

# CHRONIQUE

## GARANTIES



**NICOLAS RONTCHEVSKY**

Agrégé des facultés de Droit  
professeur, Centre de droit  
des affaires, Université  
de Strasbourg



**FRANÇOIS JACOB**

Agrégé des facultés de Droit  
Professeur, Centre de droit  
des affaires, Université  
de Strasbourg



**EMMANUEL NETTER**

Maître de conférences,  
Centre de droit privé et  
de sciences criminelles  
d'Amiens, Université  
de Picardie-Jules Verne

### Cautionnement – Mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. 1°) Caution illettrée. Exigence d'un acte authentique. 2°) Loi de police (non).

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 juillet 2015, F-P+B (n° 14-21.763), X c/ Banque populaire Côte d'Azur  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 septembre 2015, FS-P+B+I (n° 14-210.373), Banca di credito cooperativo Valle Serian c/ X

La personne physique, qui ne se trouve pas en mesure de faire précéder sa signature des mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation destinées à assurer sa protection et son consentement éclairé, ne peut valablement s'engager que par acte authentique en qualité de caution envers un créancier professionnel (1<sup>re</sup> esp.). Il incombe au juge français, saisi d'une demande d'application d'un droit étranger, de rechercher la loi compétente, selon la règle de conflit, puis de déterminer son contenu, au besoin avec l'aide des parties, et de l'appliquer (2<sup>e</sup> esp.).

Selon l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en l'absence de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ; est présumé présenter de tels liens celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ; cette présomption est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. Pour déclarer la loi française applicable au contrat de cautionnement souscrit par une personne résidant en France en garantie d'un prêt consenti par une banque italienne à un résident italien, l'arrêt d'une cour d'appel retient que le cautionnement est un contrat autonome et que c'est bien avec la France que le contrat litigieux présentait les liens les plus étroits, dès lors que la caution y résidait lors de sa conclusion et que la prestation était susceptible d'y être exécutée en cas de défaillance du débiteur principal. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le contrat de cautionnement litigieux, rédigé en italien, avait été conclu en Italie, que le prêteur avait son siège dans ce pays, que l'emprunteur y avait sa résidence habituelle et que le contrat de prêt dont l'acte de cautionnement constituait la garantie

était régi par la loi italienne, ce dont il résultait que le contrat de cautionnement en cause présentait des liens plus étroits avec l'Italie qu'avec la France, la cour d'appel a violé l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (2<sup>e</sup> esp.).

Pour déclarer la loi française applicable au contrat de cautionnement, l'arrêt retient encore que les textes du droit français relatifs à la protection de la caution et au formalisme de son engagement ont un caractère impératif. En statuant ainsi la cour d'appel a violé l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 1326 du même code, les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation et l'article 7, § 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Ni l'article 1326 du Code civil, qui fait obligation à la partie qui s'engage seule envers une autre à lui payer une somme d'argent de porter sur le titre constatant cet engagement sa signature ainsi qu'une mention écrite par elle-même de la somme en toutes lettres et en chiffres, ni les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, lesquels imposent à la personne physique qui se porte caution envers un créancier professionnel de faire précéder sa signature d'une mention manuscrite, les mentions prévues par ces textes étant destinées à assurer une meilleure protection de la personne qui s'engage, ne sont des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable, et de constituer une loi de police (2<sup>e</sup> esp.).

#### Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Le formalisme prévu par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation continue à susciter une jurisprudence nourrie<sup>1</sup>, comme en attestent deux arrêts, d'inégale importance, rendus par la Cour de cassation le 9 juillet 2015<sup>2</sup> et le 16 septembre 2015.

1. Cf. notamment J. Devèze (dir.), *Lamy Droit du financement* 2015, n° 4119 et s., « Cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel » (L. n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003).

2. [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr), 7 septembre 2015, obs. V. Avena-Robardet ; cf. le second arrêt du

1. Le premier arrêt approuve la cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir annulé le cautionnement souscrit envers une banque par une personne physique, à la limite de l'illettrisme à la suite d'un parcours scolaire très bref, la mention manuscrite prescrite par les dispositions du Code de la consommation ayant été rédigée par un banquier... La première chambre civile affirme que « la personne physique, qui ne se trouve pas en mesure de faire précéder sa signature des mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation destinées à assurer sa protection et son consentement éclairé, ne peut valablement s'engager que par acte authentique en qualité de caution envers un créancier professionnel ».

