

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 20 octobre 2021

Rejet

M. RÉMERY, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 712 F-B

Pourvoi n° V 20-16.980

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 20 OCTOBRE 2021

La société Banque populaire Alsace Lorraine Champagne, société coopérative de banque populaire, dont le siège est [Adresse 3], a formé le pourvoi n° V 20-16.980 contre l'arrêt rendu le 9 juin 2020 par la cour d'appel de Reims (chambre civile, juge de l'exécution), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. [L] [E], domicilié [Adresse 1],

2°/ à Mme [W] [G], épouse [E], domiciliée [Adresse 2],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Graff-Daudret, conseiller, les observations de la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat de la société Banque populaire Alsace Lorraine Champagne, de la SCP Claire Leduc et Solange Vigand, avocat de M. et Mme [E], et l'avis de Mme Guinamant, avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 7 septembre 2021 où étaient présents M. Rémy, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Graff-Daudret, conseiller rapporteur, Mme Vaissette, conseiller, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Reims, 9 juin 2020), par un acte notarié du 30 décembre 2011, la société Banque populaire Alsace Lorraine Champagne (la banque) a consenti à la société FHF (la société) un prêt destiné à l'acquisition d'un fonds de commerce, lequel était garanti par le nantissement du fonds et par le cautionnement de M. et Mme [E], co-gérants de la société.

2. La société a été mise en redressement puis liquidation judiciaires, le tribunal ordonnant la cession totale de la société au profit de M. [C].

3. La banque ayant fait délivrer aux cautions un commandement de payer aux fins de saisie-vente, ces dernières l'ont assignée devant le juge de l'exécution en annulation de ce commandement, en demandant à être déchargées de leur engagement sur le fondement des articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses première, deuxième, troisième et quatrième branches

Enoncé du moyen

4. La banque fait grief à l'arrêt de décharger M. et Mme [E] de leur engagement de caution solidaire et d'ordonner la « mainlevée » du commandement aux fins de saisie-vente, alors :

« 1°/ que la caution n'est déchargée de son engagement que si la perte d'une sûreté est due au fait exclusif du créancier ; qu'en déchargeant les époux [E] de leur engagement de caution, quand il résulte des propres constatations de la cour d'appel que la levée du nantissement ne résulte pas uniquement du fait de la banque mais a été décidée, sur proposition de l'administrateur judiciaire, par le tribunal de commerce de Reims en son jugement du 31 août 2017 arrêtant le plan de cession, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce ;

2°/ que la caution ne peut être déchargée de son engagement en raison de la perte d'une sûreté quand elle a participé ou consenti à la suppression de cette sûreté ; qu'en déchargeant les époux [E] de leur engagement de caution, après avoir constaté que Mme [E] avait assisté à l'audience ayant donné lieu au jugement du 31 août 2017 et s'était montrée favorable à l'offre prévoyant une renonciation de la banque au nantissement litigieux, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce ;

3°/ qu'en déchargeant les époux [E] de leur engagement de caution, sans égard pour le fait que la renonciation au nantissement s'inscrivait dans le cadre de l'arrêté d'un plan de cession, que la mission de l'administrateur judiciaire était de trouver un repreneur, que l'offre retenue était la plus intéressante, aux dires de Mme [E] elle-même, laquelle s'était en connaissance de cause montrée favorable à l'offre prévoyant la renonciation de la banque à sa sûreté, offre permettant le maintien de l'activité et la préservation des treize emplois salariés, quand les deux autres offres présentées par MM. [Q] et [M] prévoyaient également la renonciation au bénéfice des dispositions de l'article L. 642-12 du code de commerce, ce dont il résultait que la levée du nantissement n'était ni une faute ni le fait exclusif de l'exposante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce.

