Vices de forme, disproportion, fraude, défaut d'information : le cumul de moyens de défense n'assure pas la libération de la caution !

Manuella Bourassin

▶ **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Vices de forme, disproportion, fraude, défaut d'information : le cumul de moyens de défense n'assure pas la libération de la caution !. Gazette du Palais, 2019, 139 (07), p. 64. hal-02466136

HAL Id: hal-02466136
https://hal.parisnanterre.fr/hal-02466136

Submitted on 4 Feb 2020

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.

Manuella **Bourassin**, professeure agrégée à l'université Paris Nanterre, codirectrice du master Droit notarial, CEDCACE (EA 3457)

Issu de *Gazette du Palais* - n°07 - page 64
Date de parution : 19/02/2019
Réf : Gaz. Pal. 19 févr. 2019, n° 342f1, p. 64 ^

Vices de forme, disproportion, fraude, défaut d'information : le cumul de moyens de défense n'assure pas la libération de la caution !

L'arrêt conforte quatre solutions : la signature de la caution doit suivre la mention manuscrite ; au sein de celle-ci, le débiteur principal doit être précisément identifié ; la responsabilité du créancier ne peut être engagée sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce que si le caractère fautif du concours consenti est établi ; la motivation des juges du fond doit permettre à la Cour de cassation de contrôler le respect des exigences légales relatives à l'information de la caution.
L'arrêt énonce par ailleurs un nouveau principe : pour apprécier la proportionnalité du cautionnement, un précédent engagement déclaré nul ne doit pas être pris en compte.
Il présente enfin l'intérêt de rappeler aux défenseurs des cautions la rigueur dont ils doivent faire montre dans leurs conclusions, l'accumulation des moyens de défense n'étant pas un gage de succès !

Cass. com., 21 nov. 2018, no 16-25128, ECLI:FR:CCASS:2018:CO00990, M. Y-Z c/ Sté Banque Tarneaud, PB (cassation partielle CA Poitiers, 26 janv. 2016), Mme Mouillard, prés. ; SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, av.
Les cautions personnes physiques disposent d'une multitude de moyens de défense que s'emploient à lister de nombreux sites internet d'avocats spécialisés et que ces derniers n'hésitent pas à développer conjointement pour accroître les chances de leurs clients d'être déchargés en tout ou partie. Accumuler les moyens de défense n'assure cependant pas la libération de la caution. L'arrêt commenté du 21 novembre 2018, promis à la publication, en fournit une illustration remarquable.
Le pourvoi formé par une caution invoquait deux irrégularités formelles et, à titre subsidiaire, le caractère disproportionné de l'engagement, une fraude du créancier et encore le manquement de celui-ci à son obligation d'information annuelle. Si la plupart des réponses apportées par la Cour de cassation à ces cinq contestations ne sont pas nouvelles sur le fond, l'arrêt est néanmoins fort intéressant d'un point de vue procédural en ce qu'il souligne le degré de précision dont doivent faire montre, tant les défenseurs des cautions dans leurs écritures que les juges du fond dans les motifs justifiant la condamnation de la caution.
Avant d'exposer les apports théoriques et pratiques de cette décision, notons qu'elle a été rendue au sujet d'un type de cautionnement jouant un rôle essentiel dans le crédit délivré aux PME, celui que les banques requièrent presque toujours des dirigeants des sociétés débitrices. En l'espèce, tous les engagements d'une SARL vis-à-vis d'une banque ont été cautionnés, en 2009, à concurrence d'un certain montant par son dirigeant et, deux ans plus tard, ce dernier s'est rendu caution d'un prêt consenti par le même établissement à sa société. À la suite de la mise en liquidation judiciaire de cette dernière, la banque a assigné la caution en exécution de ses engagements. Sur le fondement du cautionnement souscrit en 2011, les juges du fond ont condamné le garant à une somme correspondant au montant

principal et aux intérêts du prêt garanti, après avoir écarté cinq moyens de défense. Le pourvoi formé par la caution a donné l'occasion à la chambre commerciale de la Cour de cassation d'apporter des précisions sur chacun d'eux.