La Haute juridiction considère donc, aux termes d'une motivation pouvant s'appliquer dans différents cas de figure, que seul un acte authentique peut suppléer les mentions manuscrites de la caution personne physique lorsque celle-ci ne peut pas les rédiger, pour une raison ou une autre (caution analphabète mais aussi sans doute caution étrangère ou caution atteinte d'un handicap ne lui permettant pas d'écrire). La rédaction d'un acte authentique et l'intervention du notaire, tenu d'un devoir de conseil, permettent d'attirer l'attention de la caution sur les risques de son engagement<sup>3</sup>. La solution devrait être étendue<sup>4</sup>, pour les mêmes raisons, à l'acte sous seing privé contresigné par un avocat qui, aux termes de l'article 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, est en principe aussi « dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

2. De manière plus remarquable, le second arrêt, se prononce sur la loi applicable au cautionnement et la nature des dispositions prévues par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation.

En l'occurrence, par acte sous seing privé du 19 avril 2006, une banque italienne a accordé à un résident italien un prêt dont une personne, résidant habituellement en France, s'est rendue caution par acte séparé du 21 avril 2006, conclu en Italie. Assignée en paiement par la banque italienne, la caution a soutenu que la loi française était applicable à son engagement et a invoqué les dispositions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. Rejetant la demande de la banque, qui faisait valoir que le cautionnement était soumis à la loi italienne, la cour d'appel de Besançon a déclaré la loi française applicable au cautionnement, aux motifs qu'il s'agissait d'un contrat autonome et que c'était bien avec la France que le contrat litigieux présentait les liens les plus étroits, dès lors que la caution y résidait lors de sa conclusion et que la prestation était susceptible d'y être exécutée en cas de défaillance

du débiteur principal. La cour d'appel a encore affirmé que les textes du droit français relatifs à la protection de la caution et au formalisme de son engagement avaient un caractère impératif. Cette motivation est censurée trois fois par la Cour de cassation !

La Haute juridiction rappelle d'abord, au visa de l'article 3 du Code civil, qu'« il incombe au juge français, saisi d'une demande d'application d'un droit étranger, de rechercher la loi compétente, selon la règle de conflit, puis de déterminer son contenu, au besoin avec l'aide des parties, et de l'appliquer ». Elle affirme ensuite, au visa de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, que, « selon ce texte, en l'absence de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ; qu'est présumé présenter de tels liens celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ; que cette présomption est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays », de sorte qu'en déclarant la loi française applicable « alors qu'elle avait constaté que le contrat de cautionnement litigieux, rédigé en italien, avait été conclu en Italie, que le prêteur avait son siège dans ce pays, que l'emprunteur y avait sa résidence habituelle et que le contrat de prêt dont l'acte de cautionnement constituait la garantie était régi par la loi italienne, ce dont il résultait que le contrat de cautionnement en cause présentait des liens plus étroits avec l'Italie qu'avec la France, la cour d'appel a violé ledit texte susvisé ». Enfin, elle considère, et là réside l'apport essentiel de l'arrêt rapporté, que les dispositions en jeu ne relèvent pas d'une loi de police. Au visa de l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 1326 du même code, les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la Consommation et l'article 7, § 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980, il est jugé que « ni l'article 1326 du Code civil, qui fait obligation à la partie qui s'engage seule envers une autre à lui payer une somme d'argent de porter sur le titre constatant cet engagement sa signature ainsi qu'une mention écrite par elle-même de la somme en toutes lettres et en chiffres, ni les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, lesquels imposent à la personne physique qui se porte caution envers un créancier professionnel de faire précéder sa signature d'une mention manuscrite, les mentions prévues par ces textes étant destinées à assurer une meilleure protection de la personne qui s'engage, ne sont des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable, et de constituer une loi de police ».

Cette solution, d'une importance certaine au plan pratique, doit être approuvée. Si les dispositions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation sont assurément d'ordre public, il s'agit ici d'un ordre public de protection de la caution<sup>5</sup>, dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité relative de son engagement<sup>6</sup> (ou de la stipulation de solidarité avec

9 juillet 2015 commenté ci-après par F. Jacob.

3. Comp., avant l'application des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation issus de la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1964, D. 1965, p. 626, qui juge qu'ayant constaté que les signataires d'un contrat de cautionnement, habitant un district rural, étaient « positivement illettrés », les juges du fond ont pu estimer que les signataires avaient donné leur consentement à une convention ayant un objet autre que celle à laquelle ils pensaient adhérer dans la croyance qu'ils n'apportaient qu'une garantie morale.

