

# CHRONIQUE

## DROIT DES SÛRETÉS



**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  
Université de Picardie-Jules Verne

### **Cautionnement – Disproportion de l'engagement du cofidéjusseur – Libération par application de l'art. L. 341-4 C. conso. – Bénéfice de subrogation de l'art. 2314 C. civ. – Recours personnel en contribution de l'art. 2310.**

Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13-709, FS-P+B+I.

**La sanction prévue par l'article L. 341-4 du Code de la consommation prive le contrat de cautionnement d'effet à l'égard tant du créancier que des cofidéjusseurs, de sorte que le cofidéjusseur recherché par le créancier, et qui n'est pas fondé à invoquer le défaut de transmission d'un droit dont il aurait été privé pour revendiquer le bénéfice de l'article 2314 du Code civil, ne peut ultérieurement agir sur le fondement de l'article 2310 du même code contre la caution qui a été déchargée en raison de la disproportion manifeste de son engagement.**

Commentaire de François Jacob

C'est en chambre mixte que la Cour de cassation a rendu le 27 février dernier cet arrêt qui concerne deux importantes questions, non réglées jusqu'alors à ce niveau, du genre de celles qui naissent de la complexité particulière de l'opération de cautionnement, à laquelle participent trois personnes au minimum, mais qui en fait interviennent souvent davantage encore.

En l'espèce, ce ne sont d'ailleurs pas moins de cinq cautions qui s'étaient engagées à garantir le remboursement d'une série de prêts consentis par une banque à une société. Concédonsons que c'est au sort de l'action dirigée contre deux d'entre elles que l'attention va toutefois se concentrer. Ces deux cautions – deux frères –, citées devant le tribunal de commerce en leur qualité de dirigeant et de codirigeant de la société débitrice, se défendaient l'une et l'autre en invoquant le caractère manifestement disproportionné de leur engagement et la libération prévue en pareille hypothèse par l'article

L. 341-4 du Code de la consommation<sup>1</sup>. Le plaidoyer de l'une fut convaincant, sans doute, et elle fut libérée. Le plaidoyer de l'autre ne le fut pas, en revanche, qui se trouva condamnée. Partant, le problème devint celui de savoir quel pouvait être le retentissement de la libération de la première sur les droits et obligations de la seconde. Une question était ainsi de savoir si, à défaut d'avoir été libérée en application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, la seconde caution ne pouvait alors obtenir d'être libérée en application de l'article 2314 du Code civil, qui permet la décharge de la caution lorsque le créancier perd des droits qui auraient pu profiter à cette caution, par subrogation, ici contre un cofidéjusseur. Une autre question était de savoir si cette caution, privée de toute possibilité de subrogation dans les droits du créancier contre ce cofidéjusseur, ne conservait pas du moins contre lui, « pour sa part et portion », et quoiqu'il fût libéré vis-à-vis du créancier, la possibilité du recours personnel en contribution prévu à l'article 2310 du Code civil. La Cour de cassation répond à ces deux questions par la négative. Mais la réponse n'allait de soi ni dans un cas ni dans l'autre.

D'ailleurs, sur la possibilité pour une caution d'exercer un recours personnel en contribution contre un cofidéjusseur libéré à raison de la disproportion de son engagement, la cour d'appel, jugeant que « la caution qui a payé dispose du recours légal prévu à l'article 2310 », avait eu une lecture différente de celle de la Cour de cassation, une lecture que l'avocat général ne suggérerait nullement de réviser dans son avis<sup>2</sup>, qui soulignait au contraire qu'il n'est pas certain que « la solution qui interdirait aux cofi-