4°/ que la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits qui auraient pu lui être transmis par subrogation ; qu'en considérant, par motifs propres et adoptés, que la banque n'aurait pu prétendre à l'existence d'un préjudice inférieur au montant de la créance réclamée aux cautions en invoquant la faible valeur du fonds de commerce et un projet de reprise aléatoire et que la banque aurait causé aux cautions un préjudice au moins égal au montant de la créance réclamée, la cour d'appel a évalué la mesure de la décharge de M. et Mme [E] au montant de la créance réclamée et non à la valeur des droits qui leur auraient été transmis par subrogation, c'est-à-dire la valeur du nantissement du fonds de commerce, et a violé les articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

5. Après avoir relevé que l'administrateur judiciaire avait présenté, à l'audience du tribunal de commerce, les trois offres de reprise proposées, et lui avait fourni l'attestation de la banque, aux termes de laquelle celle-ci acceptait de donner mainlevée du nantissement grevant le fonds de commerce à la condition d'être intégralement payée du solde des prêts (capital + intérêts) soit un montant de 146 946,38 euros, et que le dispositif du jugement indiquait : « La Banque Populaire ALC, aux termes d'un courrier en date du 25/08/2017, donne son acceptation au règlement immédiat et intégral des échéances des prêts, capital et intérêts, pour un montant global de 146 946,38 euros, dès que le prix de cession aura été versé entre les mains du liquidateur judiciaire, la SCP [J] [T] (Me [T]) à l'arrêté du plan. En contrepartie, la banque accepte de lever le nantissement du fonds de commerce », l'arrêt retient qu'il importe peu que les autres parties, notamment Mme [E], cogérante de la société, fussent favorables à cette offre de M. [C] à hauteur de 505 000 euros ou que le tribunal ait décidé d'arrêter le plan de cession totale de la société au profit de ce dernier au prix de 505 000 euros, dès lors que la banque a expressément, au vu du courrier cité par le tribunal, donné son accord pour renoncer au nantissement grevant le fonds de commerce, étant précisé que M. [C] avait formulé une offre avec deux options et que l'option non retenue prenait en compte le paiement des mensualités du prêt sans renonciation du créancier à son nantissement. De ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que le nantissement avait été perdu par le choix de la banque, faisant ainsi ressortir que cette perte était imputable au fait fautif exclusif du créancier.

6. L'arrêt constate ensuite, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que la banque n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, de l'inefficacité de la subrogation au regard de la valeur réelle du fonds de commerce, faisant ainsi ressortir qu'en l'absence de justification par le créancier de la valeur du fonds, ce dernier ne démontrait pas que les droits perdus par son fait étaient d'un montant inférieur à celui des cautionnements.

7. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a retenu que les cautions avaient perdu, par le fait du créancier, le nantissement sur le fonds de commerce dont elles auraient pu utilement bénéficier par voie de subrogation après la cession de la société et le paiement du solde de la dette, a légalement justifié sa décision.

8. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Banque populaire Alsace Lorraine Champagne aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Banque populaire Alsace Lorraine Champagne et la condamne à payer à M. et Mme [E] la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt octobre deux mille vingt et un.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils, pour la société Banque populaire Alsace Lorraine Champagne.

Il est fait grief à la décision confirmative attaquée d'avoir déchargé M. et Mme [E] de leur engagement de caution solidaire de la société FHF souscrit à l'égard de la Banque Populaire Alsace Lorraine Champagne par acte authentique reçu le 30 décembre 2011 par Maître [Z], notaire à [Localité 1] et d'avoir ordonné la mainlevée du commandement aux fins de saisie-vente délivré le 26 avril 2019 à M. et Mme [E] ;

