



HAL
open science

Proportionnalité du cautionnement : appréciation de l'exception de retour à meilleure fortune lors de l'appel en paiement

Manuella Bourassin

► To cite this version:

Manuella Bourassin. Proportionnalité du cautionnement : appréciation de l'exception de retour à meilleure fortune lors de l'appel en paiement. Gazette du Palais, 2019, 139 (07), p.61. hal-03009726

HAL Id: hal-03009726

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03009726v1>

Submitted on 17 Nov 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.

Proportionnalité du cautionnement : appréciation de l'exception de retour à meilleure fortune lors de l'appel en paiement

Issu de Gazette du Palais - n°07 - page 61

Date de parution : 19/02/2019

Id : GPL342f2

Réf : Gaz. Pal. 19 févr. 2019, n° 342f2, p. 61

Auteur :

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

Pour apprécier le retour à meilleure fortune de la caution poursuivie en paiement, évinçant la sanction d'une disproportion lors de la conclusion du cautionnement, doivent être compris dans l'actif les biens insaisissables, telle la résidence principale de la caution dirigeante lorsque le créancier est également couvert par la garantie Oséo. Il doit par ailleurs être tenu compte de l'endettement global de la caution, y compris celui résultant d'autres cautionnements.

Cass. com., 17 oct. 2018, no [17-21857](#), ECLI:FR:CCASS:2018:CO00890, M. X c/ BNP Paribas, PBI (cassation partielle CA Versailles, 4 mai 2017), Mme Mouillard, prés. ; Me Bertrand, SCP Marc Lévis, av.

Depuis près de 30 ans, législateurs et juges, guidés par l'impératif de justice contractuelle, privent d'efficacité les cautionnements manifestement disproportionnés, lors de leur conclusion, aux biens et revenus de la caution personne physique : pour éviter qu'un tel engagement ne se solde par le surendettement du garant, le Code de la consommation interdit au créancier professionnel de s'en prévaloir¹ et, dans les interstices des textes spéciaux, la jurisprudence réduit, voire supprime l'obligation de règlement de la caution par compensation avec les dommages et intérêts dus par le créancier professionnel dont la responsabilité est engagée². Aucune sanction n'est cependant encourue si, lors de l'appel en paiement, le patrimoine de la caution lui permet de faire face à son obligation. Cette hypothèse, dite de retour à meilleure fortune, supprime le préjudice consubstantiel à la responsabilité civile et constitue une exception à la déchéance totale des droits du créancier prévue par l'article L. 341-4 (devenu L. 332-1) du Code de la consommation.

Ce texte se trouve au cœur de l'arrêt commenté en date du 17 octobre 2018, qui présente l'originalité de porter sur la proportionnalité du cautionnement, non pas au stade de sa souscription – là où se concentre l'essentiel du contentieux – mais lors de sa mise en œuvre³. La décision apporte des précisions, inédites et utiles⁴, même si toutes ne sont pas à l'abri de la critique, quant aux critères d'appréciation du retour à meilleure fortune.

Rappelons d'abord qu'il n'entre pas dans l'office de la Cour de cassation de contrôler la valeur des éléments d'actif et de passif de la caution, ni au jour de l'engagement⁵ ni à celui de sa réalisation. En l'espèce, elle a ainsi relevé qu'« il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur [deux branches du pourvoi formé par la caution] qui ne sont pas de nature à entraîner la cassation ». L'une prétendait que la cour d'appel n'avait pas répondu aux conclusions déniant la prise en compte de la résidence principale de la caution en raison des inscriptions hypothécaires existant lors de l'appel en paiement. Or, comme les sûretés réelles ne rendent pas indisponibles les biens grevés⁶, mais en diminuent seulement la valeur⁷, le pourvoi tendait en réalité à remettre en cause la souveraineté des juges du fond relativement à une donnée factuelle, en l'occurrence l'étendue de cette minoration. Pour la même raison, la Cour de cassation n'a pas statué sur une autre branche du moyen qui, sous couvert d'un manque de base légale, ne portait que sur des faits,

à savoir la valeur de deux appartements acquis à crédit après la souscription du cautionnement au regard des sommes restant à rembourser au jour de sa mise en œuvre. L'appréciation des capacités financières de la caution, d'un point de vue mathématique, relève donc du pouvoir souverain des juges du fond.

La haute juridiction contrôle en revanche les critères de disproportion au moment de la conclusion du cautionnement, tout comme ceux du retour à meilleure fortune lors de l'appel de la caution. Les éléments d'appréciation sont-ils identiques à ces deux stades de la vie de la sûreté ? L'arrêt analysé fournit une réponse positive concernant des éléments d'actif – un bien exclu du droit de poursuite du créancier – et de passif – un autre engagement de caution.