1. C. conso., art. L. 341-4: « 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. »

2. Rédigé par l'Avocat général Laurent Le Mesle et disponible sur le site de la Cour de cassation.

déjuseurs de se retourner contre celui dont le cautionnement a été jugé hors de proportion serait aussi juste qu'on pourrait le penser ». Pour étayer ce point de vue, l'avocat général faisait valoir qu'il est ainsi des hypothèses dans lesquelles les cofidéjuseurs du dirigeant caution bénéficiant de l'exception de disproportion se seront engagés sans être eux-mêmes intéressés à la relation d'affaires garantie, simplement pour rendre service, et qu'il serait inéquitable de les laisser supporter seuls le poids de la dette. Un autre argument de surcroît existait, de nature lui aussi à convaincre de laisser ouvert le recours de l'article 2310 du Code civil, et qui consistait à relever que l'article L. 341-4 du Code de la consommation ne prévoit ni la nullité ni l'extinction du cautionnement<sup>3</sup> et, formellement, aucune autre sanction que celle qui va frapper alors le créancier, à condition du reste qu'il soit un professionnel, ce que la caution invoquant l'article 2310 ne sera normalement pas. Ce deuxième argument, sans doute, était meilleur que le premier, qui relevait de la considération ponctuelle d'opportunité. Mais cet argument était peut-être d'ordre un peu trop littéral ; et il n'a pas suffi.

Il est vrai qu'une solution contraire à celle retenue par la cour d'appel avait été défendue de façon convaincante en doctrine. Par Mme Barthez et M. Houtcieff d'abord, qui avaient fait observer que permettre à la caution dont l'engagement était proportionné de poursuivre pour sa part contributive celle dont ce n'était pas le cas ne serait guère conforme à l'esprit de la loi et reviendrait à vider de sa substance le mécanisme de protection voulu par le Code de la consommation. Par M. Simler ensuite, qui avait eu l'occasion d'écrire, pour approbation d'une décision de la cour d'appel de Paris<sup>4</sup>, que la disproportion de son engagement est une exception que la caution doit pouvoir opposer *erga omnes* au même titre qu'un vice du consentement ou une incapacité, ou encore, s'agissant d'une société par actions, un défaut d'autorisation, et qui avait souligné aussi que cette disproportion de l'engagement d'une caution s'apparente à une insolvabilité de celle-ci, et que l'on sait que le poids de la dette, dans cette hypothèse de l'insolvabilité d'une caution, retombe en entier sur la ou les cautions solvables<sup>5</sup>.

Posant expressément que la caution recherchée par le créancier « ne peut ultérieurement agir sur le fondement de l'article 2310 (du Code civil) contre la caution qui a été déchargée en raison de la disproportion manifeste de son engagement », c'est à la solution défendue par ces auteurs que se range la chambre mixte. Sa décision aurait pu être moins bien fondée. Ajoutons qu'elle n'est pas foncièrement inéquitable. La caution qui reste, et qui aura été recherchée par le créancier, est certes privée de la possibilité de faire partager par une autre la charge du paiement. Mais après tout, cette caution avait bel et bien accepté de s'engager à ce paiement, sans faire de l'engagement

(disproportionné) pris par ailleurs la condition de son propre engagement *a priori* ; dans le cas contraire, en effet, elle aurait obtenu d'être libérée elle aussi.

La décision de refuser le bénéfice de l'article 2314 à la caution du cofidéjuseur déchargé pour disproportion était-elle tout aussi justifiée ? On peut le penser. Au demeurant, cette solution que retient la chambre mixte est aussi celle qu'avait retenue la cour d'appel et qui était préconisée par l'avocat général dans son avis. La question de la décharge par l'article 2314 méritait pourtant d'être posée. Par hypothèse une sûreté a été perdue par le créancier. Or « il ne fait aucun doute que toutes les sûretés, qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires, réelles ou personnelles, doivent être considérées comme visées par le texte dès lors qu'elles sont susceptibles de profiter à la caution par voie de subrogation »<sup>6</sup>, et que c'est le cas notamment d'un autre cautionnement, quoique la décharge envisageable alors ne puisse être au mieux que partielle, puisque ce qui peut être perdu pour la caution en ce cas n'est jamais que la possibilité d'alléger son fardeau. On pouvait donc effectivement penser l'article 2314 éventuellement applicable dans cette hypothèse où la perte du bénéfice d'un cautionnement par le créancier s'explique par la disproportion de l'engagement recueilli. Toute possibilité de décharge est pourtant écartée. Comment l'expliquer ?

