

Devoir de mise en garde: manque d'unité dans l'appréciation du risque d'endettement et de la qualité de caution avertie

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Devoir de mise en garde: manque d'unité dans l'appréciation du risque d'endettement et de la qualité de caution avertie. Gazette du Palais, Lextenso, 2017, pp.68-70. hal-01797740

HAL Id: hal-01797740

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01797740>

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.

Devoir de mise en garde : manque d'unité dans l'appréciation du risque d'endettement et de la qualité de caution avertie

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

La Cour de cassation contrôle les critères d'appréciation sur lesquels se fondent les juges du fond pour statuer sur le devoir de mise en garde. Ainsi, au sujet du risque d'endettement né du cautionnement, qui conditionne l'existence de ce devoir, admet-elle que soit prise en compte la viabilité de l'entreprise garantie. S'agissant de la qualité de caution avertie, qui évince l'obligation de la banque, la Cour de cassation ne la déduit pas de la fonction de dirigeant de la société débitrice ; elle impose de vérifier au cas par cas les compétences de la caution, ainsi que son implication dans le financement de cette société.

Ces précisions n'étant pas de nature à unifier le contentieux, une insécurité juridique regrettable entoure le devoir de mise en garde.

Cass. com., 18 janv. 2017, no [15-12723](#), ECLI:FR:CCASS:2017:CO00052, M. X c/ Sté Crédit coopératif, PB (rejet pourvoi c/ CA Versailles, 31 juill. 2014), Mme Mouillard, prés. ; Me Haas, SCP Thouin-Palat et Boucard, av.

Cass. com., 22 févr. 2017, no [15-14915](#), ECLI:FR:CCASS:2017:CO00216, M. et Mme X c/ Sté Banque populaire Bourgogne Franche-Comté, PB (rejet pourvoi c/ CA Besançon, 6 janv. 2015), Mme Mouillard, prés. ; SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.

Dans deux affaires jugées par la chambre commerciale de la Cour de cassation les 18 janvier et 22 février 2017, des cautions ont tenté d'échapper à leurs obligations en invoquant les mêmes règles, à savoir l'obligation que la jurisprudence fait peser sur les banques de mettre en garde les cautions non averties contre le risque d'endettement né de leur engagement et l'inefficacité du cautionnement manifestement disproportionné aux biens et revenus des cautions personnes physiques, que prescrit le Code de la consommation¹ pour éviter leur surendettement. Cette double salve tirée contre le cautionnement n'a pas de quoi surprendre, tant ces deux causes de décharge, partielle ou totale, sont inextricablement liées. Elles le sont, d'un point de vue procédural, en raison de la concentration des moyens imposée par la Cour de cassation depuis l'arrêt Cesareo². Devoir de mise en garde et exigence de proportionnalité se rejoignent également d'un point de vue substantiel, dans la mesure où le risque d'endettement excessif de la caution est au cœur de l'un comme de l'autre.

Dans un contexte légal et jurisprudentiel davantage protecteur des garants que des créanciers depuis près de trente ans, la solution des deux arrêts est en revanche plus inhabituelle. Les cautions y sont en effet condamnées, aucune de leurs prétentions n'ayant fait mouche³. Les deux décisions ne devraient cependant pas rassurer pleinement les banques garanties par des cautionnements, car elles recèlent diverses incertitudes⁴. S'agissant du devoir de mise en garde, l'insécurité tient au manque d'unité de la jurisprudence, alors que la Cour de cassation contrôle les critères d'appréciation sur lesquels se fondent les juges du fond pour faire jouer ou écarter cette obligation. S'il en va ainsi, c'est en premier lieu parce que les décisions de la haute juridiction varient elles-mêmes au sujet

du risque d'endettement né de l'engagement et, en second lieu, parce qu'elles imposent une casuistique dans la qualification de caution profane ou avertie.

1. Le risque d'endettement né d'un engagement de caution a, pour l'essentiel, deux origines : d'une part, le caractère disproportionné du cautionnement aux facultés patrimoniales de la caution⁵, ce que dément à tort le moyen du pourvoi dans le second arrêt ; d'autre part, la fragilité financière de la société débitrice principale, également discutée dans la décision rendue le 22 février 2017.