1. Le premier moyen concerne l'emplacement de la signature de la caution par rapport aux mentions manuscrites exigées ad validitatem par le Code de la consommation[1]. La cour d'appel de Poitiers a annulé le cautionnement conclu en 2009 en relevant que la signature figurait avant la mention ; elle n'a pas adopté ce motif à l'encontre de celui datant de 2011 alors que la forme était la même. Le pourvoi lui a dès lors adressé deux reproches, en apparence pertinents : la cour d'appel aurait violé l'article 455 du Code de procédure civile en statuant par des motifs contradictoires à l'égard des deux cautionnements ; elle aurait en outre violé l'article L. 341-2 du Code de la consommation, selon lequel la caution personne physique doit faire précéder sa signature de la mention qu'il édicte. Ce grief substantiel est de nature à fonder une cassation. En attestent plusieurs arrêts rendus depuis 2013 par la haute juridiction[2], qui fait ainsi respecter la lettre du texte précité, ainsi que l'une des fonctions que l'article 1367 du Code civil assigne à toute signature : manifester le consentement de l'auteur d'un acte juridique aux obligations qui en découlent. Dans la décision analysée, le moyen a cependant été rejeté, alors qu'aucun des tempéraments relatifs à l'emplacement de la signature[3] (par exemple, un manque de place sous la mention manuscrite autorisant une signature en marge) n'était en cause. Pour autant, il ne s'agit nullement d'un revirement. Le rejet procède du caractère nouveau du moyen[4] : « la caution n'a pas soutenu devant la cour d'appel que l'acte de cautionnement du 20 juillet 2011 présenterait le même vice que celui du 3 avril 2009 ». De l'irrégularité procédurale ainsi relevée, deux enseignements peuvent être déduits : les juges du fond n'ont pas l'obligation de relever d'office la nullité du cautionnement pour violation du formalisme du Code de la consommation[5] ; il appartient en conséquence à la caution de faire valoir un tel moyen dans ses conclusions d'appel et ce, le cas échéant, à l'encontre de chacun des engagements contestés, quand bien même le vice y serait identique.

2. Le deuxième argument invoqué par la caution concernait un autre aspect du formalisme, à savoir l'identification du débiteur principal au sein de la mention manuscrite. Le Code de la consommation prévoit deux emplacements à cet effet. Comme dans le premier, M. Y-Z a seulement indiqué se rendre caution « de la SARL », sans autre précision, le pourvoi a prétendu que « la personne du débiteur garanti n'était pas désignée dans ladite mention ». La Cour de cassation a déclaré ce moyen infondé en relevant les termes de la mention reproduite dans les conclusions d'appel : la caution a, « dans cette même mention, fait figurer à trois reprises la dénomination sociale du débiteur principal garanti, en précisant qu'il s'engageait à rembourser au prêteur les sommes dues "si SARL ELYXIR n'y satisfait pas", et en déclarant s'obliger solidairement "avec SARL ELYXIR" et à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement "SARL ELYXIR" ». À la lecture de ces motifs, le moyen du pourvoi paraît fallacieux. De fait, on ne peut sérieusement croire que ces précisions figurant dans les mentions manuscrites n'aient pas permis à la caution de connaître le sens et la portée de son engagement[6], d'autant qu'étaient couvertes les dettes de la société qu'elle dirigeait depuis plusieurs années. En réalité, le moyen n'avait rien de spécieux, car les juges du fond avaient pris en compte le nom de la société débitrice figurant dans l'acte de prêt garanti et la première page du cautionnement. Or, la Cour de cassation sanctionne habituellement les décisions qui acceptent de combler les lacunes des mentions manuscrites en s'attachant à des clauses imprimées de la garantie ou du contrat principal[7]. L'arrêt attaqué encourait la cassation de ce chef, puisque la cour d'appel s'est uniquement fondée sur de telles stipulations extérieures aux mentions manuscrites. La censure n'a toutefois pas été prononcée, car la haute juridiction a pu, sur la base des conclusions d'appel, relever les termes idoines desdites mentions. L'arrêt a donc été sauvé par une substitution de motifs. Bien que celle-ci n'ait pas été opérée explicitement, il apparaît que la Cour de cassation fait preuve de tolérance envers des motifs manquant de rigueur, dès lors

