

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 – Créancier professionnel – Caution mariée – Communauté légale – Article 1415 C. civ. – Défaut de consentement exprès du conjoint – Article L. 332-1 C. cons. (ancien article L. 341-4) – Proportionnalité de l'engagement – Éléments d'appréciation – Prise en considération des biens communs – Article L. 331-1 C. cons. (ancien article L. 341-2) – Mention manuscrite – Précision des indications concernant la durée. Licéité du cautionnement à durée indéterminée.

Cass. com. 15 nov. 2017, F-P+B+I, n° 16-10.504.
Cass. com. 13 déc. 2017, FS-P+B+I, n° 15-24.294.

La disproportion manifeste de l'engagement de la caution s'appréciant notamment par rapport à ses biens, sans distinction, c'est à bon droit que les juges du fond prennent en considération un bien commun pour cette appréciation, quand bien même il ne pourrait être engagé pour l'exécution de la condamnation éventuelle de la caution, en l'absence de consentement exprès du conjoint donné conformément à l'article 1415 du Code civil (1^{re} espèce).

Il se déduit des articles L. 341-2 et L. 341-6 du Code de la consommation que le cautionnement à durée indéterminée est licite (1^{re} espèce).

La mention « pour la durée de... » qu'impose, pour un cautionnement à durée déterminée l'article L. 341-2 du Code de la consommation implique l'indication d'une durée précise (2^e espèce).

Commentaire de François Jacob

Certains arrêts sont plus spectaculaires que d'autres. Celui qu'a rendu la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 novembre 2017 l'est deux fois plus. D'abord, il opère un revirement très net s'agissant des modalités de l'appréciation du caractère proportionné ou non du cautionnement pris par une personne mariée. Ensuite il consacre une possibilité à laquelle on ne croyait plus, du moins dans le domaine des dispositions du Code de la consommation applicables au cautionnement de

la personne physique engagée par acte sous signature privée envers un créancier professionnel : celle de l'engagement à durée indéterminée.

Le cautionnement pris en l'espèce l'avait été au bénéfice d'une société, en garantie du paiement de factures dues par une autre société. La caution, poursuivie à hauteur de plus de 250 000 euros, invoquait la disproportion de son engagement et soutenait que, puisqu'elle s'était engagée sans l'accord exprès de son conjoint, cette disproportion devait être appréciée au regard de ses seuls patrimoine et revenus propres, dès lors que les biens communs étaient hors d'atteinte du créancier. La cour d'appel condamne cependant la caution, estimant au contraire que la valeur des éléments de la communauté – en l'occurrence celle d'un immeuble commun – devait être prise en considération. Très expressément la cour d'appel fait ainsi valoir que, « en cas de cautionnement consenti sans le consentement de son conjoint, par un époux marié sous le régime de communauté légale, il est indifférent que les biens de la communauté desdits époux ne soient pas engagés envers le créancier en vertu de l'article 1415 du Code civil »¹. Un pourvoi est alors formé qui prétend à la violation de L. 341-4 du Code de la consommation². Mais la Cour de cassation le rejette, motivant sa décision en des termes extrêmement nets : « la disproportion manifeste de l'engagement de la caution s'appréciant, selon l'article L. 341-4 du Code de la consommation [...] par rapport, notamment, à ses biens, sans distinction, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que (l'immeuble) dépendant de la communauté devait être pris en considération, quand bien même il ne pourrait être engagé pour l'exécution de la condamnation éventuelle de la caution, en l'absence du consentement exprès du conjoint donné conformément à l'article 1415 du Code civil ». Cette

1. C. civ., art. 1415 : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

2. Devenu un article L. 332-1 du Code de la consommation depuis une ordonnance du 14 mars 2016 : « 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. »

décision surprend. Il y a à peine un an, en effet, dans un arrêt du 22 février 2017, la même chambre commerciale de la cour de Cassation avait adopté dans une autre affaire une logique qui aurait dû conduire ici à une solution exactement inverse³.