4. Cf. V. Avena-Robardet, obs. préc.

5. Cf. notamment Lamy Droit du financement 2015, op. cit., n° 4121.

6. Cf. Cass. com., 5 février 2013, Bull. civ. IV, n° 20 ; D. 2013, p. 428, obs.

R. Lichhaber, jugeant que « la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L.

le débiteur<sup>7</sup>). On ne saurait donc considérer que l'on est en présence d'une loi de police ne pouvant pas être éludée alors même que la loi française ne serait pas

applicable au cautionnement (en raison du choix d'une loi étrangère par les parties ou de l'application des dispositions de l'article 4 de la Convention de Rome). ■

341-3 du Code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant » ; *adde* CA Grenoble, ch. com., 12 févr. 2015, n° 13/03643, JCP 2015. 604, n° 4, obs. Ph. Simler.

7. Cf. Lamy Droit du financement 2015, *op. cit.*, n° 4122.

### Cautionnement – Mention manuscrite – Art. L. 341-2 C. consom. Indication de la durée de l'engagement de la caution – Renvoi aux clauses imprimées de l'acte – Nullité.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2015, pourvoi n° 14-24.287, F-P+B.

Si les dispositions de l'article L. 341-2 du Code de la consommation ne précisent pas la manière dont la durée de l'engagement de la caution doit être exprimée dans la mention manuscrite, il n'en demeure pas moins que, s'agissant d'un élément essentiel permettant à la caution de mesurer la portée exacte de son engagement, cette mention doit être exprimée sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux clauses imprimées de l'acte.

Commentaire de François Jacob

Depuis la loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>1</sup> et l'insertion dans le Code de la consommation d'un article L. 341-2, la caution personne physique qui garantit par acte sous seing privé un créancier professionnel ne s'engage valablement qu'à la condition de rédiger à la main une mention où il est indiqué pour quel montant et pour quelle durée elle s'oblige. Cette exigence formulée, et puisque ce qu'il faut écrire c'est « et pour la durée de... », avec un blanc à remplir, il devenait à peu près clair que la pratique jusqu'alors parfaitement valable et courante du cautionnement à durée indéterminée devrait ou pourrait être condamnée. Un doute pouvait cependant subsister. Après tout, la prohibition du cautionnement à durée indéterminée se justifie mal ; ce type de cautionnement n'est pas intrinsèquement dangereux en effet.

Ainsi, dans l'hypothèse où la dette principale est déterminée, qu'elle soit née ou sur le point de naître, la caution engagée pour une durée indéterminée demeurera normalement tenue tant que cette dette n'aura pas été remboursée et éteinte ; mais c'est dans l'ordre des choses ; cela relève même de l'essence de l'engagement de la caution alors, celle-ci étant du reste protégée contre les risques que ferait peser sur elle une prorogation du terme de l'obligation principale<sup>2</sup>.

Dans l'hypothèse maintenant où le contrat principal donne naissance à des dettes successives, ou dans celui de la garantie d'un ensemble indéterminé de dettes futures, le cautionnement souscrit pour une durée indéterminée pourra être résilié unilatéralement, solution particulièrement opportune lorsque, comme c'est généralement le cas dans l'hypothèse visée, le cautionnement a été pris en considération d'une situation qui peut évoluer, dans un sens qui fera perdre à l'engagement sa raison d'être (la caution était dirigeant de la société débitrice mais aura dû, volontairement ou non, y abandonner ses fonctions par exemple).

Les chances que l'article L. 341-2 soit interprété sur ce point de façon libérale sont cependant très faibles. Une durée doit être indiquée, qui ne pourra être une... « durée illimitée ». Dans une décision rendue par la cour d'appel de Versailles le 3 avril 2014 à propos d'un cautionnement dont la mention renvoyait à la durée de l'opération principale, qui était à durée indéterminée, il a du reste été proclamé qu'« il se déduit de l'exigence d'une mention de la durée du cautionnement que sont prohibés les cautionnements souscrits pour une durée indéterminée ». Cet arrêt douche froide a pu décevoir les plus optimistes.

