

Mise en garde des cautions : florilège de solutions favorables aux banques

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Mise en garde des cautions : florilège de solutions favorables aux banques. Gazette du Palais, Lextenso, 2018, pp.67. hal-01797651

HAL Id: hal-01797651

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01797651>

Submitted on 23 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.

Mise en garde des cautions : florilège de solutions favorables aux banques

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

Cinq arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation au début de l'année 2018 illustrent les difficultés auxquelles peuvent se heurter les cautions recherchant la responsabilité des banques créancières pour défaut de mise en garde.

Le rejet ou la limitation de l'indemnisation procède de trois causes essentielles : d'abord, un assouplissement du contrôle de la haute juridiction sur les critères d'appréciation de la qualité de caution avertie, exclusive du devoir de mise en garde, en présence de dirigeants cautions ; ensuite, le refus de déduire du caractère non averti de la caution le risque d'endettement excessif, objet de la mise en garde, ce risque devant être distinctement établi par la preuve, soit du caractère disproportionné du cautionnement aux facultés patrimoniales de la caution, soit du caractère inadapté du prêt aux capacités financières du débiteur ; enfin, la liberté laissée aux juges du fond de considérer que le préjudice de perte de chance de ne pas contracter est faible, voire inexistant, lorsque la caution entretient des liens professionnels ou affectifs étroits avec le débiteur principal.

Cass. com., 7 févr. 2018, no [16-19516](#), ECLI:FR:CCASS:2018:CO00108, Mme Z c/ CIC Nord-Ouest, D (rejet pourvoi c/ CA Aix-en-Provence, 31 mars 2016), Mme Mouillard, prés. ; Me Le Prado, SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, av.

Cass. com., 7 févr. 2018, no [16-18701](#), ECLI:FR:CCASS:2018:CO00106, Caisse de crédit mutuel Lutterbach c/ Mme Z, D (cassation partielle CA Colmar, 30 mars 2016), Mme Mouillard, prés. ; Me Le Prado, av.

Cass. com., 14 mars 2018, no [16-18867](#), ECLI:FR:CCASS:2018:CO00232, M. Y c/ Banque populaire Rives de Paris, D (rejet pourvoi c/ CA Versailles, 31 mars 2016), Mme Mouillard, prés. ; SCP Bouillez, SCP Rousseau et Tapie, av.

Cass. com., 14 mars 2018, no [16-20262](#), ECLI:FR:CCASS:2018:CO00233, M. et Mme X c/ Société générale, D (cassation partielle CA Angers, 12 janv. 2016), Mme Mouillard, prés. ; SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Foussard et Froger, av.

Cass. com., 28 mars 2018, no [16-27809](#), ECLI:FR:CCASS:2018:CO00278, M. et Mme Y c/ Banque populaire du Sud, D (rejet pourvoi c/ CA Montpellier, 19 oct. 2016), M. Rémy, prés. ; SCP Marlange et de La Burgade, SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, av.

Au palmarès des prétentions soulevées par les cautions assignées en paiement figure la responsabilité contractuelle des établissements de crédit pour manquement à leur devoir de mise en garde. Depuis le début de l'année 2018, on dénombre en ce domaine pas moins de neuf arrêts de la Cour de cassation : quatre protecteurs des cautions¹ et cinq favorables aux banques. Ces derniers méritent d'être mis en lumière dans la présente chronique², car ils livrent d'utiles précisions sur les circonstances factuelles et les motivations judiciaires susceptibles d'évincer ou de limiter la responsabilité des professionnels du crédit pour défaut

de mise en garde d'une caution. Leurs apports concernent les trois conditions nécessaires à la réparation en ce domaine.