Dans cette affaire vieille de moins d'un an la caution s'était engagée avec l'accord exprès de son conjoint. La proportionnalité de l'engagement avait été admise par les juges du fond. La caution avait saisi alors la Cour de cassation d'un pourvoi où il était contesté que la proportionnalité de son engagement ait pu être appréciée par considération des biens communs aussi et des revenus de son conjoint (son épouse, en fait). La Cour de cassation avait rejeté ce pourvoi en expliquant que « le consentement exprès donné en application de l'article 1415 du Code civil par un époux au cautionnement consenti par son conjoint ayant pour effet d'étendre l'assiette du créancier aux biens communs, c'est à bon droit que la cour d'appel a apprécié la proportionnalité l'engagement contracté par (le mari) seul, tant au regard de ses biens et revenus propres que de ceux de la communauté, incluant les salaires de son épouse ».

Pour la Cour de cassation, il y a peu de temps encore, il existait donc bien un lien entre la question de savoir ce qui est soumis au pouvoir du créancier et celle de la proportionnalité de l'engagement. Il paraissait acquis qu'au moment d'apprécier cette proportionnalité, c'est aux biens sur lesquels le créancier peut exercer des poursuites qu'il faut s'intéresser, à tous ces biens mais à eux seuls.

Cet arrêt de février 2017 contribuait naturellement à fixer la solution, qui était incertaine il est vrai, pour l'hypothèse qui nous intéresse, dans laquelle la caution mariée s'engage seule et sans l'accord exprès de son conjoint. Affirmer en effet que l'accord exprès doit conduire à étendre l'appréciation à l'ensemble des biens communs, c'est évidemment suggérer que, faute d'un tel accord, il ne doit être tenu compte, *a contrario*, que des biens propres et des revenus de la caution.

À vrai dire cette solution résultait déjà, même si c'était tout aussi implicite, d'un arrêt antérieur, rendu le 5 février 2013 par la Cour de cassation. Il y avait été relevé que l'article 1415 du Code civil « n'a pas vocation à s'appliquer » dans cette hypothèse dans laquelle la caution mariée ne s'est pas obligée seule mais, au contraire, avec son conjoint et dans le même acte que lui. En pareil cas, jugeait la Cour, la proportionnalité de l'engagement des cautions doit s'apprécier « tant au regard de leurs biens et revenus propres que de ceux de la communauté ». La solution va quasiment de soi : un tel cautionnement engage l'ensemble des biens et revenus du ménage, les propres de l'un et de l'autre comme les communs, et c'est très normalement en considération de cet ensemble que la proportionnalité doit être mesurée. Ceci dit, si l'article 1415 ne s'applique pas, parce que les époux sont engagés simultanément sur un même acte, et qu'ainsi les biens communs doivent être pris en considération, c'est bien, pouvait-on comprendre, que la proportionnalité doit en revanche n'être mesurée qu'au regard des

seuls biens propres et revenus de la caution lorsque son cautionnement relève de l'article 1415... et que le conjoint n'y a pas consenti.

Quoi qu'il en soit, cette solution nous avait paru critiquable, et nous l'avions écrit dans ces colonnes. Rappelant que l'appréciation de la disproportion n'a rien d'arithmétique⁴, nous disions espérer que la libération de la caution engagée seule et sans autorisation de son conjoint n'intervienne tout de même pas trop facilement. Même lorsque les biens engagés et soumis à poursuite sont les seuls propres et revenus de la caution, en effet, celle-ci n'en est pas moins « riche » des biens communs, qui produisent d'ailleurs éventuellement des revenus, qui vont venir s'ajouter à ceux du conjoint, qui alimentent eux aussi une masse dont la caution peut jouir et disposer... et qu'elle pourrait d'ailleurs aussi bien utiliser pour le règlement de ses dettes sans que la communauté ait forcément droit à récompense⁵. La caution, par hypothèse, n'est certes pas obligée de le faire et peut précisément souhaiter (préférer) ne pas puiser dans cette masse pour payer ses dettes, mais l'on pourrait s'étonner qu'il faille pour autant ne tenir aucun compte de son existence au moment de l'appréciation de la lourdeur de l'engagement pris, surtout si, comme on peut le croire, le risque que l'article L. 332-1 du Code de la consommation (ancien L. 341-4) cherche à prévenir est celui d'une exclusion sociale, à laquelle la caution en régime de communauté est souvent très loin d'être exposée.