Néanmoins l'on pouvait se dire que le cautionnement pourrait du moins être validé lorsqu'il serait renvoyé par la mention à la durée d'une opération principale assortie d'un terme fixe<sup>3</sup>. Il semble pourtant que cela ne doive pas non plus être le cas. Sur le cautionnement dont il est question dans l'arrêt que nous voulons signaler ici, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 juillet 2015, la caution, garantissant un simple prêt qui devait être remboursé avant un certain terme, avait écrit qu'elle s'engageait « pour la durée de l'opération garantie + deux ans ». Cette indication pouvait paraître suffisante. Ainsi que le pourvoi le faisait observer, la loi ne fixe pas « la manière dont la durée de l'engagement doit être mentionnée dans l'acte de cautionnement ». La Cour de cassation juge pourtant que la cour d'appel de Montpellier a pu « à bon droit » retenir que, « s'agissant d'un élément essentiel permettant à la caution de mesurer la portée exacte de son engagement, la mention devait être exprimée sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux clauses imprimées de l'acte », de sorte que le cautionnement liti-

1. Sur cette loi, v. notamment P. Crocq, *RTD civ.* 2004, p. 121 ; V. Avena-Robardet, *D.* 2003, chron p. 2083 ; D. Legeais, *JCP E* 2003, 1433 ; D. Houtcieff, *JCP G* 2003, I, 161.

2. V. par exemple Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires,*

5<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2015, n° 493 s.

3. Rappr. : Ph. Simler, *op. cit.*, n° 260.

gieux encourait la nullité. Ainsi apparaît-il qu'il ne convient pas seulement de s'engager pour une durée déterminée ; encore faut-il que la durée déterminée pour laquelle on s'engage soit indiquée dans la mention. L'exigence peut paraître excessive, voire agaçante. En l'état du droit, on peut néanmoins la comprendre.

La justification que les juges donnent à leur solution est que tout doit être dit dans la mention, qui doit être suffisamment précise pour que l'on n'ait pas à se reporter aux clauses dactylographiées de l'acte. Cette analyse est la conséquence de l'idée que la caution ne doit pas être engagée par d'autres termes que ceux qu'elle aura retranscrits de sa main et qui auront eu ainsi toutes les chances de pénétrer son esprit. En résumé, on ne concevrait correctement que ce que l'on a écrit. Cette idée, à l'origine de laquelle on trouve d'ailleurs la jurisprudence elle-même, est certainement contestable. Mais elle est sans aucun doute celle qui a inspiré le législateur. On peut difficilement faire aux juges le reproche de s'y conformer.

Observons par ailleurs que le terme que le législateur entend voir inscrit dans la mention est forcément *extinctif*. Certes une ambiguïté demeure. Ainsi, lorsque c'est une dette déterminée (tel prêt) qui est garantie, en s'engageant « pour la durée de... » on paraît vouloir limiter la durée de l'obligation de règlement et empêcher toute poursuite de la caution après un certain moment. S'agissant en revanche de la garantie de dettes futures et indéterminées (quoique déterminables) ou des dettes issues d'un contrat successif, spécialement à durée indéterminée, c'est plutôt à la durée (l'étendue) de l'obligation de couverture que l'on assigne une limite avec la mention « pour la durée de... ». Quoi qu'il en soit, le terme dont il est question dans le contrat principal est en revanche bien souvent *suspensif* pour ce qui le concerne. Il détermine l'exigibilité de l'obligation, un échéancier éventuellement,

le temps pour lequel le crédit est consenti. Par conséquent, renvoyer dans la mention à ce que peut être la durée de l'opération ou de l'obligation garantie sera (serait) fréquemment source de confusion. On dira qu'en l'espèce le « + deux ans » après l'opération garantie (un simple prêt remboursable à terme) était bien *extinctif* et que la gêne ne tenait qu'à la nécessité de se reporter aux stipulations imprimées pour savoir à partir de quel moment compter ces deux années. Mais ce qui pouvait paraître finalement relativement clair ici ne le sera généralement pas.

