BONNARD
Chargé d'enseignement
Université Paris XIII (IUT Bobigny)

La clause pénale continue de susciter un contentieux régulier, qui atteste de sa vitalité en pratique. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 juin 2013 en est l'illustration. Il permet de faire le point sur différentes questions que suscitent les clauses pénales dans la pratique bancaire. Il vient également préciser l'interprétation à retenir des dispositions du Code de la consommation relatives à l'information que doit transmettre un établissement prêteur à la caution en cas de défaillance du débiteur.

Quels mystères recèle encore la clause pénale ? Que reste-t-il à dire à son sujet après les nombreux commentaires qui ont accompagné la publication des lois du 9 juillet 1975[1] et du 11 octobre 1985 2 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil ? De brillantes études n'avaient-elles pas, en posant[3], puis approfondissant[4], la distinction entre la vraie clause pénale, de l'article 1226 du Code civil, et la clause d'évaluation forfaitaire, de l'article 1152, définitivement clos le dossier ? Mais celle à qui l'on prédisait un funeste destin au lendemain de la loi de 1975[5], et que l'on disait il n'y a pas si longtemps encore en crise[6], continue pourtant, nous dit-on, d'être fréquemment stipulée en pratique[7], notamment dans des opérations de crédit telles que le crédit-bail ou le prêt. L'existence d'un contentieux régulier opposant à son sujet un établissement de crédit à l'un de ses clients finit d'attester de sa vitalité dans la pratique bancaire. Une décision récente[8] permet d'ouvrir à nouveau le dossier et de tenter de faire le point sur les questions soulevées par la clause pénale dans la pratique bancaire. Les faits de l'affaire sont des plus classiques. Une caisse régionale de Crédit Agricole avait octroyé, par acte notarié, un prêt immobilier à une société, prêt garanti par une hypothèque et par le cautionnement solidaire de deux particuliers. Une clause prévoyant une indemnité forfaitaire de 10 % du capital échu en retard était par ailleurs insérée dans le contrat de prêt. La banque actionne l'une des cautions, aux fins d'obtenir le paiement de la somme restant due, ce compris le montant de l'indemnité forfaitaire précitée. La cour d'appel de Caen condamne les cautions à payer à l'établissement prêteur la somme de 27 550,07 euros, rejetant l'argument de la violation de l'article L. 341-1 du Code de la consommation[9] opposé par les cautions qui entendaient être libérées du paiement de l'indemnité forfaitaire. Cette décision reflète l'imprécision entretenue autour de la notion de clause pénale (1.). En ce qu'elle concerne également les liens entre la clause pénale contenue dans un prêt et la caution (2.), et par

1. Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale ; F. Chabas, *D.* 1976, p. 229 et s.
2. Loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 relative a la clause pénale et au règlement des dettes, V. G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du C. civ. relative à la clause pénale », *RTD civ.* 1985, 647 et s.
3. J. Mestre, *RTD civ*, 1985, p. 372 et s.
4. D. Mazeaud, *La Notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.
5. B. Boubli, « La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté », *Journal des notaires*, 1976, 947 et s.
6. E. El Hayek, *La Crise de la notion de clause pénale*, th. Nice, 2001.
7. Ph. Delebecque, *J. Cl. civ.*, art. 1146 à 1155, n° 11.
8. Cass. 1re civ., 19 juin 2013, n° 12-18.478, note M. Mignot, LEDB, 2013 n° 8, p. 3, et Ch. Gisjbers, RLDC, 2013, n° 107. Sabine Bernheim-Desvaux, « Le défaut d'information de la caution est sanctionné par le non-paiement de la clause pénale », LEDC, 2013, n° 8, p. 3
9. « *Sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée.* »

conséquent touche à l'information que transmet le prêteur à la caution en cas de défaillance de l'emprunteur (3.), elle ne manquera pas d'intéresser les praticiens du secteur bancaire. Ramassons les pièces du dossier.