D'autres arguments ont été depuis développés. Un auteur fait ainsi observer, dans un commentaire du premier arrêt rapporté, que « le découplage entre biens saisissables et biens servant d'assiette pour apprécier la proportion de l'engagement de la caution » existe déjà⁶. Cet auteur le montre en soulignant que lorsqu'une caution personne physique s'engage la proportionnalité de son engagement est appréciée en fonction de l'ensemble de ses revenus, alors que les rémunérations professionnelles sont rendues en partie insaisissables par le Code du travail.

Aussi bien, on se réjouira qu'aujourd'hui la Cour de cassation renonce au strict lien qu'elle paraissait vouloir établir entre l'assiette du gage du créancier et la masse des biens à prendre en considération pour apprécier la proportionnalité du cautionnement.

Cette absence de lien était au demeurant ce pour quoi les juges du fond paraissaient plaider. L'arrêt d'appel contre lequel avait été formé le pourvoi ici rejeté n'était pas, en tout cas, une décision sans précédent. Une certaine résistance pouvait même être décelée peut-être. Une cour d'appel au moins avait décidé déjà, pour l'ap-

3. V. Banque & Droit mars-avr. 2017, p. 79, note F. Jacob.

4. D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *Les Sûretés personnelles, Traité de droit civil*, LGDJ Lextenso éditions, 2010, n° 1201.

5. Lorsqu'une caution mariée exécute volontairement son engagement au moyen de deniers communs, récompense ne sera due à la communauté que si la preuve est apportée de l'intérêt purement personnel que cette caution avait de s'engager en cette qualité. Or bien souvent, spécialement lorsque le cautionnement est pris à l'occasion de l'activité professionnelle, la communauté en tirera avantage. V. par exemple, F. Terré et Ph. Simler, *Les Régimes matrimoniaux*, précis Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 423 *in fine*.

6. V. Brémont, www.dalloz-actualités.fr, édition du 28 novembre 2017.

préciation dont on parle, de prendre en considération la valeur de l'ensemble de la communauté, arguant que l'article 1415 n'est opposable au créancier que pour... l'exécution, et non pour l'appréciation de la proportionnalité de l'engagement⁷. D'autres cours d'appel avaient choisi pour leur part de tenir compte de la valeur de la moitié de la communauté, en plus de celle des propres du conjoint obligé⁸.

Il est vrai que la solution du découplage a des avantages. Ainsi est-elle plutôt de nature à protéger les intérêts du créancier, et donc à favoriser le crédit sans doute, « dans la mesure où le risque de déchéance fondé sur un cautionnement disproportionné serait diminué », relève Madame Bourassin, qui poursuit en faisant valoir que la protection des cautions n'en sera pas fragilisée pour autant puisque le cautionnement sera certes maintenu mais sans que son exécution puisse être poursuivie sur les biens insaisissables⁹.

Mais notre arrêt 15 novembre 2017 recèle une autre nouveauté, plus déroutante, qui intéresse la question de la durée du cautionnement.

Cette question, on s'en souvient, a été renouvelée par la loi du 1^{er} août 2003 « pour l'initiative économique », dite loi Dutreil. Jusqu'alors la pratique du cautionnement à durée indéterminée était courante, spécialement dans le milieu des affaires. Cette pratique a paru être cependant condamnée par la loi Dutreil puisque le premier des articles introduits par cette loi dans le Code de la consommation, à savoir l'article L. 341-2, devenu un article L. 331-1¹⁰, impose de faire rédiger à la caution, à peine de nullité de son engagement, une mention manuscrite où elle doit indiquer, entre autres choses, la durée pour laquelle elle s'engage. Il a certes été envisagé que l'on puisse simplement écrire à l'endroit prévu à cet effet, autrement dit à la suite des mots « et pour la durée de... », quelque chose comme « sans limitation de durée », entre parenthèses, ou tout simplement « indéterminée ». Mais cette suggestion a fait long feu. Elle paraissait peu compatible avec les termes de la loi, il est vrai, et relevait à son égard d'une certaine désinvolture. Elle paraissait aussi peu compatible avec les directives données par les juges qui en avaient eu l'occasion, comme ceux de la Cour d'appel de Versailles qui, dans une décision rendue en 2014 à propos d'un cautionnement dont la mention renvoyait à la durée de l'opération principale, qui était à durée indéterminée, avaient pro-

clamé 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 ».