Ceci étant posé, on ne voit pas bien ce qui interdirait de s'engager « pour la durée des fonctions » (celles qu'exerce éventuellement la caution au sein de la société débitrice). Un tel terme est un assurément *extinctif*. La durée de l'engagement de la caution n'est plus indéterminée alors, mais paraît au contraire suffisamment fixée pour que les exigences de l'article L. 314-2 à cet égard soient satisfaites, puisque rien n'impose de considérer que la loi veuille un terme *certain*<sup>4</sup>. Par ailleurs une telle mention se suffit à elle-même, en ce sens que l'on peut certainement en saisir la portée exacte sans avoir à se reporter à de quelconques clauses dactylographiées. Rappelons enfin qu'à exiger un terme certain l'on inciterait les créanciers à imposer trop souvent des termes extrêmement lointains, tant qu'à faire. Les dirigeants cautions resteraient engagés bien après leur départ et la perte de tout contrôle sur la gestion du débiteur. Ce ne serait, selon les hypothèses, rassurant pour personne. ■

4. Le terme est dit *certain* lorsqu'est indiquée une date ou qu'il est fait référence à un événement situé avec précision dans le temps. Le terme est au contraire *incertain* lorsque le moment de l'évènement auquel il est renvoyé, bien qu'il soit certain, n'est pas connu à l'avance. Sur cette distinction, v. par exemple F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1200.

### Art. L. 341-4 C. conso. – Proportionnalité du cautionnement – Prise en compte des revenus escomptés de l'opération garantie (non).

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 2015, FS-P+B, n° 14-13.126.

**La proportionnalité de l'engagement de la caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie.**

Commentaire d'Emmanuel Netter

Les personnes physiques ne doivent pas contracter de cautionnements trop grands pour elles. Le créancier professionnel qui les solliciterait doit veiller à ne pas trop charger leurs frêles épaules. Une bonne sûreté, lorsqu'elle est mise en œuvre, ne provoque pas l'écrasement du garant. Mais comment mesure-t-on exactement la robustesse d'un candidat au cautionnement ? La question n'est pas aussi simple qu'il y paraît.

Une banque avait prêté une importante somme d'argent à une SCI, en obtenant, pour limiter son risque, les cautionnements solidaires de plusieurs individus. Le débiteur principal ayant manqué à sa parole, les garants avaient été poursuivis. Parmi eux, Mme X. refusait de payer, en brandissant l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Ce texte dispose que : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». La caution produisait un avis d'imposition, daté de l'année durant laquelle la garantie avait été signée, et établissant qu'à l'époque, son niveau de revenus était particulièrement faible. Les juges d'appel l'avaient pourtant condamnée, au motif que : « l'avis d'imposition [...] est insuffisamment significatif, dès lors qu'il ne prend pas en compte les revenus escomptés de l'opération garantie ». L'argent prêté à la SCI devait, il est vrai, servir à un investissement. Mme X. étant associée de

cette société, elle avait vocation à recueillir sa part des fruits éventuellement produits par l'opération. Mais ladite opération avait échoué. Les fruits attendus avaient pourri sur l'arbre avant même d'être mûrs. La banque pouvait-elle le prévoir? Il est facile de porter sur l'ensemble de l'opération un regard rétrospectif. Le Code de la consommation commande plutôt d'évaluer la capacité de la caution au moment de la « conclusion » de l'acte. Que devait faire l'établissement de crédit bénéficiaire si, à l'époque, le succès semblait probable, et les dividendes futurs élevés?

Placée par le pourvoi face à cette difficulté, la Première chambre civile de la Cour de cassation répond sans détour. Dans cet arrêt du 3 juin 2015, elle juge de manière générale que « la proportionnalité de l'engagement de la caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie »<sup>1</sup>.

La décision est parfois présentée comme « contraire » à la jurisprudence antérieure de cette chambre<sup>2</sup>. C'est sans doute un raccourci. Certes, dans un arrêt du 4 mai 2012, on pouvait lire : « [...] appréciant souverainement les facultés contributives de M. X. au regard, notamment, des perspectives de développement de l'entreprise qu'il avait créée, la cour d'appel a estimé que le cautionnement souscrit par celui-ci n'était pas disproportionné à ses biens et revenus ; que c'est cette appréciation, qui est souveraine, qu'en ses diverses branches le moyen tente, en réalité, de contester ; qu'il ne peut donc être accueilli [...] »<sup>3</sup>. Mais l'on comprend donc qu'à la question de savoir s'il fallait tenir compte des revenus procurés par l'éventuel succès de l'opération principale, la Haute juridiction ne répondait pas. Elle se retranchait derrière l'appréciation souveraine des juges du fond. Quelques années auparavant, la Chambre commerciale procédait déjà de même : « [...] l'arrêt relève que [...] il était imprudent de déduire des résultats antérieurs bénéficiaires de l'entreprise et de sa qualité d'associé que les revenus de Mme Y. augmenteraient de façon sensible et régulière ; qu'il en déduit par une appréciation souveraine qu'il existait une disproportion [...] »<sup>4</sup>. Une telle position, on l'aperçoit, n'était par principe ni favorable ni défavorable aux cautions : les juges du fond, à l'issue d'un raisonnement argumenté, étaient libres d'inclure ou d'exclure les profits escomptés de l'opération principale lorsqu'ils vérifiaient que le cautionnement avait été correctement proportionné.