1. NOTION DE CLAUSE PÉNALE

La dénomination d'« *indemnité forfaitaire* »[10], sous laquelle est présentée la clause qui fait question en l'espèce, renvoie aux débats relatifs à la définition de la clause pénale et à la distinction entre la clause pénale stricto sensu, définie par l'article 1226 du Code civil, et l'indemnité forfaitaire, visée à l'article 1152. En substance[11], la première, dont l'objet n'est pas nécessairement pécuniaire, a à la fois un rôle comminatoire[12] et indemnitaire[13], la seconde, dont l'objet est nécessairement pécuniaire a en premier lieu un rôle indemnitaire. Les seules clauses pénales que le juge pourrait moduler, à la hausse ou à la baisse, sur le fondement de l'article 1152, al. 2, du Code civil seraient donc celles situées à l'intersection de ces deux notions, à savoir les clauses pénales stipulées sous la forme d'un montant forfaitaire, autrement dit les clauses d'indemnité forfaitaire ayant également, du fait du montant fixé, un rôle comminatoire. Comme il a déjà été souligné, la distinction n'a présentement plus guère de conséquences pratiques, en droit français du moins[14]. En premier lieu parce que dès lors qu'elle est stipulée sous la forme d'un montant forfaitaire d'indemnisation, la clause pénale répond aux conditions de l'alinéa 2 de l'article 1152 pour ouvrir droit à révision par le juge. En second lieu parce que la jurisprudence a pris l'habitude de brouiller les pistes en désignant sous l'expression de clause pénale ce qui serait en réalité une clause d'indemnisation forfaitaire[15]. Au point que l'on a pu écrire que, désormais, pour la Cour de cassation, la « *clause pénale* » est « *la clause fixant à l'avance et de manière forfaitaire une somme correspondant à l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »[16]. On est loin de la définition qu'avait proposée 20 ans plus tôt un auteur, pour qui la clause pénale était « *un contrat unilatéral et accessoire créé pour garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale et qui, en cas d'inexécution imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution d'une peine privée* »[17]. C'en serait donc fini de la prédominance du caractère comminatoire, alors que, on l'a vu, c'est lui qui était pourtant censé imprimer à une clause le caractère de clause pénale[18], la crainte qu'elle devait susciter chez le débiteur devant le dissuader de se soustraire à ses obligations. C'est que, pour parler comme Cioran, « *la peur rend conscients* » les débiteurs. Les économistes l'ont par ailleurs bien compris, pour qui la clause pénale revêt encore aujourd'hui trois fonctions, de réparation, de punition et de dissuasion[19]. On reconnaîtra dans ces deux dernières fonctions ce que les juristes désignent sous le terme de comminatoire[20]. Qu'en est-il en l'espèce ? Il est difficile de se prononcer avec certitude sur la qualification de la clause. L'arrêt de la Cour de cassation nous apprend que « *la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel Normand ne conteste pas que celle-ci constitue une clause pénale* ». Mais le montant réclamé aux cautions au titre de son paiement, 2 550,07 euros, ne permet pas à lui seul d'affirmer avec certitude que la clause présente un caractère comminatoire[21]. On regrettera dès lors que la Cour de cassation n'ait pas levé toute ambiguïté en statuant au visa des articles 1152 et 1226 du Code civil. L'arrêt s'inscrit donc dans la lignée, que d'aucuns n'ont admise qu'à regret[22], des décisions précédentes de la Cour de cassation désignant sous le terme de clause pénale tant les clauses pénales stricto sensu que les clauses d'indemnité forfaitaire[23]. Prenant acte de cette confusion notionnelle, le rapport Catala se proposait de supprimer la distinction entre clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire[24], et de ne plus autoriser la révision qu'à la baisse du montant de la clause[25].

On signalera par ailleurs que la clause, stipulée dans un prêt conclu avec une personne morale, échappe au droit de la consommation et aux dispositions relatives aux clauses abusives. On sait que les clauses pénales insérées dans des contrats de crédit, à la consommation ou immobilier, sont strictement encadrées. S'agissant des premiers, l'article L. 311-24 du Code de la consommation prévoit qu'« *en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues*

