

## La responsabilité du mandataire ayant fait souscrire un cautionnement irrégulier

**Maxime BARBA**

Docteur en droit, maître de conférences, université Jean Moulin Lyon 3

1. Intéressante affaire que celle qui fut tranchée par la cour d'appel de Lyon à l'autonome 2019. Le juge d'appel rhodanien revient sur la responsabilité du mandataire ayant fait souscrire un cautionnement irrégulier en garantie de loyers commerciaux. L'arrêt est sévère pour les intermédiaires ; presque trop par endroits. Il est néanmoins conforme à la jurisprudence dominante de la Cour de cassation, qui renforce à chaque occasion les obligations à la charge du mandataire – et donc les cas de responsabilité de ce dernier.

2. Les faits n'ont rien de particulier. Le 30 juin 2008, un particulier consent un bail commercial à une première société, par l'intermédiaire d'un mandataire. Le 18 mars 2009, le bail commercial est transféré à une autre société. Ce bail est garanti par un cautionnement consenti par une personne physique, cautionnement que le mandataire avait lui-même fait souscrire au bénéfice du bailleur commercial. Le locataire commercial n'honore finalement pas ses échéances. Le bailleur commercial actionne en conséquence la caution et obtient, le 11 janvier 2012, une ordonnance du tribunal d'instance de Saint-Étienne à son profit. Le 26 avril 2016, ce tribunal revient sur sa décision, sans doute sur opposition, et prononce la nullité de l'engagement de caution, *a priori* au regard de la non-conformité des mentions manuscrites (v. *infra*). Ce jugement n'est pas frappé d'appel ; il passe en force de chose jugée et devient irrévocable. Le 29 septembre 2016, le bailleur commercial assigne l'intermédiaire, qui avait fait souscrire le cautionnement litigieux. Le 18 janvier 2018, le tribunal de grande instance stéphanois donne raison au bailleur commercial. Il juge responsable le mandataire de l'annulation du cautionnement et le condamne en conséquence à indemniser le bailleur commercial. Appel est interjeté par le mandataire, qui critique principalement le principe de sa responsabilité et subsidiairement le *quantum* de l'indemnisation accordée.

3. Un mandataire peut-il être jugé responsable à l'égard de son mandant de l'irrégularité de la garantie qu'il a fait souscrire à son profit ? Dans l'affirmative, quel est le préjudice réparable ? Ces deux questions sont d'importance, dans le domaine du bail commercial comme dans celui voisin du bail d'habitation. Il est en effet habituel que le mandataire soit chargé de la conclusion du contrat principal mais également des contrats accessoires de garantie, à l'instar du cautionnement. Le présent arrêt renseigne sur la responsabilité du mandataire et, en creux, sur ses obligations dans ce cadre.

4. Si, dans le détail, la réponse du juge lyonnais n'est pas particulièrement claire, l'impression d'ensemble l'est quant à elle : le mandataire est responsable à l'égard de son mandant de l'irrégularité du cautionnement qu'il a fait souscrire à son profit ; le préjudice réparable

**Bacaly n° 15 - mars 2020 - octobre 2020**

associé est pour l'essentiel la perte de chance pour le mandant de recouvrer les loyers impayés auprès de la caution. Même s'il verse dans l'excès par endroits, l'arrêt convainc dans l'ensemble tant sur la faute du mandataire (I) que sur la réparation associée (II).

## I/ La faute du mandataire

5. Dans cette affaire, le mandataire semble avoir fait souscrire un cautionnement irrégulier en la forme, qui sera annulé par le juge de première instance de Saint-Étienne (A). Le tribunal de grande instance de Saint-Étienne, puis la cour d'appel de Lyon en déduiront la responsabilité du mandataire à l'égard de son mandant (B).

### A/ Irrégularité formelle du cautionnement

6. L'arrêt de la cour d'appel de Lyon est obscur sous ce rapport : l'on ignore sur quel fondement précis le cautionnement fut annulé par le tribunal d'instance de Saint-Étienne. Des textes sont certes visés ici et là dans l'arrêt : l'ancien article 1326 du Code civil<sup>1</sup> ; les anciens articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation<sup>2</sup>. Mais le visa de ces textes laisse perplexe.

Nul n'ignore plus que l'ancien article 1326 du C. civ., devenu 1376, n'instaure pas un formalisme *ad validitatem* mais *ad probationem* – de sorte qu'il ne pouvait en droit justifier l'annulation du cautionnement litigieux.

Quant à l'ancien article L. 341-3 du Code de la consommation, relatif à la mention portant renonciation au bénéfice de discussion, chacun sait qu'une méconnaissance de ses termes n'emporte pas nullité du cautionnement en général mais de cette seule renonciation.

