

# Chronique de *Droit* *des Sûretés*



**NICOLAS RONTCHEVSKY**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur



**FRANÇOIS JACOB**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur

Centre de droit des affaires  
**Université Robert Schuman (Strasbourg III)**



**ANDRÉ PRÜM**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur  
**Université Nancy II**  
Centre de recherche de droit privé

## Cautionnement. Erreur de la caution sur la solvabilité du débiteur principal. Condition tacite de la garantie. Nullité du cautionnement.

*Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre 2002, n° 1528 FS-P, BNP c/Burtin.*

Après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, qu'une caution solidaire, tiers à la société, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté, mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque, qui était en relations d'affaires avec cette société depuis 1984, ne pouvait ignorer cette situation, une cour d'appel retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution. Ainsi, ayant fait ressortir que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition tacite de sa garantie, la cour d'appel a légalement justifié sa décision d'annuler la constitution de gage souscrite par la caution au profit de la banque.

Le souci d'assurer la sécurité juridique conduit la jurisprudence à affirmer qu'à la différence de l'erreur sur la substance (art. 1110 C. civ.), l'erreur sur le motif qui a

conduit une personne à contracter n'est pas suffisante pour entraîner l'annulation du contrat, quand bien même ce motif aurait été déterminant et connu de l'autre partie, à moins qu'une stipulation expresse l'ait fait entrer dans le champ contractuel en l'érigeant en condition du contrat<sup>1</sup>. Autrement dit, le motif ne peut être pris en compte que s'il a été *incorporé* au contrat<sup>2</sup>. Cette solution était notamment appliquée à l'erreur de la caution sur la solvabilité du débiteur principal à la date de l'engagement<sup>3</sup>, qui n'est pas autre chose qu'une erreur sur un motif<sup>4</sup>. La Cour de cassation jugeait en effet de longue date que les cautions personnelles ne pouvaient être déliées de leur engagement en raison de l'erreur sur la solvabilité actuelle du débiteur principal que si elles démontraient qu'elles « *avaient fait de cette circonstance la condition de leur engagement* »<sup>5</sup>. Cette exigence était critiquée par la doctrine qui la jugeait « *irréaliste* »<sup>6</sup>. Il faut en effet admettre que la situation patrimoniale du débiteur constitue habituellement un élément déterminant du consentement de la caution qui est nécessairement intégré au champ contractuel, dans la mesure où le créancier ne peut ignorer qu'une caution n'accepte pas de couvrir une insolvabilité avérée<sup>7</sup>, sauf dans des circonstances très particulières<sup>8</sup>. La caution devrait donc pouvoir faire annuler son

1 V. notamment en ce sens Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 février 2001, *Bull. civ. I*, n° 31; *JCP* 2001, I, 330, n° 5, obs. J. Rochfeld; *RTD civ.* 2001, p. 352, obs. J. Mestre et B. Fages (rejetant l'action en nullité de la vente de lots de copropriété engagée par l'acquéreur qui ne pouvait bénéficier des mesures de défiscalisation l'ayant déterminé à contracter).

2 V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, Dalloz*, 8<sup>e</sup> éd., 2002, n° 220; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Obligations, Cujas*, 11<sup>e</sup> éd., 2001, T. 2, n° 110.

3 Rappelons que l'erreur de la caution sur la solvabilité future du débiteur ne peut pas être prise en compte car la couverture de ce risque est la raison d'être du cautionnement (V. notamment Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Sûretés et publicité foncière, Cujas*, 10<sup>e</sup> éd., 2001, par L. Aynès, n° 214).

4 V. en ce sens Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes, Litec*, 3<sup>e</sup> éd., 2000, n° 136.

5 V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 octobre 1977, *Bull. civ. I*, n° 388; Cass. com., 2 mars 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 79; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 février 1986,

*Bull. civ. I*, n° 22; D. 1987, SC, p. 446, obs. L. Aynès; *adde* M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés, Litec*, 6<sup>e</sup> éd., 2002, n° 84, note 140 soulignant que « *cette formule est comme une litanie* »; comp. antérieurement Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 1972, D. 1973, p. 733.

6 L. Aynès, obs. préc.; *adde* les critiques de Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd., 2000, n° 56.

7 V. notamment en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., loc. cit., soulignant qu'une caution n'entend couvrir, en règle générale, que le risque d'une défaillance future du débiteur, le cautionnement d'un insolvable étant un acte déraisonnable.

8 V. par exemple Cass. com., 10 octobre 1995, *Bull. civ. IV*, n° 223; D. 1996, S.C., p. 265, obs. L. Aynès, jugeant qu'il n'est pas interdit de se porter sciemment caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée et que la caution, qui n'ignorait pas l'étendue du passif du débiteur, ne justifie pas que son consentement ait été vicié (à propos du cautionnement donné par un gérant d'une société en liquidation de biens).

engagement lorsqu'elle a cru que le débiteur était solvable alors qu'il ne l'était pas. C'est précisément ce que la chambre commerciale de la Cour de cassation vient de juger dans un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2002 qui mérite de retenir l'attention.

En l'occurrence, une caution s'est engagée solidairement envers une banque à garantir le remboursement de toutes sommes dues ou à devoir par une société à concurrence d'un certain montant et à affecter un portefeuille de titres en garantie de son engagement. Quatre mois après la souscription de l'engagement de caution, la société garantie a été mise en redressement judiciaire et la banque a assigné la caution en paiement. Celle-ci a alors invoqué l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal. La Cour d'appel de Versailles a fait droit à cet argument et a annulé en conséquence la constitution de gage souscrite par la caution. Le pourvoi en cassation formé par la banque à l'encontre de cette décision faisait grief à la cour d'appel d'avoir statué ainsi sans rechercher si la caution avait fait entrer la condition tenant à la viabilité de la société garantie dans le champ contractuel en l'indiquant expressément dans l'acte de cautionnement.