1. La première tient à la qualité de la caution. Depuis 2007, on le sait, la Cour de cassation réserve le bénéfice du devoir de mise en garde aux cautions non averties et, depuis 2016, elle refuse nettement (et malheureusement) que la qualification de caution avertie soit fondée sur les seules qualités de dirigeant ou associé de la société débitrice³. Le rejet de cette présomption s'est accompagné d'un contrôle particulièrement étroit de la motivation des juges du fond. En témoignent aussi bien les arrêts reprochant à certains juges de ne pas avoir explicité la nature des compétences et expériences professionnelles des cautions⁴, que les arrêts entérinant les critères d'appréciation in concreto très précis retenus par d'autres, telles les compétences techniques et commerciales de la caution, les formations qu'elle a reçues ou encore son implication dans l'obtention et le suivi des financements garantis⁵. Dans deux décisions récentes, la chambre commerciale s'est montrée bien moins exigeante pour reconnaître à des dirigeants la qualité de caution avertie et leur refuser, par conséquent, le bénéfice du devoir de mise en garde. Le 7 février 2018⁶, elle a approuvé les juges de la cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir relevé en ce sens qu'au moment où la gérante de la SARL débitrice principale s'était rendue caution, elle codirigeait avec son époux une SCI depuis 5 ans et était gérante d'une troisième société depuis quatre ans. Les secteurs d'activité respectifs de ces sociétés et le degré d'implication de la caution dans les unes et les autres n'étant pas même évoqués, la qualification de caution avertie paraît avoir été déduite du seul cumul de fonctions directoriales pendant plusieurs années. Dans un arrêt rendu le 14 mars 2018⁷, ce critère temporel a également joué un rôle prépondérant. Il y a été jugé que la cour d'appel de Versailles ayant retenu que la caution, « gérant et associé de la société [débitrice], laquelle exerçait son activité depuis 1989, avait en 1999 une bonne connaissance du marché, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que, sans se fonder sur la seule qualité de dirigeant et associé de la société débitrice principale, [elle] a estimé que M. Y devait être considéré, à la date de son engagement, comme une caution avertie ». Par où l'on voit que la motivation des juges du fond peut être brève lorsque la durée des fonctions de la caution dirigeante ne l'est pas ! Est-ce à dire que la qualification de caution avertie peut désormais reposer sur des critères purement quantitatifs : nombre de sociétés dirigées, durée des fonctions exercées au sein de la société débitrice ? Cette évolution reste à confirmer. Les deux décisions rapportées témoignent cependant d'ores et déjà d'un assouplissement du contrôle de la Cour de cassation et peuvent laisser espérer aux établissements de crédit une objectivation de l'appréciation de la qualité de caution avertie, de nature à rendre plus prévisible la mise en œuvre de leur devoir de mise en garde, ainsi qu'à en réduire le champ.

2. Au sujet de la deuxième condition subordonnant l'exécution de ce devoir, à savoir le risque d'endettement excessif de la caution, un autre arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 7 février 2018⁸ conforte les intérêts des banques. Avant d'en souligner l'apport, il convient de rappeler le principe qu'il confirme, énoncé clairement le 15 novembre 2017 : « la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur » ; dans cette seconde hypothèse, « peu importe que [l'engagement de la caution] fût adapté à ses propres capacités financières »⁹. Si la proportionnalité du cautionnement n'exonère donc pas la banque de son devoir de mise en garde, la responsabilité de cette dernière ne saurait être engagée à défaut de preuve de l'inadaptation du crédit cautionné aux facultés patrimoniales du débiteur principal. Voilà la solution logique et opportune que renferme l'arrêt

du 7 février 2018. Dans cette affaire, pour condamner la banque à payer à la caution non avertie la somme de 75 000 € à titre de dommages et intérêts, la cour d'appel de Colmar avait retenu le caractère proportionné du cautionnement et jugé qu'« en présence d'une toute jeune société, dirigée par une personne nommée gérante subitement, et sans préparation, à la suite du décès de son mari, la banque était débitrice envers la caution d'une obligation de mise en garde qu'elle n'a pas remplie ». La cassation pour manque de base légale au regard de l'ancien article 1147 du Code civil est parfaitement justifiée, car les motifs avancés par les juges du fond étayaient assurément le caractère non averti de la caution **10**, mais n'établissent nullement l'inadaptation du prêt aux capacités financières de la société emprunteuse. Or la qualité de caution non avertie n'implique pas un risque d'endettement excessif. Il s'agit là de deux conditions distinctes et cumulatives, que les juges du fond doivent apprécier sur la base de critères eux-mêmes spécifiques. Ainsi, l'inadaptation du crédit peut-elle fonder la responsabilité bancaire pour défaut de mise en garde si la preuve est rapportée, par la caution non avertie, de la fragilité patrimoniale de la société débitrice lors de la conclusion de l'engagement et/ou de l'absence de viabilité de l'opération cautionnée **11**. La Cour de cassation contrôle l'existence de tels motifs et empêche, ce faisant, que la responsabilité des établissements de crédit ne soit trop facilement engagée par des juges du fond n'ayant d'égards qu'envers la faiblesse informationnelle de la caution.