aux motifs propres que « Sur la décharge des cautions pour perte de la subrogation du fait du créancier : Aux termes de l'article L.213-6 alinéa 1er du code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. L'article 2314 du code civil dispose : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Selon la jurisprudence, l'application de ces dispositions requiert la réunion de plusieurs conditions cumulatives : la perte d'un droit du créancier, par le fait exclusif et fautif de celui-ci, dans lequel la caution aurait pu être utilement subrogée. Il appartient à la caution qui prétend être déchargée d'apporter la preuve qu'elle a été privée, par la faute exclusive du créancier, d'un droit préférentiel précis qui aurait pu lui procurer un avantage particulier par subrogation, de nature à accroître ses chances de remboursement. Mais le créancier peut échapper à cette sanction s'il prouve que la caution n'a subi aucun préjudice, notamment si le droit perdu n'aurait été d'aucune utilité. En l'espèce, il s'agit du nantissement du fonds de commerce financé par le prêt garanti. L'article L.642-12 du code de commerce, applicable en matière de liquidation judiciaire, dispose : « Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, le tribunal affecte à chacun de ces biens, pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence, la quote-part du prix, déterminée au vu de l'inventaire et de la prise des actifs et correspondant au rapport entre la valeur de ce bien et la valeur totale des actifs cédés. Le paiement du prix de cession fait obstacle à l'exercice à l'encontre du cessionnaire des droits des créanciers inscrits sur ces biens. Jusqu'au paiement complet du prix qui emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession, les créanciers bénéficiant d'un droit de suite ne peuvent l'exercer qu'en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire. Toutefois, la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie. Il peut être dérogé aux dispositions du présent alinéa par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés. Les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession ». Il est de jurisprudence constante qu'à défaut d'accord exprès du créancier, la perte du nantissement résultant du jugement arrêtant le plan de cession n'est pas imputable exclusivement au créancier au sens de l'article 2314 du code civil. En l'espèce, il résulte du jugement (page 2) du tribunal de commerce de Reims en date du 31 août 2017 que l'administrateur judiciaire, représenté par son avocat, a exposé à l'audience les trois offres de reprise présentées au tribunal et lui a fourni l'attestation de la BPALC aux termes de laquelle elle accepte de lever le nantissement grevant le fonds de commerce à la condition d'être intégralement payée du solde des prêts (capital+ intérêts) soit un montant de 146.946,38 euros. Puis le dispositif du jugement indique (page 5) : « La Banque Populaire ALC, aux termes d'un courrier en date du 25/08/2017, donne son acceptation au règlement immédiat et intégral des échéances des prêts, capital et intérêts, pour un montant global de 146.946,38 euros, dès que le prix de cession aura été

versé entre les mains du liquidateur judiciaire, la SCP [J] [T] (Me [T]) à l'arrêté du plan. En contrepartie, la banque accepte de lever le nantissement du fonds de commerce ». Ainsi, il importe peu que les autres parties, notamment Mme [E], co-gérante de la société FHF, étaient favorables à cette offre de M. [C] à hauteur de 505.000 euros ni que le tribunal ait décidé d'arrêter le plan de cession totale de la société au profit de ce dernier au prix de 505.000 euros, dès lors que la BPALC a expressément, au vu du courrier cité par le tribunal, donné son accord pour renoncer à la transmission au cessionnaire de la charge du nantissement grevant le fonds de commerce et garantissant le remboursement du prêt consenti à la société FHF pour lui permettre de financer l'acquisition de ce fonds de commerce, étant précisé que M. [C] avait formulé une offre avec deux options et que l'option non retenue prenait en compte le paiement des mensualités du prêt sans renonciation du créancier à son nantissement. Il est constant que la BPALC a reçu le paiement convenu de 146.946,38 euros et que le nantissement a été levé pour permettre le transfert du fonds de commerce non grevé au repreneur. La BPALC ne saurait se prévaloir d'une admission de sa créance à titre nanti par ordonnance du juge commissaire en date du 4 avril 2019. Certes le juge commissaire a arrêté sa créance à la somme de 367.072,08 euros à titre nanti, mais cette décision est rendue pour les besoins de la procédure de liquidation judiciaire et ne change rien à la renonciation de la banque à bénéficier des dispositions de l'article L.642-12 alinéa 4 du code de commerce prévoyant le transfert de la charge des sûretés au repreneur, de sorte que le nantissement est aujourd'hui perdu par son choix. Dès lors, c'est à juste titre que le premier juge a considéré que la BPALC avait privé les cautions de ce nantissement dont elles auraient pu bénéficier par l'effet de la subrogation. Enfin, certes l'option choisie a permis de diminuer le montant de la dette de la société FHF, ce qui profite directement aux cautions. Toutefois, la banque ne saurait en déduire une absence de préjudice pour les époux [E] ni même l'existence d'un préjudice inférieur au montant de la créance réclamées à ces derniers en invoquant en outre la faible valeur du fonds de commerce et un projet de reprise aléatoire. En effet, le montant réclamé aux cautions s'élève à la somme de 147.093,38 euros en principal et la BPALC n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, de l'inefficacité de la subrogation au regard de la valeur réelle du fonds de commerce (dont elle ne justifie pas), étant précisé que la valeur du fonds de commerce ne peut être réduite à celle de ses éléments incorporels, et que même si elle avait choisi la seconde option, le prix de cession était de 220.558 euros, payable en plus de la somme de euros au titre des échéances des prêts, soit 142.221 euros pour la BPALC (pour les deux prêts) alors qu'elle n'a reçu que 146.946,38 euros (pour les deux prêts, dont 110.458,32 euros pour le prêt litigieux) avec la première option. En outre, elle ne saurait invoquer les difficultés de reprise, alors que d'une part, les deux options proposées par M. [C] étaient pour lui équivalentes financièrement et d'autre part, l'ensemble des parties, y compris la BPALC, ont qualifié son offre de sérieuse, étant précisé qu'il avait projeté d'importants travaux et l'affiliation de l'hôtel à la franchise Best Western. Ainsi, même si le montant de la dette a diminué, il est certain que les cautions ont perdu, par le fait du créancier, le nantissement sur le fonds de commerce dont elles auraient pu utilement bénéficier par voie de subrogation après la cession de la société et après paiement du solde de la dette. C'est donc à juste titre que le juge de l'exécution a déchargé les époux [E] de leur engagement de caution en application de l'article 2314 du code civil et a donc ordonné la mainlevée du commandement de payer aux fins de saisie vente. Le jugement sera donc confirmé en toutes ses dispositions » ;