Les cautions prétendaient que la rentabilité de l'opération garantie – l'acquisition d'un fonds de commerce – aurait dû être évaluée sur la base des documents comptables des précédents propriétaires du fonds. La Cour de cassation relève que ces documents n'ont pas été versés aux débats et approuve la cour d'appel d'avoir fondé « le caractère réaliste des projections de viabilité de l'entreprise à la date du prêt » uniquement sur les prévisions des trois exercices à venir établies par un cabinet d'expertise comptable renommé, ainsi que sur le remboursement des échéances du prêt litigieux pendant ses cinq premières années. Si le rejet du pourvoi procède de motifs soulignant les faits spécifiques de l'espèce, il inspire néanmoins deux réflexions générales.

Relativement d'abord à l'appréciation de la viabilité de l'opération cautionnée, l'arrêt nous enseigne qu'elle peut reposer sur des résultats économiques antérieurs, ainsi que sur des données postérieures, à condition que celles-ci soient objectives (analyses comptables prévisionnelles d'un tiers réputé ; exécution effective du contrat pendant une durée importante). De tels critères d'appréciation objectifs du risque d'endettement né de l'opération garantie sont sources de sécurité pour l'une et l'autre des parties et suscitent en cela l'approbation.

Concernant ensuite les perspectives de développement de la société débitrice, la jurisprudence ne donne pas la même satisfaction, car elle leur réserve un sort différent dans deux contentieux pourtant imbriqués. Lorsque le devoir de mise en garde est en cause, l'arrêt étudié montre que la haute juridiction accepte de prendre en compte les projections de viabilité de l'entreprise garantie pour dénier le risque d'endettement de la caution et ainsi écarter la responsabilité contractuelle de la banque à son égard. Au contraire, lorsqu'il s'agit de statuer sur la proportionnalité du cautionnement (C. consom., art. L. 332-1, anc. art. L. 341-4), la chambre commerciale écarte depuis plusieurs années les espérances de gains liées à l'opération cautionnée⁶. La première chambre civile s'est ralliée à cette solution⁷, qui autorise la décharge du garant, alors que des revenus pouvaient être escomptés du crédit garanti et limiter ainsi le risque d'endettement de la caution. Dans la mesure où ce risque est au cœur du devoir de mise en garde, comme de l'exigence de proportionnalité, il n'est guère cohérent de décider que les prévisions de viabilité, voire de croissance, de l'entreprise débitrice l'évincent en matière de mise en garde et sont à l'inverse indifférentes dans le contentieux de la disproportion du cautionnement. Ce type d'incohérence fragilise cette sûreté en minant la sécurité juridique nécessaire à son efficacité. Un constat analogue s'attache malheureusement à la seconde condition d'existence du devoir de mise en garde.

2. Dans l'affaire jugée le 22 février 2017, la qualité des cautions n'a pas été discutée. Pourtant, l'une était le gérant de la SARL débitrice et l'autre son épouse, circonstances ayant déjà conduit à la qualification de caution avertie emportant l'éviction du devoir de mise en garde⁸. Cela n'a toutefois rien de systématique, puisque la Cour de cassation refuse de déduire la qualité de caution avertie de la seule fonction de dirigeant de la société débitrice⁹ et a fortiori du lien matrimonial existant avec ce dernier.

L'arrêt du 18 janvier 2017 confirme que le gérant caution n'est pas présumé averti, en ne faisant pas même référence à cette fonction, mais en livrant en revanche une liste de critères sur lesquels l'appréciation in concreto des juges du fond doit reposer. Pour rejeter le moyen

du garant qui reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir recherché s'il disposait de compétences lui permettant de mesurer les risques de son engagement, la Cour de cassation entérine les trois circonstances de fait relevées par les juges des premier et second degrés au soutien de la qualification de caution avertie, exclusive du devoir de mise en garde : d'abord, le « parcours professionnel » du garant, qui « démontre qu'il a assumé des fonctions de responsabilité nécessitant des compétences techniques et commerciales » ; ensuite, « la formation spécifique à la reprise d'entreprise » qu'il a suivie ; enfin, l'implication de la caution dans l'obtention des financements garantis **10**.