3. La réparation dépend d'une troisième et dernière condition, des plus classiques en matière de responsabilité, mais assez rarement discutée en cas de défaut de mise en garde : le préjudice subi par la caution. La jurisprudence décide depuis 2009 qu'il réside dans la perte de chance de ne pas contracter, en l'occurrence de ne pas se porter garant personnel. En principe, l'indemnisation de ce préjudice est à la mesure de la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée, de sorte qu'une compensation seulement partielle s'opère avec la dette de la caution **12**. L'appréciation de la perte de chance de ne pas contracter relève du pouvoir souverain des juges du fond qui peuvent la considérer comme faible, voire nulle, eu égard aux faits de l'espèce. Des arrêts récemment rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation mettent en lumière trois types de circonstances susceptibles de réduire singulièrement ou même de supprimer l'indemnisation de la caution non mise en garde.

La première tient aux fonctions qu'occupe la caution au sein de la société débitrice. Le 14 mars 2018 **13**, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Angers ayant relevé que « la volonté de la caution, gérante associée de la société, d'obtenir un financement destiné à payer le droit d'entrée du local commercial convoité n'est pas douteuse », pour évaluer la chance perdue de ne pas contracter à 15 % du montant de son engagement. Cette prise en considération de la qualité de dirigeant et associé au stade de l'appréciation du préjudice résultant du défaut de mise en garde vient contrebalancer le refus de la Cour de cassation de présumer averties les cautions intégrées dans la société débitrice. Elle alimente aussi le courant jurisprudentiel qui prive ces cautions, en tout ou partie, des protections que renferme le droit commun des obligations **14**, et sauvegarde corrélativement l'efficacité du cautionnement.

La deuxième circonstance de nature à limiter l'indemnisation pour défaut de mise en garde réside dans les liens affectifs étroits unissant la caution à une personne dont le projet professionnel se déploie dans la société débitrice, n'en fût-elle pas le dirigeant. En atteste l'arrêt de rejet en date du 28 mars 2018 **15**, qui conforte la décision de la cour d'appel de Montpellier de limiter la condamnation de la banque à indemniser la caution à hauteur de 5 000 € (soit près de 20 % de son engagement), aux motifs que « la perte de chance de Mme Y de ne pas contracter était faible, puisqu'en se rendant caution, elle avait manifestement

voulu aider son fils à réaliser son projet professionnel ». Dans cette affaire, ledit fils, dont la qualité de gérant de la société débitrice était contestée, s'était lui aussi porté caution des prêts accordés à celle-ci. Sa demande de dommages et intérêts fondée sur le manquement de la banque à son devoir de mise en garde a été totalement rejetée par les juges du fond. Ces derniers ont considéré que « la perte de chance de ne pas contracter apparaissait comme nulle, dès lors que le montant des prêts, respectivement de 6 000 € et 28 000 €, était très raisonnable pour des prêts professionnels, que leur durée devait permettre à la société emprunteuse de bénéficier de mensualités modérées de 399,27 € et 112,06 € et que les taux d'intérêt étaient conformes à ceux généralement pratiqués à l'époque de la souscription des engagements de caution ».