et aux motifs adoptés que « selon l'article L.221-1 du code des procédures civiles d'exécution tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, après signification d'un commandement, faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur, qu'ils soient ou non détenus par ce dernier ; en vertu de l'article L.213-6 du code de l'organisation judiciaire, il est constant que le juge de l'exécution connaissant de manière exclusive des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée même si elles portent sur le fond du droit, il peut statuer sur une demande de décharge de l'engagement de caution d'une partie contenue dans l'acte notarié fondant les poursuites ; selon l'article 2314 du code civil la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ; toute clause contraire est réputée non écrite ; l'article L.642-12 alinéa 4 du code de commerce dispose que la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire ; celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie ; il peut être dérogé aux dispositions du présent alinéa par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés ; il est de jurisprudence constante que la perte du nantissement résultant du jugement arrêtant le plan de cession est exclusivement imputable au créancier bénéficiaire de la sûreté lorsque cette renonciation résulte d'un accord exprès entre ce dernier et le cessionnaire (Cass. Com, 13 mai

2003, pourvoi n° 99-21.551) ; en outre, ces dispositions s'appliquent aussi bien au cas où c'est par la simple négligence du créancier que la subrogation de la caution est devenue impossible, qu'au cas où cette impossibilité proviendrait d'un fait direct et positif de sa part ; en l'espèce, la S.A.R.L FHF, cautionnée par les époux [E], a, par jugement du tribunal de commerce de Reims rendu le 31 août 2017, été totalement cédée au prix de 505.000,00 euros à Monsieur [X] [C] comprenant les éléments d'actifs corporels, incorporels, et les stocks (pièce demandeurs n°5); ce jugement n'a fait l'objet d'aucune voie de recours ; or, il résulte du dispositif de ce jugement irrévocable, visant l'article L641-12 alinéa 4 du code de commerce, que « la banque populaire ALC, aux termes d'un courrier en date du 25/08/2017, donne son acceptation au règlement immédiat et intégral des échéances des prêts, capital et intérêts, pour un montant global de 146.946,38 euros, dès que le prix de cession aura été versé entre les mains du liquidateur judiciaire la SCP [J] [T] (Me [T]) à l'arrêté du plan. En contrepartie la banque accepte de lever le nantissement du fonds de commerce» (page 5); la BPALC a reçu de la SCP [J]-[T] un chèque de 146.946,38 euros le 4 décembre 2017 (pièce demandeurs n°6) ; plus précisément, s'il ressort de l'offre de reprise en date du 11 août 2017 que Monsieur [X] [C] avait formulé deux options différentes, dont l'une (option n°1) était conditionnée à l'accord exprès des banques de renoncer au bénéfice des dispositions de l'article L.642-12 du code de commerce, la BPALC ne peut sérieusement soutenir que la renonciation au bénéfice de sa sûreté résulte du choix opéré par la juridiction commerciale de retenir l'option numéro 1 considérée comme étant la plus avantageuse par cette dernière ; il est en effet incontestable que dans le cadre de l'offre de reprise numéro 1, la BPALC avait de façon exprès accepté de lever son nantissement en contrepartie du paiement immédiat d'une fraction de sa créance, et partant, accepté un aléa quant à la possibilité pour le tribunal de commerce d'opter pour celle-ci; il est d'ailleurs observé que la BPALC était représentée lors de l'audience, le tribunal ayant mentionné (page 3) qu'elle n'avait pas formulé d'observation, de telle manière que la perte du nantissement n'est pas due à une décision de justice et lui est exclusivement imputable ; par ailleurs, contrairement à ce que soutient la BPALC, point n'est besoin que la perte de la sûreté résulte d'un fait fautif de son bénéficiaire dès lors qu'un fait direct et positif de celui-ci, comme c'est le cas en l'espèce, suffit à caractériser cette renonciation ; de la même manière, si la perte de la sûreté est envisagée par la défenderesse comme un simple renoncement au transfert de sa charge au cessionnaire, il importe cependant de relever que le jugement mentionne qu'elle a accepté « de lever le nantissement du fonds de commerce » ce qui, en tout état de cause, induit la disparition de la sûreté au préjudice des cautions subrogées dans les droits de la banque créancière, et consécutivement, une atteinte à leurs prévisions légitimes quelle que soit la qualification retenue par la BPALC ; il s'ensuit que la BPALC, en privant les cautions de la sûreté dont ils auraient pu bénéficier par l'effet de la subrogation, leur a causé un préjudice qui est au moins égal au montant de la créance réclamée ; en conséquence, il conviendra de décharger les époux [E] de leur engagement de caution, et subséquemment, d'ordonner la mainlevée du commandement aux fins de saisie vente » ;

