

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

Trois fois rien sur un peu de tout

Le débiteur principal est identifié dans la mention manuscrite figurant sur l'acte de cautionnement dès lors que son signataire, quoiqu'il indique en premier lieu se porter caution « de la SARL » sans autre précision, fait figurer la dénomination sociale du débiteur principal garanti plus loin dans la mention.

Si la disproportion du cautionnement doit être appréciée en prenant en considération l'endettement global de la caution, y compris celui résultant d'autres engagements de caution, il ne peut être tenu compte d'un cautionnement antérieur que le juge déclare nul, et qui est ainsi anéanti rétroactivement.

Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis qu'en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, et si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs. La caution ne s'étant, dans ses conclusions, prévalu que de moyens déloyaux de la banque caractérisant la fraude, sans alléguer une faute dans l'octroi des concours, le moyen est inopérant.

Se déterminant par des motifs impropres à justifier de l'accomplissement des formalités prévues par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et manque de base légale l'arrêt qui, pour rejeter la demande tendant à ce que la banque soit déchue de son droit aux intérêts contractuels, se borne à retenir que la banque justifie avoir adressé à la caution des courriers d'information sur le montant de sa dette.

Cass. com. 21 nov. 2018, arrêt n° 990, FS-PB

Commentaire de François Jacob

Les cautions sont connues pour leur propension à faire flèche de tout bois lorsqu'il s'agit d'essayer d'échapper au paiement que le créancier peut leur réclamer. De fait, cela donne à la Cour de cassation l'occasion de rendre des arrêts qui sont de vrais « best of » du droit du cautionnement¹. L'arrêt rapporté, rendu par la chambre commerciale le 21 novembre 2018, est de ceux-là. On n'y fait certes pas exactement la révolution mais l'arrêt permet du moins un intéressant tour d'horizon et presque toute une chronique en un seul commentaire.

La caution en l'espèce, une personne physique engagée par acte sous seing privé envers une banque en garantie des dettes d'une certaine société à responsabilité limitée nommée « Elyxir » (son nom est important pour la suite), invoquait tout à la fois la nullité de son engagement, la disproportion de celui-ci, la responsabilité de la banque à raison des concours consentis et, enfin, la déchéance de celle-ci pour manquement à une obligation d'information.

1. La demande d'annulation, commençons par elle, était fondée sur l'article L. 341-2 du Code de la consommation, devenu un article L. 331-1 du même code. Ce texte est celui qui impose à « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel » de faire précéder sa signature d'une mention manuscrite dont la loi prévoit exactement les termes et où l'on doit (« à peine de nullité ») dire qui l'on cautionne, dans la limite de quelle somme on cautionne, et aussi pour quelle durée on le fait. L'approximation ici était double. D'abord la signature précédait la mention. Ensuite la caution, là où il devait être question du débiteur, avait simplement écrit se porter caution « de la SARL », sans autre précision. Ces vices pouvaient sans doute conduire à l'annulation, l'un comme l'autre.

1. La formule est de notre collègue E. Netter. On aurait pu parler aussi de « pot-pourri », mais c'est moins bien.

La place de la signature sur un acte, spécialement de cautionnement, est une question que les juridictions jugent importante. Le Code de la consommation prévoit bien, il est vrai, que la mention doit précéder la signature. C'est du reste dans l'ordre des choses. On lit ou on écrit de haut en bas puis on signe plus bas encore pour manifester son adhésion à ce qui est écrit. Le verbe souscrire est synonyme d'adhérer, au demeurant. Et souscrire c'est par définition apposer sa signature en bas d'un acte, tout en bas. Aussi bien la Cour de cassation a-t-elle admis à plusieurs reprises que le cautionnement est nul si la signature précède la mention². L'arrêt commenté ne reprend certes cette solution, ni formellement ni même de façon implicite. Mais c'est qu'il n'avait pas à le faire. Le grief lié à la place de la signature pouvait être écarté, en effet, pour la raison simple et propre à l'espèce que la caution avait omis de relever devant la cour d'appel que l'acte de cautionnement présentait de ce point de vue le même vice qu'un autre qui avait été signé quelques temps plus tôt, et dont il avait été aussi question devant les juges du fond. Or, sauf exception, les juges ne sont pas tenus de soulever d'office la nullité des actes juridiques.