De cette motivation très détaillée ressort la troisième circonstance permettant d'écarter la responsabilité de la banque : si l'inadaptation du crédit aux capacités financières du débiteur principal peut justifier l'exécution du devoir de mise en garde, le caractère raisonnable de ce crédit, au regard notamment des pratiques bancaires dans le même secteur, peut supprimer quant à lui la perte de chance de ne pas le garantir, et neutraliser, en conséquence, ledit devoir. Voilà une nouvelle solution favorable aux banques, qui a le mérite de souligner que leur salut peut certes provenir d'arrêts protecteurs de leurs intérêts, à l'instar de ceux que nous venons de présenter, mais qu'il dépend avant tout du respect des principes du crédit responsable.

Notes de bas de page

1 –

[Cass. com., 11 avr. 2018, n° 16-19348](#), D et [Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-18130](#), D (cassations pour manque de base légale d'arrêts ayant déduit la qualification de caution avertie, exclusive du devoir de mise en garde, de la seule qualité de dirigeant de la société débitrice) ; [Cass. 1re civ., 21 mars 2018, n° 16-10655](#), D (distinction des deux voies procédurales que la caution peut emprunter pour reprocher à son créancier un manquement au devoir de mise en garde : défense au fond ou demande reconventionnelle d'indemnisation) ; [Cass. com., 7 févr. 2018, nos 16-12808 et 16-24004](#), D (devoir de mise en garde applicable dès lors que le garant ne s'est pas engagé uniquement en qualité de « caution hypothécaire », mais qu'il a consenti un engagement personnel de caution).

2 –

À défaut de l'avoir été dans les publications de la Cour de cassation.

3 –

Sur la qualité de dirigeant, v. [Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20216](#), P : [Gaz. Pal. 7 juin 2016, n° 266y2, p. 70](#), note Bourassin M. – Sur la qualité d'associé, v. [Cass. com., 29 nov. 2017, n° 16-13448](#), D.

4 –

[Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-20294](#), PB : [Gaz. Pal. 14 nov. 2017, n° 306w3, p. 71](#), note Bourassin M.

5 –

[Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12723](#), PB : [Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297h4, p. 68](#), note Bourassin M.

6 –

[Cass. com., 7 févr. 2018, n° 16-19516](#), D.

7 –

[Cass. com., 14 mars 2018, n° 16-18867](#), D.

8 –

[Cass. com., 7 févr. 2018, n° 16-18701](#), D.

9 –

[Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-16790](#), PBI : [Gaz. Pal. 27 févr. 2018, n° 314w1, p. 63](#), note Roussille M.

10 –

Ces motifs, qui insistent sur la très courte durée, tant de l'existence de l'entreprise (8 mois), que des fonctions de direction exercées en son sein par la caution au moment de son engagement (5 mois), répondent au critère quantitatif et temporel ayant ces derniers temps les faveurs de la Cour de cassation.

11 –

Sur la base des résultats économiques antérieurs au financement litigieux, mais aussi de données postérieures, à condition qu'elles soient objectives (telles des analyses comptables prévisionnelles émanant d'un tiers réputé ou l'exécution effective du contrat pendant une durée importante) : v. not. [Cass. com., 13 sept. 2016, n° 15-11130](#), D ; [Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-14915](#), PB.

12 –

Principe dont les juges du fond s'émancipent souvent, sans s'attirer les foudres de la Cour de cassation. V. [Cass. com., 7 févr. 2018, nos 16-12808 et 16-24004](#), D : condamnation de la banque à payer deux sommes à titre de dommages et intérêts, la première d'un montant équivalent à celui réclamé à la caution, la seconde tendant à réparer le préjudice moral subi par celle-ci à la suite de son assignation en paiement.

13 –

[Cass. com., 14 mars 2018, n° 16-18867](#), D.

14 –

Il en va ainsi au sujet de la preuve du cautionnement, de la réticence dolosive ou encore de la responsabilité pour octroi abusif de crédit. Sur l'incidence en ces domaines de la qualité de dirigeant caution, v. Bourassin M. et Brémond V., Droit des sûretés, 6e éd., 2018, Sirey, 2018, nos 99, 180, 243 et 646.

15 –

[Cass. com., 28 mars 2018, n° 16-27809](#), D.