

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 – Débiteur en liquidation judiciaire – Insolvabilité avérée et connue par la caution – Dette principale antérieure à la procédure – Cause de l'obligation de la caution – Cause non caractérisée – Article 1131 ancien du Code civil – Nullité.

Cass. com. 17 mai 2017, F-P+B, n° 15-15.746.

La possibilité pour une caution de s'engager en faveur d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée et la connaissance que la caution pouvait avoir du prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal sont, en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, des motifs impropres à caractériser la cause de l'engagement pris par une caution en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective dont le débiteur faisait l'objet.

Commentaire de François Jacob

Le cautionnement est un instrument de crédit, et non de paiement. Sa finalité n'est pas à proprement parler le désintéressement du créancier, même si c'est bien ce que peut permettre au bout du compte le cautionnement, mais l'instauration ou le maintien d'une relation d'échange entre le débiteur et le créancier bénéficiaire de la garantie. Ainsi s'expliquent un certain nombre de décisions de justice.

On peut penser naturellement aux décisions rendues à propos de cautionnements pris pour des créanciers qui, sitôt la garantie souscrite, mettent fin aux concours jusque-là consentis au débiteur principal. Les juges ont fait savoir ce qui en ce cas les contrarie : en sollicitant alors l'engagement d'une caution le créancier ne cherche qu'un nouveau débiteur contre lequel engager tout de suite une procédure de recouvrement, « ce qui n'est pas conforme à la volonté de ce contractant »¹. Une annulation du cautionnement est dès lors possible, qui a pu être prononcée pour

erreur parfois² mais qui a pu l'être aussi sur le terrain de l'absence de cause³, fondement sur lequel la solution est devenue difficilement contestable. La cause prise dans son acception objective, celle dont les articles 1108 et 1131 anciens du Code civil prescrivent de vérifier l'existence⁴, et qui s'appliquent aux innombrables contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 et qui continuent et continueront de produire leurs effets⁵, a été conçue comme un instrument de protection de l'obligé, destiné à permettre la vérification que le sacrifice qu'il consent trouve bien sa justification, que le but vers lequel il a voulu tendre est bien atteint. Or les cautions s'engagent généralement dans un but précis et immédiat, du reste souvent expressément subordonné au cautionnement par le créancier, et qui correspond parfaitement au concept de cause : elles s'engagent pour que le crédit soit accordé, pour qu'il soit augmenté, ou pour qu'il soit maintenu. En l'oubliant, on prend le risque de leur fournir un argument qui leur permettra d'être libérées.

Mais l'idée que le cautionnement est un instrument de crédit, et non de paiement, est certainement aussi à l'œuvre dans l'arrêt rendu le 17 mai 2017 par la chambre commerciale de la Cour de cassation et que nous voulons signaler ici. C'est pour les dettes d'une société portant son nom mais qui était d'ores et déjà en liquidation que la caution s'engage en l'espèce. Poursuivie en paiement, elle demande l'annulation de son engagement pour défaut

1. V. CA Paris, 3^e ch., 19 juin 1984 : *Revue Banque* 1984, p. 969, obs. J.-L. Rives-Lange.

2. V. Cass. com. 11 févr. 1986 : *Revue Banque* 1986, p. 402, obs. J.-L. Rives-Langes et D. 1987, somm. p. 446, obs. L. Aynes. V. aussi CA Paris 6 juin 1989 : *Defrénois* 1989, art. 34 633, p. 1406, et D. 1990, somm. p. 384, obs. L. Aynes : « Commet une erreur la caution qui s'engage envers une banque en vue de permettre l'ouverture ou le maintien d'un crédit au profit du débiteur, alors que, pour la banque, l'engagement de caution était destiné à acquiescer un débiteur solidaire à l'encontre duquel elle allait pouvoir, immédiatement après la rupture du crédit, engager une procédure de recouvrement. »

3. V. CA Paris 6 juin 2003 : *Banque & Droit*, mars-avr. 2004, p. 51, obs. F. Jacob ; ou Cass. com. 17 juill. 1978 : *Bull. civ. IV*, n° 200 (a contrario).