10. Pour une dénomination identique, v. Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 12-15578.
11. V. J. Mestre, *RTD civ.* 1985, p. 372 et s. ; D. Mazeaud, *La Notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, J.-S. Borghetti, *Revue des contrats*, 2008, n° 4, p. 1158 et s.
12. V. art. 1226 c. civ. : « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour s'assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.* »
13. V. art. 1229, al. 1, du Code civil : « *La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.* »
14. J.-S. Borghetti, *Revue des contrats*, n° 4-2008, p. 1158 et s.
15. *Ibid.* et les réf. citées.
16. *Ibid.*
17. D. Mazeaud, *La Notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n° 705, p. 396.
18. Il ne faudrait toutefois pas oublier que la clause pénale, dans une définition comme dans l'autre, revêt un caractère unilatéral marqué : son paiement est sans contrepartie directe pour le débiteur.
19. S. Souam, « Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs. Une analyse économique », in *Droit et économie des mécanismes contractuels*, coll. « Droit et Economie », LGDJ, 2008, p. 127.
20. G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, V° comminatoire : « *qui énonce une menace ; se dit d'un acte juridique (contrat, clause, stipulation) ou d'une décision de justice qui, indépendamment de l'effet immédiat qu'il produit, contient la menace d'une sanction civile, pénale ou disciplinaire en cas d'inexécution d'une obligation ou en cas de contravention à la loi ou à un ordre donné par le juge* ».
21. Contra Ch. Gijsbers pour qui le caractère comminatoire est « *fort probable* ».
22. J.-S. Borghetti, *Revue des contrats*, 2008, n° 4, p. 1158 et s.
23. *Ibid.*
24. Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, p. 167 ; comp. Art. 123 du projet Terré qui maintient le pouvoir de révision à la hausse comme à la baisse et se propose de conserver les dispositions de l'actuel article 1152, mais de supprimer les articles 1226 à 1231. V. *Pour une réforme du droit des contrats*, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de F. Terré, Dalloz, 2008, p. 288.
25. C'est toutefois supposer que c'est systématiquement le créancier qui est en position de force et impose une clause d'un montant manifestement excessif. Cela procède d'une vision faussée des rapports entre créancier et débiteur. Le débiteur peut être économiquement plus puissant que le créancier, et vouloir stipuler une clause d'un montant dérisoire lui permettant de sortir plus facilement du contrat ; sur la question des rapports de puissance entre créanciers et débiteurs, v. J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble 2, 1996.

produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du Code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret. » L'article D. 311-6 fixe ce montant à 8 % du capital restant dû à la date de la défaillance. S'agissant des crédits immobiliers, le prêteur peut percevoir, en vertu de l'article R. 312-3 du Code de la consommation, lorsqu'il demande la résolution du contrat, une indemnité égale au maximum à 7 % des sommes dues au titre du capital restant dû. Là encore, nous dit l'article L. 312-22 du Code de la consommation, sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du Code civil. Cette référence à l'article 1152 ne laisse pas de surprendre, « *dans la mesure où on éprouve quelques difficultés à imaginer qu'une indemnité, dont le montant est plafonné par décret, puisse être manifestement excessive* »[26]. Concernant les dispositions relatives aux clauses abusives, le 3° de l'article R. 132-2 du Code de la consommation voit dans la clause imposant « *au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* » une clause présumée abusive, d'une présomption simple que le professionnel peut donc renverser en rapportant la preuve contraire. Ces dispositions limitent grandement le champ du possible pour le banquier dans ses relations avec un consommateur. Ce sont donc les relations avec des professionnels qui sont le plus susceptibles pour un établissement de crédit d'être à la source d'un contentieux concernant une clause pénale. On pourrait dès lors s'interroger pour savoir si l'on ne pourrait trouver à y redire sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, souvent présenté comme le support des clauses abusives entre professionnels. Cet article dispose qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »[27]. Ce serait oublier que cette disposition n'est pas applicable aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque et opérations connexes[28]. La démonstration est connue, on la rappellera brièvement : en vertu de l'article L. 511-4 du CMF, seuls les articles L. 420-1 à L. 420-4 relatifs aux pratiques anticoncurrentielles s'appliquent aux établissements de crédit pour leurs opérations bancaires et connexes. Ne sont soumises à ces dispositions que leurs activités relevant de ce qui est communément dénommé l'extra bancaire, et régies par le règlement n° 86-21 du 24 novembre 1986 relatif aux activités non bancaires[29].