alors 1°/ que la caution n'est déchargée de son engagement que si la perte d'une sûreté est due au fait exclusif du créancier ; qu'en déchargeant les époux [E] de leur engagement de caution, quand il résulte des propres constatations de la cour d'appel que la levée du nantissement ne résulte pas uniquement du fait de la banque mais a été décidée, sur proposition de l'administrateur judiciaire, par le tribunal de commerce de Reims en son jugement du 31 août 2017 arrêtant le plan de cession, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce ;

alors 2°/ que la caution ne peut être déchargée de son engagement en raison de la perte d'une sûreté quand elle a participé ou consenti à la suppression de cette sûreté ; qu'en déchargeant les époux [E] de leur engagement de caution, après avoir constaté que Mme [E] avait assisté à l'audience ayant donné lieu au jugement du 31 août 2017 et s'était montrée favorable à l'offre prévoyant une renonciation de la banque au nantissement litigieux, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce ;

alors 3°/ qu'en déchargeant les époux [E] de leur engagement de caution, sans égard pour le fait que la renonciation au nantissement s'inscrivait dans le cadre de l'arrêté d'un plan de cession, que la mission de l'administrateur judiciaire était de trouver un repreneur, que l'offre retenue était la plus intéressante, aux dires de Mme [E] elle-même, laquelle s'était en connaissance de cause montrée favorable à l'offre prévoyant la renonciation de la banque à sa sûreté, offre permettant le maintien de l'activité et la préservation des 13 emplois salariés, quand les deux autres offres présentées par MM. [Q] et [M] préoyaient également la renonciation au bénéfice des dispositions de l'article L. 642-12 du code de commerce, ce dont il résultait que la levée du nantissement n'était ni une faute ni le fait exclusif de l'exposante, la cour d'appel a privé

sa décision de base légale au regard des articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce ;

alors 4°/ subsidiairement que la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits qui auraient pu lui être transmis par subrogation ; qu'en considérant, par motifs propres et adoptés, que la banque n'aurait pu prétendre à l'existence d'un préjudice inférieur au montant de la créance réclamée aux cautions en invoquant la faible valeur du fonds de commerce et un projet de reprise aléatoire et que la banque aurait causé aux cautions un préjudice au moins égal au montant de la créance réclamée, la cour d'appel a évalué la mesure de la décharge de M. et Mme [E] au montant de la créance réclamée et non à la valeur des droits qui leur auraient été transmis par subrogation, c'est-à-dire la valeur du nantissement du fonds de commerce, et a violé les articles 2314 du code civil et L. 642-12 du code de commerce.