À en croire l'avocat général – qui soutient dans son avis que l'article L. 341-4 du Code de la consommation « n'ouvre aucun espace au prononcé d'une éventuelle décharge sur le fondement de l'article 2314 du Code civil » – c'est à la fois l'absence de faute du créancier, le caractère non exclusif de son fait<sup>7</sup> aussi bien que le caractère finalement incongru de la question qui justifiaient l'absence de toute possibilité d'invoquer l'article 2314. Il existerait donc trois obstacles au moins au jeu de ce texte. Les arguments avancés sont cependant d'inégale valeur.

Ainsi est-il douteux qu'il n'y ait pas faute à faire souscrire un cautionnement disproportionné quand on est un créancier professionnel en vérité. Seul le créancier professionnel est exposé à l'application de l'article L. 341-4 d'ailleurs. Sans doute est-ce bien qu'il y a *a priori* une faute, quand on est un créancier professionnel, à faire souscrire un cautionnement disproportionné. Le créancier professionnel sait les risques d'endettement en effet, et doit chercher à les prévenir en procédant à des vérifications. C'est sur cette base que s'est construite la fameuse jurisprudence *Macron-Nahoum* qui est sans aucun doute à l'origine de la généralisation de l'exigence de proportionnalité par la loi Dutreil de 2003 et l'article L. 341-4 du Code de la consommation qui en est résulté, et aussi de ce persistant devoir de mise en garde qui bénéficie au débiteur principal comme à la caution<sup>8</sup>. L'avocat général le reconnaît lui-même : l'idée

3. V. Ch. Atias, qui le souligne (« Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation », D. 2003, p. 2620).

4. CA Paris 28 mai 2013, n° 2013/02940 (jugant qu'une caution peut opposer la disproportion de son engagement à un cofidéjuseur qui agit contre elle en contribution).

5. V. Ph. Simler, JCP G 2003, doct. 1256, n° 4.

6. V. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2008, n° 818, et la jurisprudence citée.

7. Sur cette condition à laquelle on subordonne habituellement la décharge prévue à l'art. 2314 C. civ. (à savoir l'existence d'une faute exclusive du créancier ayant entraîné la perte du droit considéré), v. par exemple Ph. Simler, *op. cit.*, n° 830 s.

8. Sur le lien entre l'acception d'un cautionnement disproportionné et la violation du devoir de mise en garde, v. Cass. com. 3 mai 2006 : Bull. civ. IV, n° 103 ; D. 2006, Pan. 2858, obs. P. Crocq ; JCP E 2006, 1890, note D. Legeais ; RTD civ. 2007, 103, obs.

qu'une faute a dû être commise était présente dans l'esprit de ceux qui ont rédigé l'article L. 341-4 du Code de la consommation et cette idée « plane en permanence au-dessus du sujet ».

S'agissant du caractère non exclusif du fait (de la faute) du créancier, en revanche, il est plus facile de se laisser convaincre. Comme l'observe l'avocat général, les vérifications que le créancier doit faire s'agissant de l'importance des biens et revenus de la caution reposent généralement d'abord sur les renseignements fournis par la caution elle-même. Au demeurant c'est à la caution de prouver le caractère disproportionné de son engagement le cas échéant, et non au créancier de prouver son caractère proportionné, ce qui s'explique, car le créancier ne peut normalement complètement savoir. De fait, « ce serait faire subir une torsion à la réalité que de retenir qu'un cautionnement manifestement disproportionné ressort du fait exclusif du créancier, fut-il professionnel ». On est assez d'accord. Pour autant l'argument tenant au caractère non exclusif du fait du créancier n'est peut-être pas totalement déterminant. Observons que la nécessité du caractère exclusif n'est pas formulée par l'article 2314 du Code civil à dire vrai. Ce n'est certes pas le cas non plus de l'exigence d'une faute puisque le texte vise simplement « le fait » du créancier. Mais l'exigence d'une faute – particulièrement lorsque c'est généralement bien plutôt une abstention qu'un fait que l'on sanctionne – est beaucoup plus facile à justifier que celle de l'exclusivité, dont paraît ne pas devoir dépendre une décharge qui peut être seulement partielle. D'ailleurs la Cour de cassation a jugé que le défaut d'exclusivité ne fait pas obstacle à la responsabilité du créancier<sup>9</sup>. La non-exclusivité de la

faute n'exclut donc pas toute possibilité de décharge.