On s'autorisera ici une digression pour évoquer les typologies de clauses rencontrées dans la pratique bancaire qui ont pu être qualifiées, ou non, de clauses pénales[30].

S'agissant des prêts tout d'abord, on signalera d'entrée, pour ne plus y revenir, que le montant de la clause pénale n'a pas à être intégré dans le TEG[31]. Rien de moins normal, l'accès au crédit n'est pas conditionné par son paiement, qui reste par définition incertain au moment de la conclusion du contrat, par l'emprunteur[32].

La Cour de cassation a estimé que la clause de majoration du taux d'intérêt dans l'hypothèse de déchéance du terme du prêt prononcée de façon anticipée par le prêteur en cas de défaillance de l'emprunteur est bien une clause pénale, susceptible de réduction en cas d'excès[33]. Reste que cette clause ne pourrait être considérée comme étant une clause pénale dès lors qu'elle pourrait être mise en jeu par le prêteur dans une circonstance autre que celle de la défaillance du débiteur. Tel est le cas par exemple si elle est stipulée dans un prêt accordé à un taux avantageux par l'établissement à l'un de ses salariés. En effet, cette clause n'a pas vocation à sanctionner une défaillance de l'emprunteur, mais de permettre au prêteur de tirer les conséquences de la rupture du contrat de travail qui le lie à l'emprunteur. Cette faculté ouverte au prêteur est la contrepartie du taux préférentiel accordé au salarié. De la même façon, il a été jugé que l'indemnité prévue en cas de remboursement anticipé par l'emprunteur, faute de sanctionner une défaillance de ce dernier, ne saurait être considérée comme une clause pénale[34]. L'emprunteur ne fait par là qu'exercer un droit qui lui est ouvert par le contrat. L'indemnité a pour vocation de réparer le préjudice causé par là au prêteur. Autrement dit, elle est le prix de l'exercice d'une faculté unilatérale ouverte à l'une des parties qui cause un préjudice à l'autre[35]. En quoi le caractère unilatéral de la clause pénale lui fait défaut. Elle s'apparente davantage à la clause de dédit.

Toujours en matière de prêt : les clauses d'indemnité pour frais de recouvrement censées réparer le préjudice de l'établissement prêteur causé par le « *suivi manuel des dossiers d'impayés et les frais de conseils et de recouvrement irrépétibles* »[36]. La jurisprudence est visiblement hésitante à leur sujet. En 2005, elle leur refusait, faute de caractère comminatoire, la qualification de clauses pénales. La haute juridiction est revenue sur cette qualification en 2008[37] en estimant cette fois que « *cette indemnité,*

26. D. Mazeaud, S. Piédelièvre, rép. Com. Dalloz, V° crédit immobilier, n° 130.
27. Sur cet article v. J.-P. Chazal, « Qu'est-ce qu'un contrat significativement déséquilibré ? », *Revue des Juristes de sciences po*, n° 3, p. 9.
28. T. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9e éd., 2011, n° 221, p. 166 ; V. également F. Crédot et T. Samin, RDBF, mai 2013, comm. 78.
29. http://www.banque-france.fr/cclrf/fr/pdf/CRBF86_21.pdf.
30. Les exemples cités ci-après sont, pour partie, empruntés à Richard Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz Action, 2011/2012, Dalloz, 2012, n° 741-33 et s., p. 1002 et s., et les réf. citées.
31. Cass. Com., 22 févr. 1977.
32. D. Mazeaud, *La Notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n° 666, p. 376 et s.
33. Cass. Com, 18 mai 2005, n° 03-10508, l'attendu est d'ailleurs on ne peut plus explicite : « *constitue une clause pénale la stipulation selon laquelle le taux sera majoré en cas de défaillance de l'emprunteur* ».
34. J.-R. Mirbeau-Gauvin, « Le remboursement anticipé du prêt en droit français », D. 1995, p. 46 et s.
35. V. S. Piédelièvre, Defrénois, 30 septembre 2005, n° 18, p. 1425 et s.
36. CA Paris, 15e ch. B, 6 juin 2003, RG 2001/20251, *Laidin c/ Banque Finama*.
37. Cass. 1re civ., 19 juin 2008.