Sans doute est-ce donc forte de relatives certitudes que la caution soutenait ici que la mention qu'on lui avait fait porter sur l'acte était irrégulière. Pour ce qui est de la durée de l'engagement, cette mention se contentait d'indiquer : « jusqu'au paiement effectif de toutes les sommes dues ». La chambre commerciale de la Cour de cassation pourtant, à la suite des juges du fond (plus implicites mais dont la décision allait dans le même sens), choisit de ne pas sanctionner. La Cour nous explique en effet que (à la réflexion, serait-on tenté d'ajouter) « il se déduit de la combinaison des articles L. 341-2 et L. 341-6 du Code de la consommation, issus de la loi du 1^{er} août 2003, que le cautionnement à durée indéterminée est licite ». On en est heureux, mais surpris.

Le renvoi à l'article L. 341-6, qu'il faudrait « combiner » avec l'article L. 341-2, tient certes lieu d'explication. Cet article L. 341-6, devenu l'article L. 333-2 du Code de la consommation, prévoit que la caution doit être informée chaque année du montant des encours. C'est l'objet de l'alinéa premier. Un alinéa deux ajoute que « si l'engagement est à durée indéterminée, il (le créancier) rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée ». Le cautionnement de durée indéterminée serait donc possible. Ne l'avait-on pas vu jusque-là ?

Jusque-là, à vrai dire, on s'en sortait en considérant que l'alinéa 2 de l'article L. 341-6 valait pour la seule hypothèse – que le législateur aurait ainsi songé à réserver – dans laquelle le cautionnement aurait été souscrit par acte authentique, donc sans que les conditions de l'article L. 341-2 aient à être respectées, et donc pour une durée éventuellement indéterminée. L'explication est tirée par les cheveux, sans doute. Cela étant, l'idée l'est beaucoup plus encore que le législateur ait réellement pu vouloir que la caution personne physique engagée envers un créancier professionnel puisse s'engager, à son choix, soit pour une durée déterminée, soit pour une durée indéterminée. En vérité, il est beaucoup plus probable que le législateur ait bel et bien entendu que la caution personne physique arrête toujours son engagement non seulement à un certain montant mais aussi à une certaine durée, et que ce soit tout simplement le niveau d'impréparation de la réforme Dutreil qui l'ait empêché de voir l'incompatibilité entre L. 341-2 et L. 341-6. La solution retenue par la Cour de cassation est donc réellement audacieuse.

Elle l'est d'autant plus qu'elle soulève une question dont la réponse restera forcément discutée. Que convient-il d'écrire dans la mention, là où il doit être question de la durée, dans le cas du cautionnement de durée indéterminée ? Cette question en rappelle une autre, qui s'était posée à la Cour de cassation lorsqu'elle avait jugé que l'article 1326 (aujourd'hui 1376), qui requiert à titre de preuve la mention manuscrite du montant du cautionnement en chiffres et en lettres, s'applique – a fortiori jugeait la Cour – au cautionnement de montant indéterminé.

En l'espèce il avait été écrit « jusqu'au paiement effectif de toutes les sommes dues ». Cela suffisait-il pour que la caution comprenne qu'elle resterait tenue pour une durée indéterminée ? On peut le penser. Mais on ne nous le dit pas. Le pourvoi soutenait simplement que les termes de

7. CA Poitiers 19 juin 2012 : *Juris-Data* n° 2012-034620. Adde : CA Poitiers 15 janv. 2013 : *Juris-Data* n° 2013-004968 (qui écarte toute incidence de 1415) et CA Versailles 17 janv. 2013 : *Juris-Data* n° 2013-006229, qui juge, révèle le Doyen Simler, que « l'insaisissabilité actuelle » des biens communs ne permettrait pas de considérer le cautionnement comme disproportionné. Adde : CA Toulouse 8 oct. 2013 : *Juris-Data* n° 2013-022464, qui prend en considération la valeur d'une communauté universelle au motif qu'elle supporte toutes les dettes des époux.