Aussi bien, l'argument le plus intéressant ici sans doute, et même le seul qui soit réellement pertinent en définitive, est celui qui tient à l'idée que l'on ne peut reprocher au créancier tout à la fois d'avoir pris une garantie d'une part et, d'autre part, de n'avoir su la garder. C'est la contradiction qu'il y aurait à faire ce genre de chose qui a fait dire à l'avocat général que la question de l'application ici de l'article 2314 n'est pas loin d'être incongrue. Selon lui – et on ne peut que souscrire – on ne peut concevoir « que l'on puisse à la fois interdire à un créancier de se prévaloir d'un cautionnement parce que celui-ci était manifestement disproportionné au moment où il a été souscrit, puis sanctionner ce même créancier parce que les autres cautions ne peuvent pas non plus s'en prévaloir ».

S'il y a donc vraisemblablement bien une faute à recueillir un cautionnement excessif, du type de celles qui engagent votre responsabilité, il ne s'agit en revanche certainement pas d'une faute au sens de l'article 2314 du Code civil. On ne se trouve pas dans cette hypothèse, en effet, où, au mépris de la loyauté à laquelle il est tenu envers sa caution, le créancier néglige de constituer, de consolider ou d'invoquer un droit auquel il pouvait légitimement prétendre. Ce constat suffit.

Notons cependant qu'à ses analyses relatives aux conditions de mise en œuvre du bénéfice de subrogation, l'avocat général ajoutait un dernier argument, plutôt convaincant lui aussi et qui a pris la forme de la question suivante : comment accepter que « par un effet de domino un créancier perdrait d'un seul coup tous les cautionnements souscrits » tandis que « cette disparition généralisée surviendrait en conséquence d'une appréciation de la proportionnalité d'un seul de ces engagements » ? Assurément « une telle jurisprudence serait (aurait été) de nature à affecter grandement le crédit ». ■

J. Mestre et B. Fages.

9. V. Cass. com. 3 juill. 2007, *Juris-Data* n° 040009, cité par Ph. Simler, *op. cit.*, n° 832, note 213.

### Garantie à première demande – Appel de la garantie – Respect des conditions de forme et de rédaction – Mise en jeu de la garantie par un avocat – Justification d'un pouvoir spécial.

Cass. com., 10 février 2015, n° 148 FS-P+B (n° 12-26580), Sté J & F Kruth GMBH c/ BNP Paribas

Après avoir énoncé que le strict respect des conditions de forme et de rédaction de l'appel d'une garantie à première demande, telles que prévues par la lettre de garantie et les Règles Uniformes de garanties sur demande, publication CCI n° 458, est la contrepartie de l'autonomie de la garantie, que le bénéficiaire doit les respecter pour mettre en jeu celle-ci et que le garant doit vérifier l'apparente régularité de la demande qui lui est adressée avant de payer, une cour d'appel retient que la demande de paiement de la garantie à première demande a été faite par l'avocat de la société bénéficiaire de la garantie, lequel devait justifier d'un pouvoir spécial à cette fin,

dont il n'est pas démontré qu'il ait été joint aux télécopies mettant en jeu la garantie ou aux lettres les confirmant. Par ces constatations et appréciations, rendant inopérante la recherche invoquée concernant la qualité de mandataire de l'avocat unanimement reconnue par la société bénéficiaire de la garantie et par le garant, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Selon la célèbre formule de Ihering, « la forme est la sœur jumelle de la liberté »<sup>1</sup>. En matière de garantie à première demande, le respect des formes et modalités prévues pour la mise en jeu de la garantie, aux termes de la lettre émise par le garant en faveur du bénéficiaire, peut aussi être le prix de son autonomie et de l'auto-

1. *L'Esprit du droit romain*, 3e éd., T. 3, 1887, p. 164.