que le contenu des mentions manuscrites contestées était dans le débat et qu'il ne présente aucune ambigüité. Partant, les défenseurs des cautions devraient être dissuadés d'invoquer des différences vénielles entre la lettre du Code de la consommation et les mentions rédigées par leurs clients.

3. Le troisième argument développé en l'espèce portait sur l'un des moyens de défense les plus prisés des cautions personnes physiques : la disproportion manifeste du cautionnement, lors de sa conclusion, aux biens et revenus de la caution***8***. Était ici en cause l'appréciation du passif de la caution au moment où elle s'est engagée, en 2011, à garantir un prêt accordé à sa société.

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte, comme elle y était invitée, du précédent cautionnement souscrit en 2009 au profit de la même banque. Là encore, le moyen semble au premier abord convaincant, puisque la Cour de cassation décide avec constance, depuis 2013, que « la disproportion doit être appréciée en prenant en considération l'endettement global de la caution, y compris celui résultant d'autres engagements de caution »***9***, ce qu'elle rappelle d'ailleurs dans l'arrêt commenté.

Pour rejeter néanmoins la prétention de la caution, un principe est pour la première fois énoncé : « il ne peut être tenu compte d'un cautionnement antérieur que le juge déclare nul, et qui est ainsi anéanti rétroactivement ». En l'espèce, la cour d'appel avait annulé le cautionnement conclu en 2009 dans lequel la signature de la caution précédait la mention manuscrite. Dans l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement datant de 2011, elle n'a fait aucune référence à ce premier engagement et ne l'a donc pas écarté en raison de son annulation. Le motif en question émane de la Cour de cassation, qui pallie de la sorte une lacune de l'arrêt attaqué. Ce second sauvetage est d'autant plus défavorable à la caution demanderesse que la précision apportée lui est préjudiciable sur le fond. En effet, si la caution a souscrit successivement plusieurs engagements, l'annulation du premier diminue ses chances de voir le second déclaré disproportionné et d'en être en conséquence totalement libérée. Par où l'on voit que l'accumulation des moyens de défense se retourne contre la caution et que les avocats seraient dès lors bien inspirés de revoir leur stratégie lorsque le montant du premier engagement, si la nullité n'en était pas demandée, permettrait de diminuer les capacités patrimoniales de la caution lors de la souscription du second, au point que celui-ci, possiblement plus élevé, serait privé d'efficacité.

Pour qu'il en aille ainsi, encore faut-il que le premier engagement soit frappé de nullité. Toutes les causes d'anéantissement du contrat ne sauraient en paralyser la prise en compte lors de l'appréciation de la proportionnalité d'un second cautionnement. Cette éviction repose sur la fiction attachée à la rétroactivité : le contrat est censé n'avoir jamais existé***10***. Partant, les sanctions qui jouent seulement pour l'avenir ne devraient pas interférer dans la mise en œuvre de l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Tel est le cas de celle prévue par ce texte lui-même en présence d'un cautionnement disproportionné : il ne s'agit pas d'une nullité***11***, mais plutôt d'une déchéance des droits du créancier, qui ne remet pas en cause le passé et qu'un retour à meilleure fortune de la caution appelée en paiement permet d'écarter. Ainsi n'y a-t-il pas de contradiction entre l'arrêt étudié et celui rendu le 8 mars 2017 ayant reproché à une cour d'appel de ne pas avoir pris en compte un cautionnement antérieur, « quand bien même elle l'avait déclaré disproportionné »***12***. D'autres causes d'extinction du cautionnement pourraient, faute d'effet rétroactif, être pareillement indifférentes. On songe en particulier à l'exception de défaut de subrogation de l'article 2314 du Code civil et aux causes d'extinction par voie principale du droit commun des obligations, autres que la nullité, comme une confusion ou une novation. La solution est moins évidente à l'égard des causes d'extinction par voie accessoire, dans la mesure où la nature de la disparition du cautionnement en conséquence de celle de l'obligation garantie fait débat : admettre la nullité conduirait à faire application du principe affirmé le 21 novembre 2018 ; préférer la caducité – ce qui nous semble parfaitement justifié au regard de la définition qu'en donne l'article 1186 du Code civil***13*** – rend la solution imprévisible, puisque cette sanction