En précisant de la sorte les deux critères essentiels d'appréciation in concreto de la qualité de caution avertie – la compétence en matière de financement reposant sur une formation spécifique et le parcours professionnel antérieur ; l'implication dans le financement de l'entreprise –, la haute juridiction laisse entrevoir une réalité : la catégorie des dirigeants cautions est loin d'être homogène. Tous ne disposent pas de la même aptitude à la compréhension des rouages du crédit en général et de celui octroyé à leur entreprise en particulier. Tous ne sont pas investis avec la même intensité dans l'entreprise débitrice. Ce pragmatisme jurisprudentiel est tout à fait légitime. Mais un usage plus respectueux de la sécurité juridique et de l'efficacité du cautionnement pourrait en être fait.

Pour éviter les incertitudes résultant nécessairement de l'appréciation au cas par cas de la qualité de caution avertie, et aussi pour éviter qu'« en entrant ainsi dans le détail, la Cour de cassation ne soit submergée par une vague de pourvois » **11**, la fonction de dirigeant de la société débitrice mériterait d'être érigée en présomption de cette qualité. Mais parce que certaines cautions intégrées dans l'entreprise débitrice n'y exercent pas pleinement leurs pouvoirs de direction ou ne sont pas effectivement rompues à la vie des affaires, cette présomption devrait pouvoir être renversée par la preuve de circonstances exceptionnelles, dont la charge incomberait à la caution.

Contrairement à ce que d'aucuns affirment, la casuistique qu'impose la Cour de cassation n'est pas « indispensable à saisir la subtilité de la pratique » **12**. La présomption simple que nous suggérons satisferait cette exigence, tout en répondant aux objectifs de sécurité juridique et économique, essentiels en matière de sûretés.

Notes de bas de page

1 –

[C. consom., art. L. 341-4](#) anc., devenu l'article L. 332-1 à la suite de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

2 –

[Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672](#). En vertu de cette jurisprudence, tous les moyens de défense tendant à la décharge de la caution, en tout ou en partie, doivent être soulevés dès la première instance (v. par ex. [Cass. 1re civ., 1er juill. 2010, n° 09-10364](#)).

3 –

Dans l'affaire jugée le 18 janvier 2017, un dirigeant caution a été condamné à verser 92 000 €, sans obtenir de la banque des dommages et intérêts pour manquement à son devoir de mise en garde. Dans l'arrêt du 22 février 2017, le gérant d'une SARL et son épouse, cautions solidaires d'un prêt octroyé à cette société, ont également été condamnés sans pouvoir compenser leur dette (3 840 €) avec l'indemnité réclamée à la banque sur le fondement du devoir de mise en garde.

4 –

Sur celles affectant l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement, v. notre commentaire infra intitulé « Appréciation de la proportionnalité du cautionnement : clair-obscur sur les biens (in)saisissables » au sein de la présente chronique ([Gaz. Pal. 13 juin 2017, n° 297h6](#)).

5 –

[Cass. com., 3 nov. 2015, n° 14-17727](#) ; [Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, nos 14-21725 et 14-21726](#) ; [Gaz. Pal. 8 mars 2016, n° 259n9, p. 73](#), note Bourassin M. – [Cass. com., 13 sept 2016, n° 15-11130](#).

6 –

[Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-69203](#) ; [Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-18216](#) ; [Cass. com., 29 nov. 2016, n° 15-12413](#) ; [Cass. com., 18 janv. 2017, n° 14-20574](#).

7 –

[Cass. 1re civ., 3 juin 2015, n° 14-13126](#).

8 –

À l'égard d'une caution dirigeante, v. récemment, [Cass. com., 2 nov. 2016, n° 14-27150](#), et de l'épouse commune en biens du gérant de la société débitrice, v. [Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-27651](#).

9 –

[Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20216](#) ; [Gaz. Pal. 7 juin 2016, n° 266y2, p. 70](#), note Bourassin M.

10 –

En relevant la prise en charge personnelle, par la caution, de la constitution et du suivi des dossiers de financement et sa participation aux négociations afférentes, la Cour de cassation détaille le critère plus général de « l'implication dans l'activité » de la société débitrice, qu'elle avait antérieurement privilégié ([Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-16348](#) ; [Cass. com., 2 nov. 2016, n° 14-27150](#)).

11 –

Legeais D., JCP E 2017, n° 1102.

12 –

Houtcieff D., « L'incompressible casuistique de la protection du consentement de la caution », AJCA 2017, p. 122.