Ces arrêts méritent d'être examinés sous l'angle de la technique de cassation. La question posée relève-t-elle du fait – elle mériterait alors d'être effectivement abandonnée à l'appréciation souveraine des juridictions du fond – ou du droit? Au premier abord, il semble que le degré de solidité d'une caution soit une question de fait, appelant un examen au cas par cas. De quel capital, de quel patrimoine dispose le garant, quelle est sa valeur, sa liquidité? Quelles sont ses sources de revenus, sont-elles pérennes? Ces revenus vont-ils évoluer favorablement, par exemple par le jeu d'une promotion interne pour un salarié (événement aléatoire, mais

dont la probabilité peut parfois être estimée), ou par le simple écoulement du temps (pour un fonctionnaire progressant à l'ancienneté par exemple)? Toutes ces questions paraissent relever du fond du dossier, du pur fait.

Mais les revenus escomptés de l'opération principale ne sont pas des revenus futurs comme les autres. Dès 2012, M. Crocq l'avait parfaitement démontré : « [...] si la prise en compte du succès éventuel de l'opération garantie est parfaitement justifiée lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité de la banque à l'égard de l'emprunteur, cette même prise en compte est, en revanche, plus contestable dans le cas de la caution puisque l'exécution de l'engagement de la caution suppose, par définition, que l'opération garantie n'ait pas connu le succès escompté. Il peut donc paraître peu logique de prendre en compte ce succès éventuel pour apprécier la proportionnalité de l'engagement de la caution à ses biens et revenus »<sup>5</sup>. Là réside l'explication de l'arrêt rapporté.

Un autre auteur écrit que « les revenus futurs ne peuvent être pris en compte que s'ils sont habituels et d'une relative certitude. Les revenus qui paraissent exceptionnels ou aléatoires ne sont pas pris en compte. [...] En l'espèce, les revenus dont il n'est pas tenu compte sont ceux escomptés de l'immeuble acquis avec le prêt. Ils sont affectés d'une part d'aléa qui suffit à les exclure »<sup>6</sup>. Mais s'il ne s'agissait que de constater la grande incertitude affectant les rentrées d'argent discutées, cela relèverait nous semble-t-il d'une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Or, l'approche de M. Crocq signifie que le problème est juridique. Il s'agit finalement d'éclairer le sens de la loi elle-même, incomplète sur ce point. Le législateur a souhaité qu'une caution actionnée ne soit pas broyée par le poids d'une dette excessive. Or, si elle est amenée à payer, c'est nécessairement que l'opération principale est un échec<sup>7</sup>. Dès lors, tenir compte, pour évaluer la solidité du garant, de revenus qu'il n'aura logiquement pas perçus, n'est pas simplement téméraire, c'est absurde. Dire cela, c'est prolonger l'article L. 341-4 du Code de la consommation des mots qu'il aurait dû contenir, si le législateur avait repéré la difficulté technique. C'est poser une règle.

Un tel raisonnement permet de résoudre deux problèmes successivement. Premier problème : la question de savoir s'il faut tenir compte des revenus escomptés de l'opération garantie pour évaluer la juste proportion du cautionnement relève-t-elle des juges du fond ou des juges du droit? Elle relève de la Cour de cassation. Deuxième problème : dans quel sens est-il opportun de trancher la difficulté? Il ne faut pas tenir compte de ces revenus.

C'est la Chambre commerciale qui, la première, a pris position en ce sens. Alors que par le passé, nous l'avons vu, elle avait laissé les juges du fond libres de leur appréciation, elle a décidé en 2013 que « [...] la proportionnalité de l'engagement de la caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie [...] »<sup>8</sup>. La cour d'appel ayant tenu compte

1. Dalloz actu., 15 juin 2015, obs. V. Avena-Robardet ; l'Essentiel Droit bancaire, 1<sup>er</sup> septembre 2015, n° 8, p. 4, obs. M. Mignot ; l'Essentiel Droit des contrats, 8 juillet 2015, n° 7, p. 2, obs. G. Guerlin.