4. Rappelons que l'art. 1108 ancien fait de la cause l'une des quatre conditions « essentielles pour la validité d'une convention » et que l'art. 1131 ancien pose que « [l']obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

5. V. ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 9.

de cause. La cour d'appel se refuse à prononcer cette annulation. Pour condamner la caution au paiement, elle relève qu'il n'est pas interdit de se porter caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée et que la caution était parfaitement avisée de ce que sa société avait fait l'objet d'un jugement de liquidation au moment où était souscrit le cautionnement⁶. La Cour de cassation cependant censure, faisant valoir qu'en se déterminant par de tels motifs, « impropres à caractériser, en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause de l'engagement souscrit par (la caution) après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Il est vrai que l'on pouvait effectivement se demander ce qu'était ici la cause de l'engagement de la caution. Sans doute s'était-elle engagée pour ménager l'avenir. Peut-être avait-elle des activités commerciales multiples. Il se serait agi alors d'œuvrer pour la qualité de ses relations propres (et futures) avec une banque qui était au moins autant sa banque que celle de la société liquidée. Nul avantage ne pouvait en revanche être encore servi du fait du cautionnement litigieux à cette société, en voie de disparition au moment du cautionnement. Si ce cautionnement était souscrit, ce n'était donc, en quelque sorte, que pour donner techniquement naissance à une obligation (pure et simple) de payer. Cela n'a visiblement pas plu à la Cour de cassation. On n'en est pas plus surpris que cela. Depuis 1973 et l'arrêt *Lempereur*⁷, on sait que la cause que requiert l'engagement d'une caution s'identifie au crédit, quelle qu'en soit la forme, dont le débiteur principal va pouvoir bénéficier en retour ou continuer de profiter.

Pour autant, ces solutions que nous venons d'évoquer ne sont pas forcément promises au même avenir. La pre-

6. Très précisément, la cour d'appel souligne que, la caution étant parfaitement avisée, il n'y avait pas erreur sur la situation financière du débiteur, et répond au pourvoi, qui insistait sur le fait qu'il ne s'agissait pas « de faire droit à une demande de nullité pour vice du consentement mais pour absence de cause », que le fait d'écarter l'erreur de la caution sur la situation financière du débiteur « équivaut à éliminer l'absence de cause ».

7. Cass. com. 8 nov. 1972 : Bull. civ. IV, n° 278 ; D. 1973, p. 753, note Ph. Malaurie ; Gaz. Pal. 1973, 1, p. 143, note D. Martin.

mière, celle qui conduit à sanctionner le cautionnement souscrit par un créancier décidé à ne pas maintenir les concours espérés, pourra ainsi très certainement être reconduite. La réforme du droit des contrats et des obligations a certes fait disparaître la cause de la liste des conditions prévues par le Code civil pour la validité du contrat. La bonne foi a cependant été expressément érigée en une telle condition dans un article 1104 nouveau, qui pose que les contrats doivent être non seulement négociés mais aussi formés (puis exécutés) de bonne foi. Or on voit mal comment, dans les circonstances auxquelles nous nous intéressons, les cautions pourraient ne pas songer à invoquer ce texte ; et l'on voit tout aussi mal comment les juges pourraient refuser d'admettre que fait sans doute preuve d'une certaine mauvaise foi (voire d'une mauvaise foi certaine, si même il ne se rend pas coupable de dol) le créancier qui poursuit la caution sitôt son engagement souscrit après l'avoir laissée s'engager dans la conviction qu'elle allait obtenir quelque chose pour le débiteur (et indirectement pour elle-même, dans toutes ces hypothèses où le débiteur est une société que dirige la caution et qui procède d'elle).

Faute d'une prohibition formelle de l'engagement sans cause dans le droit nouveau, on ne pariera pas en revanche sur le maintien de la solution de l'arrêt du 17 mai 2017. Le cautionnement pris par une caution qui accepte la perspective d'avoir à payer immédiatement ne poursuit certes pas le but habituellement reconnu (assigné) au cautionnement. Mais le créancier qui le recueille n'est évidemment pas forcément de mauvaise foi, dès lors que la caution entend bien, comme en l'espèce, prendre un engagement sans contrepartie immédiate. On dira que l'existence d'une contrepartie dans le contrat est précisément une exigence que formule dorénavant expressément le Code civil. Les termes de l'article 1169 nouveau qui s'en charge en limitent cependant le domaine, de fait, au contrat synallagmatique⁸. ■

8. Article 1169 nouveau : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »

Responsabilité du dispensateur de crédit du fait des concours consentis – Limitations – Domaine – Devoir de mise en garde envers la caution (non).