Seule une méconnaissance de l'ancien article L. 341-2 du Code de la consommation aurait donc pu conduire à l'annulation dudit cautionnement. Mais, si l'on lit bien, le tribunal d'instance de Saint-Étienne a considéré « qu'il n'y avait pas nécessité de (...) mettre en œuvre (les) dispositions d'ordre public susvisées du Code de la consommation sur (les) mentions manuscrites ». Le mystère du fondement de l'annulation du cautionnement litigieux demeure donc entier.

---

<sup>1</sup> Devenu art. 1376 du C. civ. postérieurement à l'ordonnance de 2016, moyennant quelques modifications de forme.

<sup>2</sup> Devenus respectivement pour le formalisme L. 331-1 et 331-2 du Code de la consommation, et L. 343-1 et L. 343-2 pour les sanctions.

Quoi qu'il en soit, le jugement du tribunal d'instance de Saint-Étienne est devenu, du fait de l'écoulement du temps et de l'absence de recours<sup>3</sup>, irrévocable – de sorte que quel que soit son mérite en fait ou en droit, la chose était désormais jugée lors de la saisine du tribunal de grande instance de Saint-Étienne par le bailleur commercial. Le cautionnement que le mandataire a fait souscrire est irrégulier et donc nul ; aucune juridiction française ne peut plus remettre en cause cette vérité judiciaire. La question de sa responsabilité à l'égard de son mandant émerge alors.

## B/ Responsabilité corrélative du mandataire

7. De jurisprudence désormais constante, la Cour de cassation considère que le mandataire professionnel est, sur le fondement de l'article 1992 du Code civil, « tenu de s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à l'efficacité juridique de la convention » qu'il fait souscrire<sup>4</sup>, y compris à l'égard de la partie qui ne l'a pas mandaté<sup>5</sup>. Par exemple, il appartient à l'agent immobilier de s'assurer que celui qui se présente comme propriétaire d'un bien l'est effectivement, en se faisant communiquer le titre de propriété avant la signature de la promesse de vente<sup>6</sup>. Autre exemple : est fautif l'agent immobilier qui n'a pas vérifié la solvabilité de l'acquéreur – dont au contraire l'insolvabilité était aisément perceptible – et n'a ni mis en garde le vendeur contre le risque d'insolvabilité ni conseillé les vendeurs de prendre des garanties appropriées<sup>7</sup>. Dans la même veine, est fautif l'agent immobilier, mandataire du propriétaire dans la location d'un immeuble où s'est déclaré un incendie, qui n'a pas vérifié

---

<sup>3</sup> Le mandataire immobilier a judicieusement tenté d'argumenter sous ce rapport, en reprochant au mandant de ne pas avoir relevé appel du jugement du TI de Saint-Étienne. Sans ledit jugement, il est difficile pour le soussigné de se prononcer ; dans l'ensemble, il semble parfaitement exact de considérer que l'inertie procédurale du bailleur commercial peut être reprochée à ce dernier, d'autant qu'au regard de l'arrêt de la CA de Lyon, le jugement du TI de Saint-Étienne ne semble pas exempt de tout reproche.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 17 janv. 1995, n° 92-21.193.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 25 nov. 1997, n° 96-12.325 ; 14 janv. 2016, n° 14-26.474 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2016, n° 16-24.170 : *D.* 2018.371 obs. Mekki ; *AJDI* 2018.378 obs. Cohet ; *AJ Contrat* 2018.193 obs. Bucher ; *RTDCiv*, 2<sup>e</sup> 018.421 obs Jourdain ; *ibid.* 661 obs Barbier ; *RDC* 2018.29 note Deshayes.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 14 nov. 2019, n° 18-21.971 : *D.* 2020.353 obs. Mekki ; *JCP* 2019, 1365 note Piédelièvre ; *CCC* 2020, 17 obs. Leveneur ; rapp. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1992, n° 91-10.619.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 11 déc. 2019, n° 18-24.381 : *D.* 2020.353 obs Mekki.

que le locataire avait souscrit une assurance garantissant les risques locatifs – et privé ainsi le propriétaire, par sa faute, de la garantie associée<sup>8</sup>.

En somme, il appartient au mandataire – et particulièrement au mandataire *professionnel* qui agit à titre onéreux – de s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à l'efficacité juridique des conventions qu'il fait souscrire, qu'il s'agisse d'un contrat principal ou d'un contrat accessoire de garantie. Cette jurisprudence, souvent appliquée à propos de conditions de validité au fond des contrats, est ici appliquée par le juge lyonnais à propos de conditions de forme : le mandataire a manqué de s'assurer de la régularité formelle du cautionnement qu'il a fait souscrire. Il est à ce titre responsable à l'égard de son mandant, la cour d'appel de Lyon allant jusqu'à parler de l'« incurie » du mandataire dans l'exécution de son mandat.