8. CA Bordeaux 16 mai 2013 : *Juris-Data* n° 2013-010783, qui retient la moitié de la valeur d'un immeuble commun.

9. M. Bourassin, « Appréciation de la proportionnalité du cautionnement : clair-obscur sur les biens (in)saisissables », *Gaz. Pal.* 13 juin 2017, p. 70.

10. Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même. »

cette mention n'étaient pas conformes aux exigences de l'article L. 341-2. La Cour de cassation botte en quelque sorte en touche, qui se contente d'affirmer que « cette mention ne modifiait pas le sens et la portée de la mention manuscrite légale »... comme elle a pu le faire parfois lorsqu'il manquait à la mention une virgule. On est ici, du point de vue du respect des exigences légales, dans un laxisme assez certain.

Par contraste, un arrêt rendu par la même chambre commerciale de la Cour de cassation moins d'un mois plus tard, le 13 décembre 2017, paraît d'une sévérité absolue. Une personne physique se rend caution des dettes d'une société. Pour ce qui concerne la durée, la mention indique que la caution s'engage « jusqu'au 31 janvier 2014 ou toute autre date reportée d'accord entre les parties ». Ce cautionnement est déclaré nul par la cour d'appel. Le pourvoi conteste cette nullité, soutenant que l'article L. 341-2 « n'impose aucune obligation quant à la manière dont la durée de l'engagement doit être déterminée ». Cette interprétation n'était pas totalement déraisonnable. La Cour de cassation, pourtant, rejette, faisant valoir que « la mention "pour la durée de..." qu'impose, pour un cautionnement à durée déterminée, l'article L. 341-2 du Code de la consommation... implique l'indication d'une durée précise ». Aucune concession n'est donc faite cette fois à la souplesse, alors même que la caution était le principal dirigeant de la société débitrice, et que la précision ajoutée par la Cour de cassation selon laquelle la mention qui lui était soumise « ne permettait pas à la caution de connaître, au moment de son engagement, la date limite de celui-ci » tenait assez peu compte de la réalité.

On se gardera pourtant de voir chez la Cour de cassation la moindre schizophrénie. Une différence fondamentale oppose en fait les deux affaires. Dans celle qui

donne lieu à l'arrêt de novembre le cautionnement portait sur une dette déterminée (deux dettes déterminées, pour être précis, deux « factures »). Dans celle qui donne lieu à l'arrêt de décembre le cautionnement couvrait au contraire un ensemble de dettes indéterminées. Tout est là, et la différence de traitement – souplesse dans un cas, sévérité dans l'autre – peut être considérée comme justifiée. Dans le second cas l'exigence de l'indication d'une durée déterminée emporte un inconvénient, sérieux, celui de ne pas permettre à la caution de résilier unilatéralement son engagement lorsque, par exemple, prennent fin les fonctions qu'elle occupait et qui pouvaient expliquer qu'elle se soit engagée. Mais dans le premier cas, c'est plus grave, l'exigence de l'indication d'une durée confine à l'absurde, puisque le principe, qui relève a priori de l'essence même de l'engagement de la caution, doit être qu'elle reste tenue tant que la dette déterminée qu'elle garantit n'aura pas été remboursée et éteinte. On n'est donc pas malheureux que la Cour de cassation ait ressorti ses vieux chaudrons, ceux dans lesquels elle cuisinait lorsque l'alpha et l'omega en la matière tenaient aux conditions d'application de l'ancien article 1326 du Code civil.

Toujours est-il que le cautionnement d'une (ou plusieurs) dette(s) déterminée(s) peut être à durée indéterminée. Il n'est pas obligatoire de prévoir une date après laquelle la caution ne pourra plus être poursuivie en exécution de son obligation de règlement, car c'est bien à cela que la fixation d'un terme revient alors.