2. En ce sens, V. les obs. préc. de V. Avena-Robardet.

3. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2012, n° 11-11.461 ; Bull. civ. I, n° 97 ; RDI, 2012, 396, obs. H. Heugas-Darraspen ; Dr. et Patr. juill.-août 2012, 102, obs. L. Aynès ; RLDC juill.-août 2012, 32, obs. G. Marraud des Grottes ; RTD. civ., 2012, p. 556, obs. P. Crocq.

4. Cass. com. 6 févr. 2007, n° 04-15362 ; Bull. civ. IV, n° 18 ; D. 2007, 575, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2007, 372, obs. P. Crocq.

5. P. Crocq, obs. préc. ss. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2012.

6. M. Mignot, obs. préc. ss. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 2015.

7. Certes, une caution solidaire est privée du bénéfice de discussion, mais l'hypothèse d'une caution poursuivie pour plusieurs dizaines de milliers d'euros puis assignée en justice, alors que le débiteur principal est en parfaite santé, est d'école.

8. Cass. com. 4 juin 2013, n° 12-15-518, inédit ; Rev. sociétés 2013, 680, note D. Legeais ; RD. banc. et fin., 2013, 131, obs. A. Cerles ; D. 2014, 1618, obs. P. Crocq ; JCP 2013, doct. 1256, n° 2, obs. P. Simler ; Dr. et patr., févr. 2014, 60, obs. P. Dupichot ; Defrénois 2014, 434, obs. S. Cabrillac.

de ces ressources a été censurée pour violation de la loi. La solution a été réaffirmée à plusieurs reprises<sup>9</sup>. Relevons que ces arrêts de la Chambre commerciale sont inédits, ce qui démontre une fois de plus que de telles décisions, qui peuvent contenir des attendus de principe, sont loin d'être systématiquement anodines. La doctrine ne s'y est pas trompée, qui les a traités comme de véritables prises de position.

Certains auteurs évincent de cette jurisprudence qu'il est « interdit de tenir compte », de manière générale, des « revenus prévisibles » – par opposition aux revenus futurs mais certains<sup>10</sup>. Il nous semble au contraire que ces arrêts se prononcent uniquement sur les revenus directement attendus de l'opération garantie et qu'ils ne concernent pas, par exemple, la progression de carrière attendue d'un salarié caution mais qui serait sans lien avec le contrat de base. Les revenus affectés d'une simple incertitude devraient continuer à relever de l'appréciation souveraine des juges du fond, quand les revenus attendus de l'opération principale sont à ignorer par principe. La différence est de nature, non de degré.

Ainsi le pouvoir souverain est-il étroitement encadré, et la méthode de raisonnement utilisée par les juges du fond contrôlée. S'assurer de la juste proportion de l'engagement souscrit par la caution suppose de s'intéresser non seulement à son actif, mais aussi à son passif. Lorsqu'il est question des dettes de la caution, là aussi, la Haute juridiction procède à ce que certains appelleront un contrôle léger, et à ce que d'autres considéreront simplement comme une distinction très fine entre ce qui relève du fait et ce qui relève du droit. En principe, l'appréciation du degré d'endettement, qui sera ensuite mis en balance avec les biens et revenus, est souveraine. Mais pour justifier du caractère proportionné d'un cautionnement, des juges du fond avaient affirmé que le poids de la garantie était réparti entre plusieurs cautions. Pourtant, il s'agissait

de cautions solidaires, ce qui signifie que l'intégralité de la dette pouvait être réclamée à n'importe laquelle d'entre elles : il était donc indispensable de prendre en compte le montant garanti dans son intégralité. Ne pas le faire, c'était se fourvoyer à propos d'une règle de droit, et donc s'exposer à la censure de la Haute juridiction<sup>11</sup>. C'est à une clarification du même type que procède l'arrêt rapporté.