8. Pour rejoindre cette conclusion, l'arrêt de la cour d'appel de Lyon appréhende par ailleurs une question qui lui était judicieusement posée par le mandataire : l'obligation pesant sur ce dernier de s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à la validité de l'acte qu'il fait souscrire est-elle de moyens ou de résultat ? On connaît l'importance de la question. Si l'obligation est de moyens, il appartient au mandant de démontrer que le mandataire n'a pas mis en œuvre les moyens appropriés en vue de s'assurer de la validité du contrat qu'il a fait souscrire. Si l'obligation est de résultat, il appartient simplement au mandant de montrer que le résultat escompté n'a pas été obtenu en aval – ce qui laisse en quelque sorte irréfragablement présumer la faute du mandataire en amont. Chacun connaît ce jeu auquel se livrent systématiquement créancier et débiteur d'une obligation : le premier préfère toujours la qualification d'obligation de résultat là où le second préfère invariablement celle d'obligation de moyens.

Les termes habituels de la jurisprudence de la Cour de cassation, rappelés *supra*, laissent spontanément penser à une obligation de résultat : l'intermédiaire serait tenu de livrer à son mandant, si l'on ose dire, un acte juridique pleinement valide. À défaut, c'est-à-dire chaque fois que l'acte serait invalidé par décision judiciaire, la responsabilité du mandataire serait engagée. Ce serait néanmoins faire preuve d'une rigueur anormale à l'endroit des mandataires, notamment lorsqu'on connaît l'incertitude qui entoure souvent la validité d'une convention, au regard de l'aléa judiciaire consubstantiel à l'interprétation et à l'application de notions à contenu variable jouant un rôle clef en la matière. Le juge rhodanien, sans s'en expliquer outre mesure, qualifie pour sa part l'obligation du mandataire d'« obligation de moyens ». Cette qualification est opportune, ce d'autant qu'elle ne rime pas, comme semblait

---

<sup>8</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 oct. 2005, n° 04-16.139 : *JCP* 2006.II.10040 note Pimbert ; *RCA* 2005, n° 367 note Groutel.

le penser le mandataire en l'espèce, avec impunité : la démonstration d'une carence de la part de ce dernier constitue bien une inexécution contractuelle et engage donc sans difficulté sa responsabilité contractuelle à l'égard du mandant. En l'espèce, il fait peu de doutes que le mandataire n'avait pas mis en œuvre tous les moyens appropriés pour s'assurer de la régularité formelle du cautionnement litigieux – ce qui a conduit à son annulation pour vice de forme. C'est donc finalement bien jugé sur la responsabilité du mandataire : l'arrêt allie intelligence des concepts et justice de leur application. La partie relative à la réparation n'est pas moins convaincante dans l'ensemble.

## II/ La réparation associée

9. La cour d'appel de Lyon circonscrit avec justesse l'étendue du préjudice réparable pour le mandant (A). En revanche, la cour d'appel refuse de compenser la dette indemnitaire du mandataire avec les sommes restant dues par le mandant, en renvoyant le mandataire à son incurie (B). Ce dernier point n'est pas totalement convaincant – et appelait à tout le moins un surplus de motivation.

### A/ Préjudice réparable et calcul de la réparation

10. Au-delà de points de détails, la cour d'appel de Lyon distingue parfaitement le préjudice associé à la faute du mandataire ayant fait souscrire un cautionnement irrégulier au bénéfice de son mandant : il s'agit d'une perte de chance d'actionner la caution et, par-là, de recouvrer les loyers impayés auprès d'elle. La partie intéressante de l'arrêt concerne la détermination concrète de cette perte de chance, plus précisément la détermination du pourcentage de chance de réalisation de cette opportunité favorable – et donc le degré de réparation de sa perte. Pour y procéder, chacun sait que le juge doit reconstituer fictivement le processus de recouvrement qui serait intervenu si le cautionnement avait été valablement conclu. Dans cette reconstitution fictive, le juge doit pondérer de nombreuses données.

En effet, les chances pour un bailleur commercial de récupérer les loyers entre les mains de la caution en lieu et place du locataire commercial sont fonction de nombreux facteurs. La fortune de la caution au jour où elle est actionnée constitue sans doute le premier facteur. La situation géographique de la caution est un autre facteur, puisque l'éloignement de la caution au jour où elle est actionnée peut sensiblement compliquer le recouvrement en tant que tel, quelle que soit la richesse de la caution. D'autres facteurs peuvent encore entrer en jeu : le décès de la caution, son état de déconfiture, son éventuelle insanité d'esprit, etc. Pour répondre à la question de savoir « Quelles auraient été les chances pour le bailleur de recouvrer les loyers impayés auprès de la caution ? », le juge doit prendre en compte l'ensemble de ces circonstances – car la réparation doit être à la mesure du gain escompté pondéré de la probabilité de sa réalisation.