Dans le cas du cautionnement d'un ensemble de dettes indéterminées, à l'inverse, il faut prévoir une durée, celle dans laquelle l'obligation de... couverture se trouvera enfermée. ■

Cautionnement – Caution non avertie – Devoir de mise en garde du créancier – Objet – Adaptation de l'engagement aux capacités financières de la caution ou existence d'un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti – Opération garantie vouée à l'échec dès son lancement.

Cass. com. 15 novembre 2017, n° 1437 FS-P+B+I (n° 16-16790), Banque populaire Occitane c/ Mme X.

La banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur. Après avoir constaté que la caution n'était pas une caution avertie et retenu que l'opération était vouée à l'échec dès son lancement, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la banque était tenue à l'égard de la caution à un devoir de mise en garde lors de la souscription de son engagement, peu important que celui-ci fût adapté à ses propres capacités financières.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Le devoir de mise en garde du créancier à l'égard d'une caution non avertie est distinct du devoir de conseil et de l'obligation d'information (récemment consacrée et précisée dans le nouvel article 1112-1 du Code civil). Il n'est pas prévu par un texte mais a été judicieusement imposé aux établissements de crédit par la Cour de cassation¹. Celle-ci continue à en préciser progressivement les contours et la portée dans de nouveaux arrêts, au fil des pourvois des cautions et des créanciers. On se souvient ainsi qu'un arrêt de la chambre commerciale en date du 12 juillet 2017² avait jugé que les limitations de responsabilité prévues par l'article L. 650-1 du Code de commerce en faveur du dispensateur de crédit ne s'appliquaient pas à l'action en responsabilité engagée contre une banque par une caution non avertie, lui reprochant de ne pas l'avoir mise en garde contre les risques de l'endettement né de l'octroi du prêt qu'elle cautionnait. Un arrêt de la même chambre, rendu le 15 novembre 2017³ et promis à une large publication, apporte une nouvelle précision à cette construction juris-

1. V. notamment *Le Lamy Droit du financement 2017*, sous la direction de J. Devèze, n° 3440 et s.

2. *Banque & Droit* septembre-octobre 2017, p. 63, obs. N. R.

3. www.dalloz.fr; 1^{er} décembre 2017, obs. X. Delpech; BRDA 2018, n° 13

prudentielle, lorsque l'opération garantie par la caution est dès l'origine vouée à l'échec.

En l'occurrence, en vue de financer le prix d'acquisition d'un fonds de commerce d'un montant de 60 000 euros, une banque a consenti à une société un prêt du même montant, garanti par un nantissement et, dans une certaine limite, par le cautionnement solidaire de la gérante de la société. Assignée en paiement, la caution a recherché la responsabilité de la banque pour manquement à son devoir de mise en garde. La cour d'appel de Pau a fait droit à cette prétention et a condamné la banque à payer à la caution de ce chef la somme de 40 000 euros à titre de dommages-intérêts, en retenant que la caution était non avertie et que l'opération était vouée à l'échec dès son lancement.

La banque a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt dont le moyen unique, articulé en deux branches, ne contestait pas le caractère non averti de la caution⁴ mais la portée du devoir de mise en garde du banquier à l'égard d'une telle caution. D'abord, il était soutenu que le banquier était dispensé de son devoir de mise en garde s'il n'existait pas de disproportion manifeste entre les capacités financières de la caution et un risque d'endettement né de l'octroi du crédit. Ensuite, il était souligné que le devoir de mise en garde mis à la charge du banquier dispensateur du crédit obligeait ce dernier, avant d'apporter son concours, à vérifier si les capacités financières de la caution étaient adaptées au crédit envisagé et à l'alerter sur les risques encourus par un endettement excessif, de sorte que les juges du fond ne pouvaient justifier un manquement de la banque à un devoir de mise en garde envers la caution au motif erroné que cette dernière se serait abstenue d'opérer des vérifications élémentaires sur les chances de succès de l'opération projetée et sur les capacités pour la société d'injecter des capitaux dans l'affaire.

La chambre commerciale rejette ainsi cette double argumentation : « Mais attendu que la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur ; qu'après avoir constaté que Mme Z... [la caution] n'était pas une caution avertie et retenu que l'opération était vouée à l'échec dès son lancement, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la banque était tenue à l'égard de Mme Z... à un devoir de mise en garde lors de la souscription de son engagement, peu important que celui-ci fût adapté à ses propres capacités financières ».

