



HAL
open science

Créanciers épargnés par l'exigence de proportionnalité, mais rattrapés par le devoir de mise en garde

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Créanciers épargnés par l'exigence de proportionnalité, mais rattrapés par le devoir de mise en garde. Gazette du Palais, 2017, 39, pp.71-74. hal-01797731

HAL Id: hal-01797731

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01797731>

Submitted on 22 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Créanciers épargnés par l'exigence de proportionnalité, mais rattrapés par le devoir de mise en garde

Manuella Bourassin, professeur agrégé à l'université Paris Nanterre, directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457), codirectrice du master Droit notarial

Un établissement de crédit ne pâtit pas nécessairement de l'exigence de proportionnalité du cautionnement, d'une part, parce que la Cour de cassation considère que l'article L. 341-4 du Code de la consommation « ne lui impose pas de vérifier la situation financière de la caution lors de son engagement », d'autre part, parce que la Cour laisse les juges du fond déduire souverainement la proportionnalité du cautionnement de fiches de renseignements remplies, non par la caution, mais par son concubin, gérant de la société débitrice.

L'efficacité du cautionnement peut, en revanche, être sérieusement compromise sur le fondement du devoir de mise en garde, car la banque ne peut y échapper qu'en prouvant avoir contracté avec une « caution avertie ». Or, l'arrêt confirme que l'exercice d'une certaine profession ne saurait faire présumer cette qualité.

Cass. com., 13 sept. 2017, no [15-20294](#), ECLI:FR:CCASS:2017:CO01126, Mme X c/ Sté BNP Paribas, PB (cassation partielle CA Grenoble, 7 avr. 2015), M. Rémy, cons. d'oyen f. f. prés. ; SCP Boutet et Hourdeaux, SCP Marc Lévis, av.

Violation de l'article L. 341-4 du Code de la consommation¹ et défaut de mise en garde sont le plus souvent opposés ensemble par les cautions, non seulement parce que leurs champs d'application rationae personae sont proches (créancier professionnel et caution personne physique pour le premier, professionnel du secteur bancaire et caution non avertie pour le second), mais aussi parce que la condition de disproportion leur est commune². Les deux moyens de défense ne rencontrent cependant pas le même succès. En témoigne l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 septembre 2017, qui a rejeté le moyen du pourvoi formé par une caution invoquant à titre principal la violation de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, mais a cassé pour manque de base légale, au regard de l'article 1147 (anc.) du Code civil, l'arrêt ayant écarté le manquement de la banque à son devoir de mise en garde, que la caution avait opposé subsidiairement.

1. Le premier et principal apport de la décision commentée réside dans le refus de faire supporter aux créanciers professionnels une obligation de vérification de la situation financière de la caution lors de son engagement.

En l'espèce, la caution prétendait que « la banque qui ne s'est pas enquis auprès de la caution elle-même de sa situation patrimoniale ne peut ensuite reprocher à celle-ci de ne pas démontrer que son engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus ». Ce disant, le moyen du pourvoi cherchait à faire peser la charge de la preuve de la proportionnalité du cautionnement sur la banque, sans toutefois attaquer frontalement la répartition que la Cour de cassation déduit depuis 2012 de l'article 1315 (devenu 1353) du Code civil, à savoir qu'il revient à la caution d'établir la disproportion qu'elle invoque³ et au créancier de démontrer qu'au moment de l'appel en paiement, le patrimoine de la caution lui permet de faire face à son engagement⁴. Avec habileté, la caution a tenté de renverser ce régime probatoire en invoquant une règle de fond, i.e. l'obligation du créancier de vérifier sa solvabilité avant la conclusion du cautionnement, obligation prétendument imposée par l'exigence de proportionnalité de l'article L. 341-4 du

Code de la consommation et par le devoir de bonne foi de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil. La caution espérait être entièrement déchargée sur ces fondements, car la banque ne lui avait pas demandé de remplir une déclaration de revenus et de patrimoine préalablement à la signature du contrat de sûreté.