Les premiers juges avaient déterminé ce pourcentage de chance à hauteur de... 98 %. En somme, ils ont considéré que si le cautionnement avait été valide, le bailleur commercial avait la quasi-certitude de récupérer l'intégralité des loyers impayés. Cela, alors même que le bailleur commercial n'avait pas renseigné ces juges sur le patrimoine et la solvabilité de celui qui s'était porté caution. En réalité, les premiers juges attendaient du mandataire qu'il règle les loyers impayés à la place de la caution, qui aurait dû s'en acquitter elle-même à la place du locataire commercial. On passait insensiblement de la réparation (de la perte de chance subie par le mandant) à la punition (du mandataire pour son incurie). La cour d'appel relève ce point et réforme la décision de ce chef, en jugeant disproportionné le pourcentage de chance retenu. Elle lui substitue, de façon apparemment forfaitaire, un pourcentage de 50 %, de sorte que le mandataire est finalement tenu à la moitié des loyers impayés. La solution semble plus équilibrée en ces termes.

**11.** À cette perte de chance, la cour d'appel ajoute après les premiers juges le préjudice subi par le mandant lié à l'engagement d'une action contre la caution – qui s'est finalement avérée infructueuse au regard de l'irrégularité du cautionnement. Le mandataire estimait que ce poste de préjudice devait aussi être pondéré par un coefficient, spécialement dans la mesure où le mandant n'avait pas interjeté appel du jugement du tribunal d'instance de Saint-Étienne ayant invalidé le cautionnement. Sans le dire, le mandataire reprochait au mandant de ne pas avoir diminué, ou au moins tenté de diminuer, son préjudice – ce qu'on appelle en responsabilité civile la *mitigation*. L'argument ne prend pas ; le juge d'appel lyonnais estime que le préjudice en question est « la suite unique de l'absence d'accomplissement par (le mandataire) de son obligation de moyens », si bien que le mandataire doit indemniser le mandant de l'ensemble des dépenses de procédure inutilement engagées à l'égard de la caution. Si la solution peut choquer (n'incombait-il en effet pas au bailleur commercial d'interjeter appel de la décision ?), elle est parfaitement conforme au droit français, qui n'impose pas (encore) à la victime de minimiser son préjudice, de *mitigate*. La réforme du droit de la responsabilité civile pourrait changer la donne sous ce rapport. En l'état, il ne fait pas de doute que les frais de procédure engagés par le bailleur commercial l'ont été inutilement par la faute, *a priori* exclusive, du mandataire et qu'il ne s'agit donc pas là d'indemniser une perte de chance mais la perte avérée d'une valeur patrimoniale. En conséquence, la cour d'appel de Lyon était bien fondée à condamner le mandataire à verser au mandant l'équivalent de ces frais de procédure.

## B/ Rejet discutable de la compensation

**12.** Il est, enfin, un point de l'arrêt qui ne convainc pas totalement. Le mandataire demandait, si l'on lit bien, la compensation de sa dette indemnitaire avec les sommes restant dues par le mandant au titre du mandat. Une telle demande n'a rien d'absurde, car les conditions de la compensation paraissent réunies. Réponse de la cour d'appel : « Au regard de sa faute contractuelle et de son absence de diligence pour recouvrer les loyers impayés, la société

(mandataire) n'est pas fondée en sa demande d'affectation de son propre pourcentage en rémunération de son mandat ». Ce rejet, sec, peut être lu de deux manières. La première : la cour d'appel considère qu'il s'agit là d'un préjudice illégitime, en tant que tel irréparable conformément aux principes qui gouvernent le droit de la responsabilité civile. La seconde : la faute du mandataire lui interdit de demander paiement de son mandat, conformément à l'adage *nemo auditur*. Plus que deux lectures différentes, ce sont là deux lectures complémentaires, l'une mettant l'accent sur l'illégitimité du préjudice allégué par le mandataire impayé, l'autre sur la gravité de sa faute. Les deux chemins mènent néanmoins à Rome : l'incurie du mandataire justifie qu'il ne soit pas payé et qu'il ne puisse opposer à son mandant une compensation avec sa propre dette indemnitaire. Sur ce point, l'arrêt semble légèrement excessif, car le mandataire a vraisemblablement assuré d'autres missions que celle de la souscription du cautionnement (notamment la conclusion du contrat principal, c'est-à-dire du bail commercial, et, éventuellement, la gestion locative associée). Si des sommes restaient dues à ce titre, la compensation aurait dû pouvoir s'opérer. Comme nous le disions en introduction : l'arrêt est donc bien sévère pour les mandataires ; presque trop par endroits.

Arrêt commenté :

CA Lyon, 3<sup>e</sup> Chambre A, 12 décembre 2019, n° 18/01300