La question de l'identification du débiteur est importante aussi très certainement. Elle l'est de façon générale. Cette identification participe de la détermination (essentielle) de l'objet de l'obligation de la caution³. Par ailleurs, l'opération de cautionnement est marquée par un fort *intuitu personae*. La personne du débiteur, ses qualités, le lien que la caution peut avoir avec lui sont des éléments déterminants du consentement de la caution. Après tout, elle s'est engagée rien moins qu'à se substituer à ce débiteur. La novation d'une obligation par changement de débiteur libère ainsi l'éventuelle caution aussi sûrement qu'une novation par changement de l'obligation elle-même⁴. On n'est donc pas surpris que le législateur ait pu exiger que la mention manuscrite porte indication du débiteur. Et l'on n'a aucun mal à admettre que c'est bien son nom qui doit être précisé. Est-il pour autant absolument nécessaire que ce nom soit répété autant de fois qu'il convient de faire référence au débiteur dans la mention, en lieu et place de ce « X... » qui figure dans le texte de la loi ? L'arrêt montre que la Cour de cassation n'y tient pas. Ainsi relève-t-elle ici, pour rejeter le pourvoi sur cet autre grief, que, s'il était d'abord renvoyé à la « SARL » débitrice sans autre précision, on trouvait bien ensuite dans la mention « la dénomination sociale du débiteur principal garanti », puisque la caution avait poursuivi en écrivant s'engager à rembourser au prêteur les sommes dues « si la SARL Elyxir n'y satisfait pas », tandis qu'elle déclarait plus loin s'obliger solidairement « avec la SARL Elyxir » à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement

« la SARL Elyxir ». La Cour de cassation en conclut que « le débiteur principal était identifié dans la mention manuscrite ». On reconnaît ici la capacité de la Cour à faire la part des choses et « à maintenir la contrainte imposée par les textes dans les limites du raisonnable »⁵. C'est cette capacité qui conduit la Cour de cassation à admettre par exemple que l'omission du qualificatif « principal » dans la mention est sans incidence sur la validité du cautionnement, tout comme la substitution du terme « créancier » ou du terme « banque » à celui de « prêteur »⁶.

2. En second lieu la caution invoquait la disproportion de son engagement et la décharge à laquelle cette disproportion pouvait lui donner droit en application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, devenu un article L. 332-1 du même code, qui interdit au créancier de « 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 ». La principale difficulté liée à l'application de ce texte consiste en la détermination de ce qu'est l'engagement manifestement disproportionné. La disproportion manifeste est une question de fait naturellement, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais il revient certainement à la Cour de cassation de dire comment l'on doit comprendre l'idée et ce que l'on peut ou non prendre en considération. Elle a eu l'occasion de le faire. On sait ainsi, depuis 2013⁷, qu'il doit être tenu compte non seulement des revenus et des biens mais aussi du passif et des charges diverses grevant le patrimoine⁸, au nombre desquelles peuvent figurer des cautionnements antérieurs⁹. Avec l'arrêt commenté on apprend une chose encore, qui est exactement que, « si la disproportion doit être appréciée en prenant en considération l'endettement global de la caution, y compris celui résultant d'autres engagements de caution, il ne peut être tenu compte d'un cautionnement antérieur que le juge déclare nul, et qui est ainsi anéanti rétroactivement ». La précision est utile. Elle l'est parce que la rétroactivité est une fiction. L'engagement annulé est supposé n'avoir jamais existé, certes, mais, de fait, il a existé, et l'hypothèse est qu'il existait bel et bien au moment de la souscription de cet autre cautionnement dont on se demande s'il n'était pas disproportionné « lors de sa conclusion ». La précision est utile aussi parce qu'elle marque la différence entre deux situations qui peuvent paraître proches en termes de résultat concret mais qui néanmoins ne se confondent pas. L'une est celle dans laquelle un cautionnement a été pris déjà antérieurement mais qui se trouve être désormais annulé. Ce cautionnement, nous est-il dit, ne doit pas être pris en considération. L'autre situation est celle dans laquelle un cautionnement a été

2. Cass. com. 22 janv. 2013 : D. 2013, 1706, obs. P. Crocq. Cass. com. 17 sept. 2013 : Bull. civ. IV, n° 132 ; JCP G 2013, chron. 1256, n° 1, obs. Ph. Simler. Cass. com. 1^{er} avr. 2014 : Rev. sociétés 2014, p. 383, obs. S. Prévost ; Gaz. Pal. 4-5 juin 2014, p. 15, obs. C. Albiges et M.-P. Dumont-Lefrand.

3. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, NexisLexis, collection « Traités », 5^e éd., 2015, n° 207 s.

4. Antérieurement C. civ., art. 1281. Désormais C. civ., art. 1334.

5. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 265.