La Cour de cassation a déjoué l'astuce, non seulement en rappelant que la charge de la preuve de la disproportion du cautionnement pèse sur la caution, mais également en énonçant un nouveau principe : l'article L. 341-4, devenu L. 332-1 et L. 343-3, du Code de la consommation « n'impose pas [au créancier professionnel] de vérifier la situation financière de la caution lors de son engagement ». La solution était prévisible⁵ et elle est en outre justifiée au regard de l'évolution, tant du droit du cautionnement, que du droit du crédit, et encore du droit commun des contrats.

À l'aune d'abord du cautionnement : l'article L. 341-4 du Code de la consommation implique certes une obligation à la charge du créancier professionnel – celle, négative, de ne pas faire souscrire un cautionnement disproportionné par rapport aux biens et revenus de la caution –, mais non l'obligation, positive, de vérifier l'actif et le passif du candidat au cautionnement. Les créanciers ont bien évidemment intérêt à y satisfaire spontanément, et les établissements bancaires n'y manquent pas, le plus souvent, en faisant remplir des fiches de renseignements patrimoniaux. Mais ce n'est pas une obligation légale sanctionnée par une déchéance totale⁶.

Ce qui est vrai en droit du cautionnement l'est aussi en droit du crédit. D'ailleurs, la solution énoncée par la Cour de cassation a certainement été inspirée par les dernières réformes du crédit à la consommation (loi Lagarde du 1er juillet 2010 ; loi Hamon du 17 mars 2014) et du crédit immobilier aux consommateurs (ord. n° 2016-351, 25 mars 2016), qui ont imposé aux banques et aux sociétés de financement de vérifier la solvabilité des emprunteurs (C. consom., art. L. 312-16 et L. 313-16), mais sans étendre cette obligation en direction des cautions.

Enfin, dans la mesure où le pourvoi a invoqué l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, il convient de se demander si le droit commun des contrats implique une telle obligation. Une réponse négative n'est pas expressément apportée par l'arrêt commenté, qui fonde l'absence d'obligation de vérifier la situation financière de la caution sur le seul article L. 341-4 du Code de la consommation. On peut néanmoins déduire de l'application de ce texte spécial, sous-tendu par les impératifs de justice et d'éthique contractuelle, l'éviction du principe général de bonne foi (C. civ., art. 1134 anc., al. 3 ; C. civ., art. 1104 nouv.). En rejetant implicitement le « forçage » du contrat de cautionnement au nom de la loyauté contractuelle, l'arrêt du 13 septembre 2017 nourrit le courant jurisprudentiel hostile au jeu du solidarisme en cette matière⁷. Pourrait-il en aller autrement sur le fondement des textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 ? Nous ne le pensons pas, car, si la réforme du droit commun des contrats a consacré l'extension de la bonne foi aux stades de leur négociation et de leur formation (C. civ., art. 1104), elle a en revanche circonscrit le périmètre de l'obligation d'information précontractuelle aux informations que « connaît » son débiteur (C. civ., art. 1112-1, qui n'a pas repris l'expression « devrait connaître » inscrite dans le projet d'ordonnance du 25 février 2015). Autrement dit, il n'existe pas un devoir légal de se renseigner préalable à celui d'informer. En écartant l'obligation de vérifier la solvabilité de la caution, la décision analysée, loin de contredire l'évolution du droit des contrats, l'anticipe plutôt.

À plusieurs égards, cette solution « indulgente pour le banquier, dont le défaut de curiosité n'est pas sanctionné »⁸, est donc bien justifiée.

2. Au sujet des modes de preuve de la proportionnalité du cautionnement aux biens et revenus de la caution, l'arrêt du 13 septembre 2017 est moins convaincant.

Le pourvoi prétendait que la cour d'appel avait déclaré proportionné le cautionnement souscrit en 2005 dans la limite de 480 000 €, sur le seul fondement de la fiche de renseignements remplie, non par la caution elle-même, mais par son concubin, qui était le gérant de la société débitrice.

Pour rejeter cette contestation, la Cour de cassation a souligné que les juges du fond avaient d'abord « relevé que Mme X ne versait aux débats aucune pièce relative à sa situation financière et patrimoniale en 2005 », avant de se fonder sur la fiche de renseignements remplie par M. Y. Surtout, la haute juridiction a mis en avant le pouvoir souverain de la cour d'appel quant aux éléments de preuve produits. Ainsi, sous couvert du grief de violation des articles 515-9 et 1984 du Code civil, le pourvoi, en rappelant que « les concubins ne se représentent pas mutuellement », ne tendait, en réalité, qu'à remettre en cause cette souveraineté des juges du fond.