n'est pas nécessairement rétroactive mais qu'elle « peut donner lieu à restitution »***14***. La simplicité de la règle énoncée par la décision commentée cache donc de sérieuses difficultés d'application, qui rendent encore plus incertaine l'appréciation de la disproportion du cautionnement***15***.

4. Anticipant l'éventuel rejet des moyens de défense pleinement libératoires analysés jusqu'ici, la caution a développé à titre subsidiaire une quatrième parade susceptible, par voie de compensation, d'éteindre partiellement voire totalement son obligation de règlement : la responsabilité de la banque, créancière d'une entreprise en difficulté, que l'article L. 650-1 du Code de commerce admet à titre exceptionnel. Devant les juges du fond, l'une des conditions imposées par ce texte a été discutée : la fraude commise par la banque. N'apparaît en revanche, ni dans les conclusions de la caution, ni dans les motifs de la cour d'appel, la condition que la Cour de cassation ajoute logiquement depuis 2012, à savoir le caractère fautif des concours consentis au débiteur principal***16***. Le pourvoi a certes rappelé que « les préjudices dont il peut être demandé réparation sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce sont les préjudices consécutifs aux concours excessifs***17*** consentis par une banque à un débiteur ». Le moyen est toutefois déclaré inopérant car « M. Y ne s'était, dans ses conclusions, prévalu que de moyens déloyaux de la banque caractérisant la fraude, sans alléguer une faute dans l'octroi des concours ». La Cour de cassation confirme ainsi une jurisprudence bien établie et laisse voir qu'un pourvoi ne peut faire mouche en se contentant de reprendre la terminologie qu'elle emploie habituellement. Les défenseurs des parties doivent, avant tout, établir les conditions que la haute juridiction clarifie ou découvre.

5. Les juges du fond ne doivent pas non plus s'affranchir des précisions que la cour régulatrice apporte aux dispositions légales lacunaires ou obscures. En témoigne la cassation pour manque de base légale, au regard de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, que la caution obtient en réponse à son cinquième et dernier argument relatif à l'information annuelle sur l'encours de la dette principale. Il était reproché à la cour d'appel d'avoir refusé que le créancier soit déchu de son droit aux intérêts contractuels, en se bornant à retenir que « la banque justifie avoir adressé à M. Y, caution, des courriers d'information sur le montant de sa dette avec décompte joint respectivement les 14 décembre 2011, 30 juillet 2012 et 25 mars 2013 ». Selon la chambre commerciale, de tels motifs sont « impropres à justifier de l'accomplissement des formalités prévues par le texte susvisé ». La Cour de cassation ajoute que la cour d'appel ne l'a pas mise en mesure d'exercer son contrôle. L'objet de celui-ci n'est pas détaillé, sans doute parce que la répartition des compétences, au sujet de l'information annuelle des cautions, est claire et stable depuis de nombreuses années : les juges du fond apprécient souverainement les modes de preuve présentés par les créanciers au soutien de l'envoi de l'information***18***, mais ils doivent respecter leur devoir de motivation***19*** en précisant en quoi les documents produits sont (in)suffisants au regard des exigences légales ; la Cour de cassation contrôle en particulier que leurs motifs s'attachent à l'envoi effectif de l'information et au contenu de celle-ci (notamment le terme de l'engagement de la caution que l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier impose à l'établissement de crédit de rappeler si le cautionnement est à durée déterminée). L'arrêt de la cour d'appel a été censuré, faute d'avoir fourni de telles indications. Le manque de base légale est donc justifié. Il s'agit là du seul moyen ayant convaincu la Cour de cassation.