6. V. Ph. Simler, *loc. cit.*, et la jurisprudence citée.

7. V. Cass. com. 9 var. 2013 : JCP G 2013, chron. 585, n° 8, obs. Ph. Simler ; RD bancaire et fin. 2013, comm. 90, obs. D. Legeais.

8. V. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 886.

9. Cass. com. 22 mai 2013 : D. 2013, pan. p. 1710, obs. P. Crocq ; JCP G 2013, chron. 1256, n° 2, obs. Ph. Simler ; RD bancaire et fin. 2013, comm. 130, obs. A. Cerles. L'arrêt censure des juges qui avaient refusés de prendre en considération des engagements de caution antérieurs au motif qu'il ne s'agissait que de dettes éventuelles.

pris antérieurement qui a pu être jugé non pas nul mais disproportionné. Un tel cautionnement doit au contraire être pris en compte, ainsi que la Cour de cassation l'a admis¹⁰. Un auteur s'émeut de cette différence de solution¹¹, soulignant que « le régime de la disproportion, déjà complexe, ne gagne pas en lisibilité ». On ne peut que souscrire à ce constat. La différence de traitement n'en est pas moins fondée. La sanction du défaut de proportionnalité d'un cautionnement consiste en l'impossibilité pour le créancier de s'en « prévaloir ». L'article L. 341-4 (L. 332-1) du Code de la consommation réserve toutefois la possibilité que le patrimoine de la caution, « au moment où celle-ci est appelée », « ne lui permette de faire face [finalement] à son obligation ». En pareille hypothèse le créancier pourra donc tout de même agir. Aussi bien, ce que prévoit la loi n'est pas une véritable décharge de la caution engagée de façon disproportionnée. L'action contre elle est a priori paralysée mais cette action demeure possible si la caution revient à meilleure fortune ou si la dette garantie se trouve réduite. Et l'on peut considérer que le créancier pourra éventuellement agir à nouveau, même après une tentative infructueuse, « tant que la prescription n'aura pas emporté extinction de la créance »¹². La solution selon laquelle la proportionnalité s'apprécie en tenant compte des cautionnements antérieurement souscrits même s'ils ont été déclarés disproportionnés paraît bien relever de cette analyse.

3. En troisième lieu, pour obtenir que le créancier soit condamné à lui verser des dommages et intérêts « équivalents à la créance invoquée », la caution invoquait les préjudices consécutifs aux concours prétendument excessifs consentis par la banque au débiteur, autrement dit un genre de préjudices dont on est supposé pouvoir demander réparation sur la base de l'article L. 650-1 du Code de commerce dorénavant, « en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises ». De fait, la caution s'était effectivement employée à démontrer que les pratiques de la banque étaient déloyales et, selon la caution, constitutives d'une fraude. Une telle démonstration était insuffisante cependant, quoi qu'il ait pu en être de la réalité de la fraude. On sait la lecture qui a été faite du texte. Le droit sur ce point est fixé¹³. La fraude, l'immixtion et la disproportion des garanties sont en quelque sorte autant de cas d'ouverture auxquels l'action en responsabilité est maintenant soumise, dont on a souhaité encadrer l'exercice¹⁴, ou, autrement envisagées, des causes de déchéance de

la protection accordée par l'article L. 650-1 du Code de commerce¹⁵. Ainsi, pour engager la responsabilité de l'établissement de crédit, le demandeur doit non seulement prouver que l'on est dans l'un des cas visés par le texte mais aussi et ensuite, comme par le passé, la réalité du soutien excessif, une faute dans l'octroi du crédit. L'arrêt rapporté est de cela une nouvelle illustration. Le pourvoi était articulé autour de l'idée que les juges du fond, en rejetant la demande de la caution, auraient ajouté à la loi une condition qui n'y figure pas, en violation de l'article L. 650-1 du Code de commerce. La Cour de cassation répond à cela que « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte [c'est l'hypothèse dans laquelle l'action fondée sur L. 650-1 est envisageable], les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis qu'en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, et si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs », de sorte que, la caution s'étant contentée en l'espèce d'invoquer les moyens déloyaux de la banque caractérisant la fraude, « sans alléguer une faute dans l'octroi des concours », le moyen était « inopérant ». Il s'agissait cette fois d'un simple rappel.