En droit, l'apport d'un tel rejet est limité. Il n'est pas inexistant pour autant, car il révèle le choix de la Cour de cassation de rattacher la question posée à la force probante des éléments produits, qui entre effectivement dans le pouvoir souverain des juges des premier et second degrés, plutôt qu'à l'admissibilité des modes de preuve au regard des présupposés de la règle de droit litigieuse, que la Cour contrôle au contraire. Dans le contentieux portant sur l'obligation d'information annuelle des cautions, la Cour de cassation use largement de cette distinction pour se prononcer sur la recevabilité des documents présentés par le créancier⁹. Lorsque la proportionnalité du cautionnement est en cause, la même dichotomie s'observe habituellement : l'évaluation purement mathématique des facultés contributives de la caution relève du pouvoir souverain des juges du fond, mais les éléments d'appréciation de la (dis)proportion sont étroitement contrôlés par la cour régulatrice. Ainsi impose-t-elle, depuis 2010, la prise en compte des « biens et revenus déclarés par la caution », plutôt que son patrimoine effectif¹⁰ ; l'assiette d'appréciation a également été fixée par la Cour de cassation en présence d'époux cautions¹¹. On peut dès lors s'étonner de ce que, dans l'affaire jugée le 13 septembre 2017, le pouvoir souverain des juges du fond sur l'existence et l'importance des biens et revenus de la caution mentionnés dans une fiche de renseignements patrimoniaux l'ait emporté, sans que la chambre commerciale ne se soit prononcée sur l'admissibilité d'une fiche remplie par une autre personne que la caution, en l'occurrence son concubin. Cette solution paraît d'autant plus contestable que, le 4 mai 2017, la même formation de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté une fiche de renseignements au motif que l'écriture y figurant différait de celle apposée sur l'acte de prêt et de cautionnement¹².

Il convient donc de minimiser la portée de l'arrêt commenté quant aux modes de preuve de la proportionnalité du cautionnement et, par là même, de relativiser la protection du créancier qui en a ici résulté.

3. Sur un troisième et dernier point, l'apport de l'arrêt et sa rigueur à l'encontre des professionnels du crédit sont en revanche indubitables. Ils concernent le devoir de mise en garde et procèdent de l'affinement de l'appréciation in concreto de la qualité de caution avertie, qui favorise le rejet de cette qualification et accroît par conséquent le risque, pour les banques, de voir leur responsabilité engagée pour non-respect de ce devoir prétorien. En l'espèce, la cour d'appel avait rejeté les demandes de dommages et intérêts et de compensation formées par la caution, aux motifs que « Mme X, attachée de direction, devait, au regard de ses compétences professionnelles, être considérée comme une caution avertie et qu'elle ne pouvait se méprendre sur ses obligations ».

La Cour de cassation a considéré ces motifs « impropres à établir que la caution était avertie, faute de préciser de quelles compétences il s'agit ». Il s'ensuivit une cassation pour manque de base légale. Se trouvent ainsi confirmés, d'une part, le contrôle strict qu'exerce

la haute juridiction sur la motivation des juges du fond relativement à la qualité de la caution en matière de mise en garde et, d'autre part, le refus de toute généralisation en ce domaine. L'appréciation de la qualité de la caution doit être opérée au cas par cas, sans qu'aucune présomption de compétence ne puisse être fondée sur la profession ou les fonctions qu'elle exerce.

La solution peut sembler opportune lorsque, comme dans l'affaire étudiée, le métier de la caution n'implique pas des connaissances en matière de financement, non plus qu'une implication dans l'activité du débiteur principal¹³, plus précisément dans l'obtention du crédit garanti¹⁴. Mais en présence de dirigeants cautions, nous continuons de penser que l'appréciation in concreto de la qualité de caution avertie¹⁵ porte excessivement atteinte à l'efficacité du cautionnement¹⁶.