Cass. com. 12 juillet 2017, n° 1045 F-P+B+I (n° 16-10793), *Crédit Mutuel de Villeneuve-lès-Avignon c/ X*.

Les dispositions de l'article L. 650-1 du Code de commerce régissent, dans le cas où le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, les conditions dans lesquelles peut être recherchée la responsabilité d'un créancier en vue d'obtenir la réparation des préjudices subis du fait des concours consentis. Elles ne s'appliquent pas à l'action en responsabilité engagée contre une banque par une caution non avertie qui lui reproche de ne pas l'avoir mise en garde contre les risques de l'endettement né de

l'octroi du prêt qu'elle cautionne, cette action tendant à obtenir, non la réparation d'un préjudice subi du fait du prêt consenti, lequel n'est pas nécessairement fautif, mais celle d'un préjudice de perte de chance de ne pas souscrire ledit cautionnement.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Le devoir de mise en garde des établissements de crédit à l'égard des emprunteurs et des cautions continue à susciter un contentieux nourri¹. L'intérêt d'un arrêt de la

1. Pour une présentation de la jurisprudence, cf. *Lamy Droit du financement* 2017, sous la direction de J. Devèze, n° 3548 et s. On sait que ce texte énonce que lorsque l'emprunteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion

chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 juillet 2017², bénéficiant d'une double publication au Bulletin civil et au Bulletin bimensuel d'information, réside non pas dans l'appréciation du caractère non averti de la caution mais dans le rejet de l'argumentation de l'établissement de crédit qui invoquait les limitations de responsabilité prévues par l'article L. 650-1 du Code de commerce en faveur du dispensateur de crédit³.

En l'occurrence, pour financer la création d'un fonds de commerce de puériculture, une banque a consenti à une société un prêt garanti par un cautionnement souscrit par la gérante de ladite société. Celle-ci ayant fait l'objet d'une procédure de redressement puis de liquidation judiciaire, la banque, après avoir déclaré ses créances, a assigné en paiement la caution, qui a recherché sa responsabilité sur le fondement d'un manquement au devoir de mise en garde. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu ce grief et a condamné la banque à payer à la caution une somme de 50 000 euros à titre de dommages-intérêts.

Le pourvoi formé par la banque contre cet arrêt est rejeté par la chambre commerciale. Celle-ci répond d'abord au grief relatif au caractère non averti de la caution. Elle relève qu'il ressort de l'appréciation souveraine des juges du fond que l'absence de formation particulière et d'expérience de la caution en matière de gestion de société n'était pas contestée, que la société dont elle avait cautionné les engagements venait d'être constituée et qu'il a été retenu que la qualité de caution avertie ne saurait résulter du seul statut de dirigeante de la société alors qu'il n'était pas démontré qu'elle disposait des compétences pour mesurer les enjeux réels et les risques liés à l'octroi du prêt ainsi que la portée de son engagement de caution, peu important qu'elle eût recours à un cabinet extérieur pour établir des documents prévisionnels. Mais surtout, la Haute juridiction se prononce ensuite⁴ sur une question inédite, en écartant en ces termes l'argumentation tirée des limitations de responsabilité édictées par l'article L. 650-1 du Code de commerce en faveur du banquier dispensateur de crédit : « Les dispositions de l'article L. 650-1 du Code de commerce régissent, dans le cas où le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, les conditions dans lesquelles peut être recherchée la responsabilité d'un créancier en vue d'obtenir la réparation des préjudices subis du fait des concours consentis ; qu'elles ne s'appliquent pas à l'action en responsabilité engagée contre une banque par une caution non avertie qui lui

reproche de ne pas l'avoir mise en garde contre les risques de l'endettement né de l'octroi du prêt qu'elle cautionne, cette action tendant à obtenir, non la réparation d'un préjudice subi du fait du prêt consenti, lequel n'est pas nécessairement fautif, mais celle d'un préjudice de perte de chance de ne pas souscrire ledit cautionnement. »

Ce cantonnement du domaine de la limitation de responsabilité particulière prévue en faveur du dispensateur de crédit en cas de procédure collective de l'emprunteur⁵ doit être pleinement approuvé.