Ce pourvoi est rejeté par la Haute juridiction : « *Mais attendu qu'après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, que M. Burtin (la caution), tiers à la société, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté, mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque, qui était en relations d'affaires avec cette société depuis 1984, ne pouvait ignorer cette situation, l'arrêt retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution; qu'ainsi, ayant fait ressortir que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition tacite de sa garantie, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

Cette motivation appelle trois observations.

En premier lieu, la chambre commerciale admet désormais que la solvabilité du débiteur puisse constituer une condition *tacite* de l'engagement de la caution. La solution, assurément plus pragmatique que la précédente, doit être approuvée car il est difficilement concevable d'exiger de la caution qu'elle érige en condition expresse un fait qui est établi dans son esprit et intégré au champ contractuel<sup>9</sup>. Cette évolution est particulièrement favorable à la caution car la preuve de cette condition tacite

n'est autre que celle du caractère déterminant de l'erreur<sup>10</sup>. Or on a vu que la solvabilité du débiteur à la date du cautionnement constitue un motif normalement déterminant pour la caution. On ajoutera qu'en l'espèce, le créancier ne pouvant ignorer, selon les juges du fond, que la société garantie était déjà en situation irrémédiablement compromise à la date de l'engagement de la caution, celui-ci aurait aussi pu être annulé pour réticence dolosive du créancier ou manquement à l'obligation de contracter de bonne foi<sup>11</sup>.

En deuxième lieu, s'agissant d'un cautionnement de dettes sociales, la chambre commerciale semble attacher de l'importance au fait que la caution était, en l'espèce, un « *tiers à la société* ». On peut en déduire *a contrario* qu'une caution dirigeante<sup>12</sup> ne devrait pas pouvoir prétendre qu'elle ignorait la situation financière de la société garantie, sauf circonstances exceptionnelles. Telle est du reste déjà la solution retenue sur le terrain du dol<sup>13</sup>. Mais un simple associé, *a fortiori* s'il est minoritaire, pourrait à notre sens faire valoir qu'il n'avait pas connaissance de la situation irrémédiablement compromise ou lourdement obérée de la société à la date de l'engagement.

Il reste enfin à s'interroger, en troisième lieu, sur l'incidence d'une clause du cautionnement, fréquente en pratique, par laquelle la caution déclare connaître parfaitement la situation du débiteur principal et ne pas en faire une condition déterminante de son engagement<sup>14</sup>. Si les juges du fond sont en principe liés par cette stipulation, elle n'interdit pas à la caution de prouver contre le contenu de l'acte et de démontrer, par exemple, qu'elle a été victime d'un dol du créancier voire du débiteur<sup>15</sup> ou d'un autre tiers<sup>16</sup>.

N. R.

9 V. notamment en ce sens Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, *Litec*, 3<sup>e</sup> éd., 2000, n° 138; L. Aynès, op. cit., loc. cit.

10 V. en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., loc. cit.

11 V. par exemple en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 février 1997, *Bull. civ. I*, n° 61; *Bull. Joly* 1997, p. 411, note Ph. Delebecque, jugeant que manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise ou a tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager; *adde* P. Chauvel, Cautionnement et réticence du banquier, Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet, *LGDJ*, 2001, p. 33.

12 On sait que la jurisprudence contemporaine est, d'une manière générale, plus sévère à l'égard des cautions dirigeantes (cf. en dernier lieu Cass. com., 8 octobre 2002, *infra*, obs. F. J.).

13 V. par exemple en ce sens, Cass. com., 16 novembre 1993, *JCP E* 1994, panorama, 106 (rejet de l'action en nullité pour réticence dolosive du cautionnement souscrit envers une banque par le nouveau gérant de la société débitrice).

14 Sur cette clause, V. M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 88 et la

référence à J.-L. Guillot, Le droit du cautionnement, *Banque & Droit* 1990, n° spécial sur Les évolutions jurisprudentielles, p. 20.

15 La Cour de cassation n'admet pas en principe que le dol commis par un tiers puisse être cause de nullité d'un contrat (V. notamment Cass. com., 22 juillet 1986, *Bull. civ. IV*, n° 163; D. 1987, SC, p. 445, obs. L. Aynès, à propos précisément du dol d'un tiers à un cautionnement) mais il en va différemment lorsque le dol du tiers a provoqué une erreur qui « *porte sur la substance de l'engagement* » (V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n° 288; D. 1996, SC, p. 323, obs. Ph. Delebecque).

16 La Cour de cassation a déjà jugé que « *dans les rapports entre cofidés-jusseurs, le dol peut être invoqué par la caution qui se prévaut de la nullité du cautionnement lorsqu'il émane de son cofidés-jusseur* » (Cass. com., 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 100; *RTD civ.* 2001, p. 920, obs. P. Crocq). Comme le relève un auteur, « *cet arrêt n'ouvrirait-il dès lors pas la voie à l'admission sans limite du dol commis par le débiteur principal?* » (D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, *LGDJ*, 3<sup>e</sup> éd., 2001, n° 86 et note 31); comp. P. Crocq, obs. préc., s'interrogeant sur « *l'admission d'un dol à géométrie variable* ».