contractuellement destinée à couvrir la banque "des pertes d'intérêts, des frais et des dommages de toute sorte occasionnés par la nécessité du recours, de la procédure ou de l'ordre", était stipulée à la fois comme un moyen de contraindre l'emprunteur à l'exécution et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le prêteur du fait de l'obligation d'engager une procédure, et constituait donc une clause pénale susceptible de modération en cas d'excès manifeste ». On soulignera ici la rectitude de la qualification, de ce qui est bien une clause pénale, du fait de son caractère comminatoire, révisable, puisqu'elle est stipulée comme moyen d'évaluation forfaitaire du préjudice. On notera par ailleurs que cette décision était rendue au double visa des articles 1226 et 1152 du Code civil. L'enjeu pratique attaché ici à la qualification était toutefois faible : on pouvait toujours, dès 2005, considérer qu'il s'agissait de clauses d'indemnité forfaitaire révisables par le juge sur le fondement de l'article 1152, al. 2, du Code civil.

S'agissant pour finir des conventions de compte, il a été jugé que l'indemnité prévue en cas de transfert d'un un plan d'épargne populaire dans un autre établissement ne constituait pas une clause pénale, au motif qu'elle ne venait pas sanctionner la défaillance du déposant, mais était la contrepartie d'un droit stipulée à son profit[38]. Là encore la clause rappelle la clause de dédit, qui échappe aux prévisions de l'article 1152 du Code civil. N'en déplaise à ceux qui préconisent d'étendre le pouvoir de révision du juge « *à toutes les clauses visant à fixer une indemnité à la charge de l'auteur de la rupture d'une convention que cette rupture soit fautive ou non* »[39]. Il est vrai que dans cette espèce, on pourrait craindre qu'une clause prévoyant un montant excessif ait pour effet de « *coller* » le client dans l'établissement. On ne s'accordera toutefois pas avec ceux qui estiment que « *l'article 1152, alinéa 2 du Code civil autorise la révision judiciaire, non seulement des clauses pénales, mais encore de toutes les stipulations fixant à l'avance et de manière forfaitaire les conséquences d'une inexécution contractuelle [...] la clause de dédit permet au contractant de résoudre de sa seule volonté le contrat qu'il avait préalablement signé, on doit pouvoir considérer qu'elle est en rapport avec l'inexécution du contrat – elle l'autorise – et qu'à ce titre la somme d'argent forfaitairement convenue en prévision de l'exercice de ce droit rentre dans l'orbite de l'article 1152* »[40]. Il convient de s'attacher également au caractère unilatéral de la clause, et non au seul fait qu'elle prévoit le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de défaillance du débiteur. Si la clause a une contrepartie, ici le droit de se dédire, d'opérer le transfert du plan d'épargne, elle ne saurait être assimilée à une clause pénale. Si l'exercice du droit reconnu a une contrepartie, la clause ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une révision au titre de l'article 1152 du Code civil.

38. Civ. 1re, 12 juill. 2005, n° 00-18543, obs. X. Delpech, *D.* 2005, 2218. ; A.-L. Pastré-Boyer, *D.* 2005, 3021 ; J. Mestre, B. Fages, *RTD Civ.* 2005 p. 781.
39. Y. Dagorne-Labbé, *Gaz. Pal.*, 2005, n° 286, p. 13 et s.
40. G. Paisant, *D.* 1991, jur. 481 ; v. du même auteur v. *D.* 1990, p. 121.