Deux enseignements d'inégale importance peuvent être tirés de cette solution.

En premier lieu, la chambre commerciale réaffirme⁵ clairement qu'en présence d'une caution non avertie, le devoir de mise en garde de la banque a un double objet et doit s'exercer, plus précisément, dans deux cas alternatifs : lorsque, au jour de sa souscription, l'engagement n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou s'il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti. Ainsi, comme le souligne l'arrêt rapporté, le fait que l'engagement de la caution soit adapté à ses propres capacités financières – question concernant donc la situation de la caution – n'exclut pas l'exercice du devoir de mise en garde en présence d'un risque tenant à l'endettement résultant du prêt garanti –, question concernant donc au premier chef l'emprunteur mais aussi, par ricochet, la caution.

En deuxième lieu, s'agissant précisément de ce « risque de l'endettement », justifiant la mise en garde de la caution, la Haute juridiction précise qu'il réside dans « l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur » et use de sa formule d'approbation maximale de la décision des juges du fond (en a déduit « à bon droit ») qui ont retenu ce risque après avoir relevé que, en l'espèce, « l'opération était vouée à l'échec dès son lancement ».

Des arrêts antérieurs de la chambre commerciale avaient pourtant jugé, à propos de la portée du devoir de mise en garde à l'égard d'un emprunteur non averti, qu'il ne portait pas sur « les risques de l'opération financée »⁶. L'arrêt rapporté apporte ainsi une nuance à cette solution s'agissant de la caution non avertie. Si la raison d'être de la caution est de couvrir le risque de l'insolvabilité du débiteur principal, une absence de toute viabilité de l'opération va au-delà de l'aléa, fût-il élevé, inhérent à toute activité économique⁷. Autrement dit, si l'opportunité de l'opération et ses chances de succès ne doivent pas être prises en compte pour apprécier le risque de l'endettement, il n'en va pas de même de l'échec patent et inéluctable de l'opération dès l'origine, qui n'expose plus la caution, en vérité, à un simple risque. La frontière entre les deux situations ne sera sans doute pas toujours simple à tracer en pratique mais elle permet de concilier le devoir de non-ingérence, excluant l'appréciation de l'opportunité d'une opération aléatoire, et le devoir de mise en garde, qui impose de procéder à des vérifications élémentaires quant à la viabilité de l'opération financée⁸. ■

4. On rappellera ici que la Cour de cassation considère à juste titre que le caractère averti ou non d'une caution doit être appréciée *in concreto* par les juges du fond (Cass. com. 13 septembre 2017, n° 15-20294, D. 2017, p. 1756) et qu'il ne peut pas être déduit de sa seule qualité de dirigeant et associé de la société débitrice principale (Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-20216, D. 2016, p. 1955, obs. P. Crocq).

5. V. déjà Cass. com. 18 janvier 2017, n° 14-20375 : « qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, qu'en l'égard de l'importance de son patrimoine immobilier, l'engagement de caution de Mme X... était adapté à ses capacités financières et que celle-ci n'avait pas invoqué un risque d'endettement né de l'octroi du prêt à la société La Romana, de sorte que la banque n'était pas tenue envers elle d'un devoir de mise en garde, bien qu'elle ne fût pas une caution avertie, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

6. Cf. Cass. com. 1^{er} mars 2016, n° 14-22582, JCP E 2016, 1292, obs. L. Dumoulin ; Cass. com. 20 avril 2017, n° 15-16316 ; aj. H. Barbier, *La Liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011, préf. J. Mestre.

7. Rapp. Cass. com. 22 mai 2013, n° 11-20398, dans un cas où une banque avait délibérément dissimulé à des cautions le risque élevé de l'opération garantie et ne leur avait pas permis d'apprécier un aléa qui, excédant par son niveau celui inhérent à toute activité économique, pouvait les conduire à renoncer à s'engager.

8. Comp. Le Lamy Droit du financement 2017, n° 3442 ; X. Delpech, obs. préc., *in fine*.