En définitive, la caution peut seulement espérer ici que les magistrats de la cour d'appel de renvoi la déchargeront des intérêts de la dette principale ayant couru pendant la période où elle n'a peut-être pas été correctement informée. Les retombées du feu d'artifice de moyens de défense invoqués dans cette affaire risquent donc d'être très décevantes pour la caution !

Notes de bas de page

1 – C. consom., art. L. 341-2 anc. et L. 341-3 anc., devenus C. consom., art. L. 331-1, C. consom., art. L. 331-2, C. consom., art. L. 343-1 et C. consom., art. L. 343-2.

2 – Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-22831, D ; Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-13577 : Bull. civ. IV, n° 132 ; Cass. com., 1er avr. 2014, n° 13-15735, D.

3 – Cass. com., 28 juin 2016, n° 13-27245, D.

4 – CPC, art. 619.

5 – Sur la solution inverse en présence d'une clause abusive au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, v. notre commentaire co-écrit avec Myriam Roussille, dans le présent numéro, partie « Jurisprudence », sous Cass. 1re civ., 10 oct. 2018, n° 17-20441 (Gaz. Pal. 19 févr. 2019, n° 342g2).

6 – Depuis 2004, la Cour de cassation admet des différences par rapport à la lettre de la loi, à condition qu'elles « n'affectent ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite ». Concernant la désignation du débiteur principal, sont ainsi admises des précisions que n'impose pas le Code de la consommation, tels la forme sociale, le montant du capital social, l'adresse du siège social et le numéro d'immatriculation au RCS (Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23623 : Bull. civ. IV, n° 184). En revanche, la nullité du cautionnement a déjà été retenue à défaut de toute désignation du débiteur au sein de la mention manuscrite (Cass. com., 10 janv. 2018, n° 15-26324, D).

7 – Au sujet du nom ou de la dénomination sociale du débiteur : Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-24400.

8 – C. consom., art. L. 341-4 anc., devenu C. consom., art. L. 332-1.

9 – V. not. Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24812 : Bull. civ. IV, n° 84 − Cass. 1re civ., 15 janv. 2015, n° 13-23489 : Bull. civ. I, n° 8 − Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-24568 ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-21166. La même solution a été récemment admise dans le cadre de l'appréciation du retour à meilleure fortune tenant en échec la sanction de la disproportion : Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-21857 (v. notre commentaire dans la présente chronique : Gaz. Pal. 19 févr. 2019, n° 342f2).

10 – C. civ., art. 1178, al. 2, relatif à la nullité.

11 – Cass. 1re civ., 22 oct. 1996, n° 94-15615 : Bull. civ. I, n° 362.

12 – Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-20792, D.

13 – Alinéa 1er : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

14 – C. civ., art. 1187.

15 – Pour un autre commentaire critique, v. Blandin Y., « Appréciation des engagements de la caution personne physique : précision », Dalloz actualité, 5 déc. 2018.

16 – Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20077 : Bull. civ. IV, n° 68.

17 – C’est nous qui soulignons.

18 – V. not. Cass. 1re civ., 17 nov. 1998, n° 96-22455 : Bull. civ. I, n° 321 – Cass. com., 28 oct. 2008, n° 06-17145 : Bull. civ. IV, n° 176 − Cass. 2e civ., 3 déc. 2015, n° 14-24317, D ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-20352, D ; Cass. com., 9 mai 2018, n° 17-10869, D.

19 – CPC, art. 455.