2. CLAUSE PÉNALE ET CAUTIONNEMENT

Dans cette affaire, le cautionnement, nous dit-on, était stipulé en principal, intérêts, frais et accessoires. Ces derniers comprennent-ils la clause pénale ? Son inclusion dans l'étendue du cautionnement a fait débat[41]. Aujourd'hui, on considère que la transmission de la clause pénale à la caution s'autorise de la théorie de l'accessoire[42] qui « *impose de déterminer l'étendue du cautionnement d'après celle de l'opération principale et impose donc à la caution la charge des pénalités dues par le débiteur principal* »[43]. Le cautionnement couvre donc tant la créance que ses accessoires, c'est-à-dire, pour reprendre la définition du professeur Michel Cabrillac[44], « *tout droit ou action qui a une incidence bénéfique sur l'étendue ou les modalités de la prestation due, ou bien fournit le moyen direct ou indirect d'obtenir cette prestation, ou enfin sanctionne la défaillance du débiteur* ». Incontestablement la cause pénale, correspond à cette définition. Le caractère comminatoire de la clause pénale stricto sensu aurait permis de la considérer comme un moyen d'obtenir la prestation convenue. En tout état de cause, elle est bien une modalité de sanction de la défaillance du débiteur. Reste qu'elle est aussi un accessoire de la créance d'un caractère particulier, en ce qu'elle a également, lorsqu'elle est amenée à jouer, une vocation substitutive. On le voit dans l'option ouverte au créancier qui peut, en présence d'une clause pénale, ou bien ne demander que le paiement de la peine, qu'il ne peut cumuler avec l'exécution de la prestation[45], ou poursuivre l'exécution du contrat au lieu du versement de la pénalité[46]. Cette vocation de cet accessoire particulier de la créance qu'est la clause pénale a pu justifier les hésitations passées quant à son inclusion dans l'étendue du cautionnement. Mais cette règle du non-cumul du principal et de la peine n'est que supplétive[47], les parties pouvant décider que la clause pénale peut jouer même en cas d'exécution de l'obligation principale. En quoi tout devient affaire de rédaction de la clause pénale qui doit prévoir que le débiteur défaillant sera tenu du paiement de la créance et de la clause pénale. C'est cette solution qu'il convient de retenir lorsque le montant de la clause est déterminé en fonction du capital restant dû. Le prêteur qui la fait jouer n'est pas privé de la possibilité d'obtenir le remboursement des sommes avancées encore dues.

41. L. Aynes, P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrenois, 1re éd., 2003, n° 247, p. 90, P. Grosser, « La Cour de cassation et l'article 2293 du Code civil » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, Defrénois, 2009, p. 203 et s. ; v. également, pour une présentation des hésitations jurisprudentielles, D. Mazeaud, n° 190, p. 102.
42. Sur laquelle v. G. Goubeaux, *La Règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969 ; plus récemment v. également M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 2013.
43. Ph. Pétel, M. Cabrillac, Ch. Mouly et S. Cabrillac, *Droits des sûretés*, Litex Lexis Nexis, 9e éd., 2010, n° 190, p. 139.
44. M. Cabrillac, *Les Accessoires de la créance, études A. weill*, Dalloz, 1983, p. 170 et s, n° 21.
45. V. article 1229, al. 2, du Code civil ; v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, Dalloz, 10e éd., 2009, n° 624, p. 636.
46. V. article 1228 du Code civil.
47. D. Mazeaud, *La Notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n° 161, p. 91.

On rappellera enfin que la caution peut soulever, en vertu de l'article 2313 du Code civil, toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal. À ce titre elle est fondée à demander la réduction de la clause pénale manifestement excessive au fondement de l'article 1152[48], ce qu'en l'espèce les cautions n'avaient pas hésité à faire, mais en vain[49], devant les juges du fond.