Alors que, pour favoriser le crédit aux entreprises, l'article L. 650-1 du Code de commerce édicte une limitation de responsabilité dérogeant au droit commun, la Cour de cassation a retenu une application plutôt large du texte qui peut être opposé par tout créancier⁶ (i) au débiteur ou aux organes de la procédure collective pour tous les concours, y compris ceux qui ont été consentis pour la création ou l'acquisition d'une entreprise⁷ et (ii) à la caution lorsque celle-ci agit sur le fondement d'un soutien abusif de la banque au débiteur principal⁸. Mais la lettre et l'esprit du texte excluent qu'il puisse jouer lorsque la caution invoque un manquement du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde, eu égard à la nature de la faute commise et du préjudice subi.

En premier lieu, le manquement du banquier au devoir de mise en garde à l'égard de la caution est indépendant de l'octroi d'un crédit excessif au débiteur garanti et doit s'appliquer au regard des capacités financières de la caution.

En deuxième lieu, le préjudice subi ici par la caution ne résulte pas directement du concours consenti par le créancier (comme l'exige le texte) mais s'analyse en une perte de chance de ne pas souscrire le cautionnement⁹. C'est donc logiquement et à juste titre que la chambre commerciale juge que l'article L. 650-1 du Code de commerce ne peut pas s'appliquer à la caution non avertie recherchant la responsabilité du créancier pour manquement au devoir de mise en garde à son égard. Les créanciers devront s'en souvenir, en exécutant toujours ce devoir envers une caution non avertie, sans espérer pouvoir s'y soustraire par le jeu d'un texte qui ne saurait constituer pour une eux une assurance tout risque. ■

caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.

2. BRDA 17/17 inf. 12.

3. On sait que ce texte énonce que lorsque l'emprunteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci (pour une analyse de ce texte et son application, cf. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Droit des sûretés*, LGDJ, 10^e éd., 2016, n° 18 ; Lamy *Droit du financement* 2017, op. cit., n° 3560-3562).

4. La chambre commerciale rejette enfin le moyen de la banque qui soutenait à tort que la cour d'appel avait méconnu la règle selon laquelle le préjudice résultant d'un manquement au devoir de mise en garde s'analyse en une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (cf. notamment Cass. com. 20 octobre 2009, *Bull. civ. IV*, n° 127 ; JCP E 2009, 2053, note D. Legeais ; Banque & Droit, novembre-décembre 2009, p. 62, obs. N. R. ; Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2015, n° 14-11205).

5. On rappellera que la Cour de cassation a jugé qu'il ressort de l'article L. 650-1 du Code de commerce que, en cas de procédure collective de l'emprunteur, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit ne peut être engagée que si non seulement les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs (condition nécessaire de mise en jeu de la responsabilité) mais aussi que, en outre, l'une des conditions d'ouverture de cette action, tenant à l'existence d'une fraude, d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou d'une disproportion des garanties prises soit caractérisée (cf. notamment, Cass. com. 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; D. 2012, p. 1576, obs. P. Crocq ; *Bull. Joly* 2012, p. 493, note Ph. Pétel ; Banque & Droit, mai-juin 2012, p. 44, obs. N. R. ; Cass. com. 28 janvier 2014, n° 12-26.156, BRDA 5/14 inf. 10).

6. Les termes génériques de « concours consentis » et de « créancier » conduisent à ne pas limiter l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce aux seuls établissements de crédit : cf. Cass. com. 16 octobre 2012, *Bull. civ. IV*, n° 186 ; D. 2012, Actu., p. 2513, obs. A. Lienhard ; Banque & Droit, janvier-février 2013, p. 22, obs. Th. Bonneau.

7. Cf. Cass. com. 3 novembre 2015, n° 14-10.274, BRDA 23/15 inf. 10 : « L'article L. 650-1 du Code de commerce, qui énonce que, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires est ouverte à l'égard d'un débiteur, ses créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf dans les cas qu'il énumère, s'applique, en raison de la généralité de ses termes, en cas de concours consentis au débiteur pour financer la création ou l'acquisition de son entreprise ; qu'en énonçant que le régime dérogatoire de responsabilité institué par le texte visait tous les concours accordés au débiteur, la cour d'appel en a fait l'exacte application ».

8. Cf. Cass. com. 28 janvier 2014, préc. ; Cass. com. 5 mai 2015 n° 14-11.863, RJDA 2016, n° 140.

9. Cf. notamment Cass. com. 20 octobre 2009, préc. ; L. Aynès et P. Crocq, op. cit., n° 297.