

**Jurisprudence.** Civ., 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2003. Dans cette affaire, une banque accorde un crédit à une société commerciale. A ce contrat de crédit passé entre l'établissement bancaire et la société, se superpose un contrat de cautionnement passé entre la banque et une personne (la caution). Au terme du contrat de caution, la caution prend l'engagement de payer à la place du débiteur principal si celui-ci est défaillant. Dans le contrat en question, une clause stipule que la caution ne fait pas de la situation de la société cautionnée la condition déterminante de son engagement.

La société fait faillite. La banque assigne les cautions en demandant paiement des sommes dues par la société, se prévalant pour fonder leur action du contrat de caution. Par voie d'exception, les défendeurs se prévalent de la nullité du contrat, en application de l'article 1116 du Code civil, alléguant un dol. En effet, la banque, au moment où se formait le contrat de caution, savait que la société était dans une situation « irrémédiablement compromise », information qu'elle n'a pas communiquée à la caution, l'incitant ainsi à s'engager. La banque répond à cela en se prévalant de la stipulation contractuelle selon laquelle la caution s'engage à ne pas faire de la situation du cautionné la condition de son propre engagement. La Cour d'appel d'Angers par un arrêt du 26 février 2001 accueille pourtant l'exception de nullité et anéantit le contrat de cautionnement. La banque forme un pourvoi, mais celui-ci est rejeté par la première chambre civile dans son arrêt du 13 mai 2003. En effet, la clause évoquée n'a de force contraignante, telle que l'article 1134 peut l'appliquer qu'à condition que la banque la stipule à un moment où elle ne connaît pas une situation catastrophique de la société. En l'espèce, dès l'origine, la banque savait que la société était potentiellement en faillite, ne l'a pas indiqué à la caution et a inséré une clause pour empêcher la caution de s'en prévaloir. Cette réticence dolosive doit à juste titre être sanctionnée par la nullité.

Il est ici remarquable d'observer la dialectique entre la jurisprudence et les banques. En effet, depuis longtemps la Cour de cassation a « inventé » la réticence dolosive pour discipliner les banques dans leur usage d'obtention trop facile de caution, alors que les sociétés contrôlées par des personnes dont elles sont proches sont déjà en faillite et que les banques utilisent alors le droit des suretés, auquel appartient le droit du cautionnement pour se constituer comme un privilège dans le droit de la faillite dont elles savent seules que la société est condamnée à rentrer. Mais les banques face à cette jurisprudence, élaborée contre elles, réagissent en insérant dans des contrats, que les cautions ne lisent pas, des clauses selon lesquelles l'engagement de la caution ne dépend plus de la situation économique de la société cautionnée, c'est-à-dire concrètement de son possible état de faillite. C'est en quelque sorte la réponse du berger à la bergère. La jurisprudence y répond par le présent arrêt en poussant outre la clause. Les banques trouveront d'autres moyens contractuels pour obtenir des garanties et préserver leur intérêt. Il est vrai aussi que c'est pas peut être le seul moyen pour l'économie française d'obtenir des banques qu'elles donnent des crédits à des sociétés sous capitalisées.