Notes de bas de page

1 –

Remplacé par les articles L. 332-1 et L. 343-3 depuis l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2016, de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

2 –

Sur ces liens, v. nos comm. ss [Cass. com., 3 nov. 2015, n° 14-17727](#), D ; [Gaz. Pal. 8 mars 2016, n° 259n9, p. 73](#), note Bourassin M. – [Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12723](#) et [Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-14915](#) ; [Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297h6, p. 70](#).

3 –

V. not. [Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-27651](#), D ; [Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-18064](#) ; Bull. civ. IV, n° 99 – [Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19141](#) ; [Cass. 1re civ., 6 sept. 2017, n° 16-18258](#), D.

4 –

V. not. [Cass. com., 1er avr. 2014, n° 13-11313](#) ; Bull. civ. IV, n° 63 – [Cass. com., 17 déc. 2015, n° 14-25861](#), D ; [Cass. com., 1er mars 2016, n° 14-16402](#) ; [Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-28164](#), D. Notons que l'arrêt d'appel attaqué ne reflète pas cette jurisprudence constante relative à la preuve par le créancier du retour à meilleure fortune de la caution. Il précise, en effet, « qu'il appartient à la caution de prouver, si la disproportion est avérée, que son patrimoine ne lui permet pas de faire face à son obligation au moment où elle est appelée ».

5 –

Dans une affaire jugée le 4 mai 2017 ([Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19141](#)), la chambre commerciale avait déjà relevé que le manquement de la banque à son devoir de renseignement, invoqué par la caution, était « sans influence, en l'espèce, sur l'appréciation de la disproportion ». Cette référence à l'espèce empêchait cependant d'y voir une solution de principe, qu'exprime au contraire en termes généraux l'arrêt étudié.

6 –

Et non par la nullité du cautionnement ([Cass. 1re civ., 22 oct. 1996, n° 94-15615](#) ; Bull. civ. I, n° 362, au sujet de [C. consom., art. L. 313-10](#) anc., devenu [C. consom., art. L. 314-18](#)). Est en conséquence mal formulé le dispositif de l'arrêt d'appel attaqué ayant déclaré « valable » l'engagement proportionné au patrimoine de la caution.

7 –

Courant qu'illustrent nettement les arrêts refusant de découvrir une obligation d'agir contre le débiteur ou la caution avant l'expiration du délai de prescription ([Cass. com., 2 nov. 2016, n°](#)

[14-29723](#) et [Cass. com., 13 déc. 2016, n° 14-19885](#), D : [Gaz. Pal. 21 févr. 2017, n° 287b5, p. 66](#), comm. Bourassin M.), ainsi que ceux rejetant l'exception de défaut de subrogation de l'article 2314 du Code civil en cas de défaut d'exercice d'une simple faculté ([Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-18282](#), D ; [Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-12491](#), relatifs au défaut de notification d'une cession Dailly).

8 –

Dalloz actualité 28 sept. 2017, obs. Delpech X.

9 –

V. Bourassin M. et Brémond V., Droit des sûretés, 6e éd., 2018, Sirey, n° 292.

10 –

V. not. [Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69807](#) : Bull. civ. IV, n° 198 – [Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-21966](#), D ; [Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-15030](#), D ; [Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-15867](#), D.

11 –

V. not. [Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-14915](#) : [Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297h4, p. 68](#), comm. Bourassin M.

12 –

[Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19141](#) : « l'arrêt en déduit exactement que la caution est libre de rapporter par tous moyens la preuve qui lui incombe ». L'adverbe « exactement » exprime le contrôle ici exercé par la Cour de cassation.

13 –

En l'espèce, rien n'indique que la caution était attachée de direction au sein de la société débitrice.

14 –

Critères d'appréciation précisés par [Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12723](#).

15 –

Pour une illustration récente, v. [Cass. com., 12 juill. 2017, n° 16-10793](#) : « La qualité de caution avertie ne saurait résulter de son seul statut de dirigeante de la société quand il n'est pas démontré qu'elle disposait de compétences pour mesurer les enjeux réels et les risques liés à l'octroi du prêt ainsi que la portée de son engagement de caution ».

16 –

V. nos précédents commentaires au sein de la chronique de jurisprudence de droit bancaire ss [Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20216](#) ([Gaz. Pal. 7 juin 2016, n° 266y2, p. 70](#)) et ss [Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12723](#) ([Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297h4, p. 68](#)).