1. Prise en compte des biens insaisissables. En l'espèce, la résidence principale de la caution faisait l'objet d'une insaisissabilité conventionnelle résultant de la garantie subsidiaire consentie par la société Oséo⁸, devenue Banque publique d'investissement (Bpifrance). Les conditions générales de cette garantie imposaient au bénéficiaire de renoncer à faire pratiquer, pour le recouvrement de la créance garantie, une saisie immobilière du logement servant de résidence principale au dirigeant caution de l'entreprise débitrice. La cour d'appel de Versailles a inclus cette résidence dans le périmètre de l'actif permettant à la caution poursuivie de faire face à son engagement. Elle en a déduit que le cautionnement, bien que disproportionné lors de sa formation, devait recevoir exécution. Le pourvoi formé par la caution lui reprochait d'avoir pris en compte ce bien immobilier sans répondre aux écritures faisant valoir qu'il ne pouvait être appréhendé par la banque pour le remboursement de sa créance. La question se posait dès lors de savoir si un bien insaisissable peut être pris en compte pour mesurer les capacités patrimoniales de la caution.

Depuis 2017, la Cour de cassation l'admet clairement lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité du cautionnement lors de sa conclusion, et ce que l'insaisissabilité soit conventionnelle, à l'instar de celle stipulée dans la garantie Oséo⁹, ou légale, comme celle frappant les biens communs de la caution à défaut du consentement exprès de son conjoint requis par l'article 1415 du Code civil¹⁰. Autrement dit, il n'y a pas de corrélation entre l'assiette du gage du créancier et l'assiette d'évaluation de la proportionnalité du cautionnement au stade de sa formation. L'arrêt rendu le 17 octobre 2018 statue dans les mêmes termes s'agissant de l'appréciation du patrimoine de la caution au moment de son appel en paiement. Le pourvoi est en effet rejeté au motif que « la cour d'appel n'était pas tenue de répondre aux conclusions, inopérantes, invoquées par le moyen ». La Cour de cassation ne s'est pas contentée d'exercer le contrôle disciplinaire auquel invite un moyen fondé sur l'article 455 du Code de procédure civile. Elle a effectué un contrôle substantiel des critères d'appréciation du retour à meilleure fortune et énoncé en conséquence un principe identique à celui régissant la proportionnalité ab initio : « la consistance du patrimoine de la caution à prendre en considération pour l'appréciation de sa capacité à faire face à son engagement au moment où elle est appelée n'est pas modifiée par les stipulations de la garantie de la société Oséo, qui interdisent au créancier le recours à certaines procédures d'exécution forcée ».

Quel que soit le moment d'appréciation des capacités patrimoniales de la caution, l'assiette de cette appréciation est donc découplée de celle du droit de poursuite du créancier. D'un point de vue théorique, la solution est cohérente : l'exigence de proportionnalité, instrument de prévention du surendettement des particuliers, met en cause la composition de leur patrimoine ; les biens insaisissables échappent certes à tout ou partie des créanciers, mais demeurent dans le patrimoine de leur propriétaire ; la date d'appréciation du patrimoine ne saurait en modifier les éléments constitutifs. Sur un plan pratique, l'intégration des biens insaisissables dans le périmètre de l'actif permettant à la caution poursuivie d'honorer ses obligations est défavorable à celle-ci. De fait, l'exclusion de la disproportion risque de conduire la caution condamnée en paiement à vendre elle-même, afin de désintéresser le créancier, le bien que ce dernier n'a pas le droit de saisir. Serait ainsi mise en défaut la protection de la caution recherchée par les dispositions ou stipulations à l'origine de l'insaisissabilité. Si la caution rejette cette réalisation volontaire, le reste de son actif ne suffira probablement pas à éteindre sa dette. Dit autrement, le retour à meilleure fortune ne sera pas effectif et le cautionnement sera donc toujours disproportionné ; l'impossibilité de faire face à cet

engagement pourrait caractériser une situation de surendettement, quand bien même la caution serait propriétaire de sa résidence principale et que la valeur de celle-ci permettrait d'apurer le passif¹¹. Partant, la logique qui inspire l'exigence de proportionnalité serait déjouée. Que la caution décide de vendre le bien insaisissable ou qu'elle s'y refuse, la protection organisée par la loi ou une convention se trouve tenue en échec. Un auteur en conclut fort justement que « la dissociation opérée par la Cour de cassation [entre l'assiette du droit de gage général du créancier et les actifs à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement] procède donc d'un certain artifice »¹².