La décision comporte un second motif de censure, sur lequel nous passerons bien plus rapidement. La caution considérée était une caution non avertie – du moins cette qualification n'était-elle pas discutée à hauteur de cassation. Dès lors qu'existait entre la banque et son garant une asymétrie de compétence, elle devait le mettre en garde contre les dangers présentés par son engagement, et qu'il n'était pas capable d'apercevoir seul. Les juges du fond estimaient pourtant que la caution avait démontré sa parfaite compréhension de la situation, en se fondant sur plusieurs indices. Parmi eux, la rédaction et la signature de la mention manuscrite exigée par le Code de la consommation. Voilà qui n'était pas convaincant. La recopie de la mention manuscrite, à supposer qu'elle remplisse efficacement le rôle pédagogique que le législateur lui a assigné – ce dont nous doutons – permet au garant de comprendre le mécanisme général de la sûreté et la notion abstraite de risque de crédit. Il n'est pas pour autant renseigné sur les caractéristiques et le degré de danger présentés par le montage précis dans lequel il s'engage. Un conseil personnalisé est nécessaire, à l'occasion duquel l'établissement de crédit usera de sa capacité supérieure à se projeter dans l'avenir et à décrypter des documents financiers pour éclairer son garant<sup>12</sup>. ■

9. Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-27.625 et n° 13-25.202, inédits : RD banc. et fin. 2015. Comm. 42 ; Rev. sociétés 2015. 306, obs. S. Prévost ; Com. 10 févr. 2015, n° 13-27.141, inédit.

10. D. Legeais, note préc. ss. Cass. com. 4 juin 2013.

11. Cass. com. 22 mai 2013, n° 11-24.812 ; Bull. civ. IV, n° 84 ; D., 2013, actu., 1340, obs. Avena-Robardet ; Gaz. Pal., 2013, 1680, note M. Mignot ; Dr. et Patr., févr. 2014, 61, obs. P. Dupichot ; LPA, 28 juin 2013, 18, obs. V. Legrand ; RLD, juill. 2013, p. 31, obs. G. Marraud des Grottes.

12. Du reste, puisque toute caution personne physique doit recopier cette mention lorsqu'elle garantit un créancier professionnel, à suivre une telle argumentation, on se demande bien ce qui resterait du devoir de mise en garde...

## BANQUE & DROIT

18 rue La Fayette 75009 Paris  
Fax : 01 48 24 12 97  
[www.revue-banque.fr](http://www.revue-banque.fr)

**Avis aux lecteurs.** Les articles publiés dans *Banque & Droit* n'expriment que le point de vue de leurs auteurs. Le contenu de ces articles n'engage pas *Revue Banque* qui n'entend pas prendre position à leur égard.

La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans *Banque & Droit*, sans accord écrit de la société *Revue Banque SARL*, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

**Fondateur :** François de Juvigny  
**Directeur de la publication :** Valérie Ohannessian  
**Secrétaire général :** Pierre Coustols  
**Directeur éditorial :** Jean-Jacques Daigre  
**Rédacteur en chef :** Élisabeth Coulomb

**Secrétariat de rédaction :** 1<sup>er</sup> SR, Alain de Seze (54 17) ; Christine Hauvette (54 10)  
**Maquette :** 1<sup>er</sup> maquettiste, Emmanuel Gonzalez (54 12) ; Alexandra Démétriadis (54 18)

**Comité éditorial :** Georges Affaki, Affaki, société d'avocat, Thierry Bonneau, Université Paris II (Panthéon-Assas) ; Marielle Cohen-Branche, AMF ; Gérard Gardella, Société Générale ; Jean-Louis Guillot, BNP Paribas ; Emmanuel Jouffin, La Banque Postale ; Pierre Minor, Crédit Agricole SA ; Nicolas Molfessis, Université Paris II (Panthéon-Assas) ; Pascale Parquet, BPCE ; André Prüm, Université du Luxembourg ; Hubert de Vauplane, Université Paris II (Panthéon-Assas).

**Comité de lecture :** Philippe Arestan, Crédit Agricole CIB ; Thierry Bonneau, Université Paris II (Panthéon-Assas) ; Alain Cerles, Paul Hastings-Paris ; Gérard Gardella, Société Générale ; Jean-Louis Guillot, BNP Paribas ; Jean-Pierre Mattout, Kramer Levin Naftalis & Frankel ; Thierry Samin, Société Générale ; Michel Storck, Faculté de droit de Strasbourg.

**Pour nous contacter, devant chaque numéro, ajouter l'indicatif 01 48 00.**

**Abonnements :** REVUE BANQUE – 18 rue La Fayette 75009 Paris – Pauline Étienne  
Tél. : 33(0)1 48 00 54 26 – Fax : 33(0)1 48 00 54 25 – E-mail : [service.abonnement@revue-banque.fr](mailto:service.abonnement@revue-banque.fr)  
ISSN 1777-5752/CPAP 0619 T 84972 – Imprimé à Nancy (54) par Bialec – Dépôt légal 3<sup>e</sup> trimestre 2015.