3. CLAUSE PÉNALE ET INFORMATION DE LA CAUTION

Reste donc à examiner en dernier lieu la question de l'application de l'article L. 341-1 du Code de la consommation selon lequel : « *Sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée.* » La question est d'importance. Il s'agit là, selon les commentateurs de l'arrêt, du principal apport de la décision[50]. Admettre l'application de ce texte à la clause litigieuse permettait aux cautions de réduire le montant de la somme qui leur revenait de payer, en s'exonérant, en tout ou partie, du paiement de la clause pénale. Le raisonnement des juges du quai de l'horloge est simple : la clause litigieuse est une clause pénale, elle constitue donc bien une pénalité au sens de l'article L. 341-1 précité. Au premier abord le raisonnement paraît sans contestation possible. Il est bien vrai qu'on ne saurait, sans contradiction dans les termes, reconnaître à la fois, comme les juges du fond, que la clause est une clause pénale, mais que l'indemnité forfaitaire qu'elle prévoit n'est pas une pénalité, et par conséquent n'est pas visée par l'article L. 341-1 du Code de la consommation. Dès lors que la qualification de la clause était acquise pour la Cour de cassation peu importait finalement la différence entre les notions de pénalité et d'indemnité[51] : une clause pénale ne peut prévoir le paiement que de pénalités. On objectera que dans l'expression « *pénalités ou intérêts de retards* » figurant dans l'article L. 341-1 précité, on pourrait entendre pénalités de retard, ou intérêts de retard. La solution adoptée par la Cour de cassation est, affirme-t-on[52], conforme à « *l'objet de cette information [qui] consiste à rapidement attirer l'attention de la caution sur les difficultés financières persistantes du débiteur principal et, par voie de conséquence, sur le fait que le cautionnement risque d'entrer, à bref délai, dans une phase active* »[53]. Par conséquent, « *la caution, apprenant que le débiteur n'a pas réglé une échéance, pourra tenter d'inciter ce dernier à exécuter son obligation, ou pourra décider de payer rapidement le créancier, afin de limiter les éventuelles pénalités de retard* »[54]. Certes. Mais cela pourrait confirmer que l'article L. 341-1 du Code de la consommation ne vise que les pénalités de retard. C'est contre l'aggravation de son obligation du fait de l'écoulement du temps que cet article souhaite prémunir la caution. Par conséquent tout devient à nouveau affaire de rédaction de la clause pénale, qui seule permettra de déterminer si elle rentre dans le champ de l'article L. 341-1 précité : seules celles prévoyant que l'écoulement du temps est susceptible d'aggraver la situation de la caution seraient concernées. Le temps n'aurait rien à y voir par exemple dans une équation où la seule variable serait celle du montant du capital restant dû.

On le comprend, ce n'est qu'au prix d'une certaine confusion que la Cour parvient à justifier la réduction du montant des sommes dues par les cautions. Ce que l'article 1152, al. 2, du Code civil n'avait pas permis est réalisé par le truchement de l'article L. 341-1 du Code de la consommation. Reste que la solution n'est pas sans portée[55]. Elle pourrait rejaillir sur l'interprétation des textes, nombreux et dispersés, prévoyant une information de la caution en cas d'incidents de paiement rédigés à l'identique tels que l'article L. 313-9 du Code de la consommation et l'article 47, II, de la loi de 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle[56]. Mais il serait bon que la solution soit confirmée dans des termes clairs pour s'assurer avec certitude que la solution vaut pour l'ensemble des clauses pénales, ou simplement pour celles calculées *prorata temporis* au détriment de la caution. Ce n'est pas neutre pour les prêteurs, comme nous le prouve cet arrêt. ■

48. E. Netter, « Caution et établissement de crédit : retour sur le devoir de mise en garde et les garanties disproportionnées », *RLDC*, 2012, sept., n° 4776, p. 23 et s. sp., p. 24.

49. Ce qui explique que l'on ait pas abordé dans ces lignes l'exercice du pouvoir de révision en tant que tel, sur lequel v. D. Bakouche, *L'Excès en droit civil*, LGDJ, 2005, n° 243, p. 227 et s., Fr. Pasqualini, *La Révision de la clause pénale*, Defresnois 1995, n° 12, p. 769, G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du C. civ. relative à la clause pénale », *RTD civ.* 1985. 647 et s., F. Chabas, *D.* 1976, p. 229 et s.

50. Cass. 1re civ., 19 juin 2013, n° 12-18.478, note M. Mignot, *LEDB*, 2013 N° 8, p. 3 et Ch. Gisjbers, RLDC, 2013, n° 107.

51. Sur laquelle v. D. Mazeaud, *La Notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n° 269, p. 147.

52. Ch. Gisjbers, *RLDC*, 2013, n° 107.

53. S. Piedelièvre, « Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions », *JCP* éd. G., 1998, I, 170, n° 14.

54. G. Piette, *Rép. civ. Dalloz*, V° Cautionnement, n° 126.

55. En ce sens, v. V. Avena-Robardet, « Défaut d'information de la caution : pas de paiement de la clause pénale », *Dalloz actualité*, 2 juillet 2013.

56. V. le tableau récapitulatif des obligations d'informations de la caution : Ph. Pétel, M. Cabrillac, Ch. Mouly et S. Cabrillac, *Droits des sûretés*, Litex Lexis Nexis, 9e éd., 2010, n° 315, p. 221 et s., sp. p. 222.