Les effets pervers de cette solution pourraient être limités si la haute juridiction réduisait la portée du principe énoncé¹³ en n'incluant, dans l'actif révélant le retour à meilleure fortune, que les biens dont la caution peut disposer. Tel n'est pas le cas lorsque l'acte d'acquisition, à titre gratuit ou onéreux, renferme une clause d'inaliénabilité, qui rend également le bien insaisissable¹⁴. En outre, il pourrait uniquement s'agir des biens dont la caution peut disposer seule¹⁵. Seraient alors écartés ceux pour lesquels le droit des régimes matrimoniaux exige la cogestion, ainsi que les biens indivis dont la vente requiert le consentement de tous les indivisaires¹⁶. Consacrer cette restriction nécessiterait de privilégier l'esprit de l'article L. 341-4 (devenu L. 332-1) du Code de la consommation – éviter le surendettement de la caution moyennant l'aliénation volontaire d'un bien insaisissable – sur sa lettre, qui vise le patrimoine lui permettant de faire face à son obligation et non les pouvoirs dont elle est titulaire. Notons que l'article 2301 du Code civil proposé en 2017 par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés rédigé sous l'égide de l'association H. Capitant autoriserait plus aisément la prise en compte de ces pouvoirs, donc la restriction que nous préconisons, puisque l'exception à la sanction de la disproportion y est rédigée en des termes plus souples : « à moins que [la caution], au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ».

2. Prise en compte d'autres cautionnements indépendamment de leur mise en œuvre. Le retour à meilleure fortune ne saurait par ailleurs être admis qu'à la suite d'une comparaison entre l'actif et le passif de la caution au moment où elle est poursuivie en paiement. L'arrêt du 17 octobre 2018 énonce pour la première fois un principe concernant ce passif : « la capacité de la caution à faire face à son obligation au moment où elle est appelée s'apprécie en considération de son endettement global, y compris celui résultant d'autres engagements de caution ». Une nouvelle identité d'appréciation de l'exigence de proportionnalité se fait jour, puisque la Cour de cassation impose le même critère, depuis 2013, lorsqu'est en cause la solvabilité de la caution lors de la conclusion du cautionnement¹⁷. À ce stade initial, les garanties personnelles antérieures ou concomitantes au cautionnement litigieux sont prises en compte au vu de leur seule souscription, indépendamment d'une mise en œuvre qui pourrait ne jamais survenir¹⁸. Qu'en est-il au stade de l'appel en paiement de la caution ?

Certains considèrent que la Cour de cassation a déjà adopté la solution inverse dans un arrêt non publié du 27 mai 2014¹⁹ n'ayant pas censuré une décision du fond qui, pour refuser de tenir compte d'un autre cautionnement, avait relevé le défaut d'action du créancier bénéficiaire²⁰. Comme ce motif a été jugé surabondant sans autre commentaire, l'arrêt en question n'apporte, nous semble-t-il, aucune indication sur sa pertinence²¹. Le 17 octobre 2018, la chambre commerciale a, au contraire, tranché la question. Pour apprécier le retour à meilleure fortune, les juges du fond doivent inclure dans l'endettement les autres engagements de caution déjà mis en œuvre. Cette solution, tout à fait prévisible, ressort clairement de la cassation pour violation de l'article 455 du Code de procédure civile : la cour d'appel aurait dû répondre aux conclusions de la caution faisant valoir qu'un autre de ses créanciers lui réclamait une somme élevée en cette qualité.

Les juges du fond doivent aussi tenir compte de cautionnements non mis en œuvre²². Ce critère d'appréciation se déduit de la généralité de l'attendu précité qui, sans opérer de distinction, fait référence à l'« endettement global » de la caution et aux « engagements » qu'elle a souscrits. Ces termes révèlent que les autres cautionnements doivent être admis en s'attachant à la naissance des obligations de couverture et non à l'exigibilité, voire à la demande d'exécution, des obligations de

règlement. Sur le plan théorique, la solution est cohérente, puisqu'elle respecte la structure duale particulière de l'obligation de garantir²³, qui préside pareillement à l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement lors de sa conclusion. D'un point de vue pratique, deux avantages peuvent être mis à son crédit. D'une part, elle évite qu'une course au paiement ne s'engage entre créanciers cautionnés, dont pourrait sortir vainqueur le bénéficiaire d'un engagement disproportionné²⁴. D'autre part, la prise en compte de cautionnements qui ne seront peut-être jamais mis à exécution diminue le risque que la caution se voie opposer un retour à meilleure fortune et qu'elle ne soit, en conséquence, privée de la protection contre la disproportion et le surendettement.

Finalement, il apparaît qu'en consacrant un critère d'appréciation du passif favorisant la libération de la caution poursuivie (inclusion d'autres cautionnements indépendamment de leur réalisation) et un critère d'appréciation de l'actif confortant les chances de paiement du créancier (prise en compte de biens insaisissables), l'arrêt commenté concrétise le délicat équilibre entre les intérêts des parties que commandent le principe de proportionnalité et l'exception de retour à meilleure fortune.