4. En quatrième lieu, enfin, la caution invoquait l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et un manquement de la banque à l'obligation d'information qui y est prévue. Sur ce point au moins la caution obtient satisfaction, sous la forme d'une cassation partielle. On sait que le texte susvisé impose aux établissements de crédit ou de financement ayant accordé un concours à une entreprise de faire connaître à l'éventuelle caution, avant le 31 mars de chaque année, « le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente », ainsi que le terme de l'engagement garanti. En soi cette obligation d'informer, sanctionnée par « déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information », n'est pas particulièrement contraignante. Mais une difficulté existe, qui consiste à prouver qu'on y a satisfait. Cette preuve est supposée être libre. Pour la raison sans doute que la solution inverse induirait des coûts importants, la Cour de cassation, qui relève que la loi ne prévoit pour l'information dont on parle aucune forme particulière, n'a pas voulu imposer l'usage de la lettre recommandée avec accusé de réception¹⁶. Sont donc théoriquement admissibles tous les moyens de nature à convaincre qu'un courrier a bien été envoyé, porteur des informations requises. Aussi bien, la production de copies de courriers apparemment destinés à la caution et apparemment conformes dans leur contenu aux exigences légales, voire la présentation du dispositif informatique et d'un modèle de

10. V. Cass. com. 29 sept. 2015 : l'arrêt énonce qu'une cour d'appel viole l'article L. 341-4 du Code de la consommation en appréciant la proportionnalité sans prendre en compte les cautionnements antérieurement souscrits... « quand bien même elle les avait déclarés disproportionnés » : JCP G 2015, I, 1222, n° 8, obs. Ph. Simler ; Gaz. Pal. 10 déc. 2015, p. 18, obs. Ch. Albiges ; RD bancaire et fin. 2015, comm. 188, obs. D. Legeais.

11. V.Y. Blandin, « Appréciation des engagements de la caution personne physique : précisions », dalloz-actualite.fr.

12. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 890.

13. V. notamment Cass. com., 27 mars 2012 : JCP E 2012, 1274, note D. Legeais ; D. 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; Banque et Droit mai-juin 2012, p. 44, obs. N. Rontchesky.

14. V. R. Bonhomme, « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives », Mél. B. Bouloc, Dalloz 2007, p. 59.

15. V. P. Crocq, *Sûretés et proportionnalité*, Études offertes au Doyen Ph. Simler, Litec Dalloz 2006, p. 291.

16. V. Cass. com. 27 nov. 1991 : JCP E 1992 IV, 367. Cass. com. 17 juin 1997 : JCP E 1997, II, 1007, note Legeais. Cass. com. 17 oct. 2000 : D. 2001, somm., p. 698, obs. L. Aynès ; RD bancaire et fin. 2000, comm. 221, obs. D. Legeais.

lettre supposés servir à l'exécution de l'obligation, ont pu être admis comme preuve¹⁷. Tant que rien ne donne à penser le contraire, on admettra en présence de tels éléments que la banque s'est conformée à la loi. Il faut bien cependant que, dans leur décision, les juges du fond mettent la Cour de cassation en mesure de contrôler qu'un minimum d'indices a pu être recueilli en ce sens. Il leur incombe par conséquent de préciser ce sur quoi ils se sont fondés, de dire ce qui, à leurs yeux, rendait au moins vraisemblable l'envoi d'une information satisfaisante. C'est précisément ce que la cour d'appel avait négligé de faire en l'espèce, qui s'était contentée de relever, sans la moindre allusion au comment, que la banque « justifiait » avoir adressé des courriers d'information. De fait, c'était trop peu. La Cour de cassation juge en conséquence que la cour d'appel « a privé sa déci-

sion de base légale ». Là non plus, rien d'étonnant. Ce qui l'aurait été, c'est que la Cour nous explique qu'il faut prouver non seulement l'envoi et le contenu de la lettre d'information mais aussi sa réception. Mais les banques paraissent demeurer à l'abri de cette solution¹⁸. ■

CAUTIONNEMENT – MENTION MANUSCRITE – ART. L. 331-1 C. CONSUM.
– IDENTIFICATION DU DÉBITEUR – PLACE DE LA SIGNATURE – DISPROPORTION
– ART. L. 332-1 C. CONSUM. – APPRÉCIATION – CAUTIONNEMENTS ANTÉRIEURS
NULS – RESPONSABILITÉ DU CRÉANCIER – ART. L. 650-1 C. COM. – PREUVE DE LA
FRAUDE ET DE LA FAUTE – INFORMATION ANNUELLE – ART. L313-22 C. MON. ET FIN.
– PREUVE DE L'INFORMATION.

17. V. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 440 et la jurisprudence citée.

18. Pour un rejet de cette solution, v. notamment Cass. com. 25 nov. 1997 : *Bull. civ.* 1997, IV, n° 326 ; *JCP G* 1998, I, 149, n° 4, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 1998, p. 155, obs. P. Crocq. Cass. com. 17 oct. 2000, préc. Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2002 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 225 ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 21, obs. L. Leveneur.