Notes de bas de page

1 –

[C. consom., art. L. 314-18](#) (C. consom., art. L. 313-10 anc.), [C. consom., art. L. 332-1](#) et [C. consom., art. L. 343-4](#) (C. consom., art. L. 341-4, anc.).

2 –

Sur le régime légal et jurisprudentiel de la proportionnalité du cautionnement, v. Bourassin M. et Brémond V., *Droit des sûretés*, 6e éd., 2018, Sirey, p. 179 et s., n° 268 et s.

3 –

Les faits ne sont en revanche guère originaux : un prêt bancaire a été garanti en 2007 par le président de la société emprunteuse ainsi que par la société Oséo. À la suite de la liquidation judiciaire de l'entreprise débitrice en 2014, la caution assignée en paiement a invoqué l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

4 –

Ce qui justifie sa publication et sa diffusion sur le site internet de la Cour de cassation.

5 –

V. not. [Cass. 1re civ., 4 mai 2012, n° 11-11461](#) : Bull. civ. I, n° 97 – [Cass. 1re civ., 18 oct. 2017, nos 16-25929](#) et 16-13512 ; [Cass. 1re civ., 24 oct. 2018, n° 17-16682](#).

6 –

Cass. 3e civ., 18 juin 2008, n° 07-15129 : Bull. civ. III, n° 109.

7 –

Sur la prise en compte des biens grevés de sûretés, lors de la conclusion du cautionnement, et l'évaluation de leur valeur par les juges du fond, v. [Cass. com., 4 juill. 2018, n° 17-11837](#).

8 –

C'est seulement après épuisement des recours contre le débiteur principal et la caution qu'Oséo supporte la perte finale de l'établissement bancaire au prorata de sa part de risque : [Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-24724](#).

9 -

[Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12723](#) : [Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297h4, p. 70](#), note Bourassin M.

10 -

[Cass. 1re civ., 15 nov. 2017, n° 16-10504](#) ; [Cass. com., 6 juin 2018, n° 16-26682](#) ; [Cass. com., 4 juill. 2018, n° 17-14805](#).

11 -

Précision inscrite dans l'article L. 330-1 (devenu L. 711-1) du Code de la consommation par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013.

12 -

Bougerol L., « Précisions sur les éléments d'actif et de passif à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement », *AJ contrat* 2018, p. 544.

13 -

Réduction d'autant plus envisageable que la solution a certes été formulée en termes généraux, mais uniquement au sujet de l'insaisissabilité stipulée dans la garantie Oséo.

14 -

[Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12139](#) : *Bull. civ. I*, n° 211.

15 -

En ce sens égal. Bougerol L., « Précisions sur les éléments d'actif et de passif à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement », *AJ contrat* 2018, p. 544.

16 -

Dans l'affaire analysée, l'exclusion suggérée aurait certainement conduit à la libération de la caution, puisqu'elle était propriétaire de sa résidence à hauteur de 67 % uniquement.

17 -

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](#).

18 -

Sur l'exclusion, toutefois, du « cautionnement antérieur que le juge déclare nul, et qui est ainsi rétroactivement anéanti », v. [Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25128](#) et notre commentaire dans la présente chronique ([Gaz. Pal. 19 févr. 2019, n° 342f1](#)).

19 -

[Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-15038.](#)

20 -

Pellier J.-D., « Appréciation de la disproportion du cautionnement au stade de son exécution », Dalloz actualité, 8 nov. 2018.

21 -

Sur l'interprétation des motifs surabondants, v. Jobard-Bachellier M.-N. et a., La technique de cassation, 8e éd., 2013, Dalloz, p. 50.

22 -

En faveur de cette interprétation, v. égal. Bougerol L., « Précisions sur les éléments d'actif et de passif à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement », AJ contrat 2018, p. 544. ; Guinamant L., « Précisions sur l'appréciation de la capacité de la caution à faire face à son obligation au moment où elle est appelée », [Gaz. Pal. 20 nov. 2018, n° 334x5, p. 27](#) ; Legeais D., « La capacité de la caution à faire face à son obligation s'apprécie en considération de son endettement global », JCP E 2018, p. 1597, n° 47.

23 -

Sur laquelle, v. Bourassin M. et Brémond V., Droit des sûretés, 6e éd., 2018, Sirey, p. 242 et s., n° 371 et s.

24 -

Guinamant L., « Précisions sur l'appréciation de la capacité de la caution à faire face à son obligation au moment où elle est appelée », [Gaz. Pal. 20 nov. 2018, n° 334x5, p. 27](#) ; v. égal. l'avis de Bonhomme R. sous [Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-15038.](#)

Issu de Gazette du Palais - n°07 - page 61

Date de parution : 19/02/2019

Id : GPL342f2

Réf : Gaz. Pal. 19 févr. 2019, n° 342f2, p. 61

Auteur :

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