

# CHRONIQUE

## DROIT DES SÛRETÉS



**NICOLAS RONTCHEVSKY**

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

### **Cautionnement souscrit par une personne physique – Respect du formalisme des art. L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation – Appréciation de la conformité des mentions manuscrites aux exigences légales.**

Cass. com. 5 avril 2011, n° 375 FS-P+B.

Cass. com. 5 avril 2011, n° 377 FS-P+B.

*L'apposition d'une virgule entre la formule caractérisant l'engagement de caution et celle relative à la solidarité n'affecte pas la portée des mentions manuscrites conformes aux dispositions légales (1<sup>re</sup> espèce). La nullité d'un engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel est encourue du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle ce défaut d'identité résulterait d'une erreur matérielle (2<sup>e</sup> espèce).*



**FRANÇOIS JACOB**

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

Depuis la fameuse loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003, toute caution personne physique qui s'engage par acte sous seing privé envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité, faire précéder sa signature d'une mention manuscrite relative à la nature et à l'étendue de son engagement. Les termes dans lesquels cette mention doit être rédigée sont prévus à l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Dans le cas fréquent où le cautionnement souscrit doit être solidaire, à cette première mention il faut en ajouter une autre, dont les termes sont prévus à l'article L. 341-3 du Code de la consommation, et qui est supposée permettre à la caution de prendre conscience de ce que signifie la solidarité en la matière.

Restait à savoir de quelle façon, stricte ou souple, le juge allait apprécier et assurer le respect de ce formalisme, quelles erreurs pourraient être éventuellement tolérées, lesquelles devaient au contraire être absolument évitées. On commence à avoir maintenant à ce sujet quelques idées précises. Plusieurs arrêts ont été rendus. Et il s'avère qu'une certaine tolérance sera de mise...

De fait, dès 2004, la Cour de cassation avait jugé que l'omission de la conjonction « et » entre l'indication manuscrite du montant du cautionnement et l'indication

de sa durée (conjonction dont L. 341-2 prévoit l'utilisation) n'affecte pas la validité de l'engagement<sup>1</sup>.

Dans un arrêt rendu le 5 avril 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient en quelque sorte d'enfoncer le clou.

En l'espèce, la caution avait bien rédigé à la main la formule de l'article L. 341-2 (relative à la nature et à l'étendue de l'engagement) et la formule de l'article L. 341-3 (supposée faire prendre conscience de ce qu'est la solidarité), mais les deux formules avaient été rédigées l'une à la suite de l'autre et se trouvaient séparées, non par un point, un retour à la ligne et une majuscule, mais par une simple virgule. L'engagement était-il valable ? La cour d'appel de Rennes avait répondu que non, au motif que la juxtaposition à laquelle on aboutissait conduisait à un « mélange incertain », qui rendait difficile la compréhension de l'engagement et, en un mot, n'était pas conforme aux prescriptions d'ordre public du Code de la consommation sur ce point<sup>2</sup>. On pouvait cependant avoir s'agissant de cet arrêt des sentiments un peu mélangés. En effet, il n'était pas interdit de penser, c'est vrai, que le recopiage des formules l'une à la suite de l'autre faisait du tout quelque chose d'assez indigeste, montrait que la caution n'avait peut-être (sans doute) pas compris réellement ce qu'elle écrivait, et même que ce recopiage lui avait ôté de toute façon toute possibilité de bien comprendre. Mais d'un autre côté, on pouvait aussi considérer que l'arrêt de la cour d'appel de Rennes était la démonstration de ce que le formalisme du Code de la consommation est assez « paroxystique », comme cela a pu être écrit<sup>3</sup>, et pourrait bien constituer pour les cautions « une aubaine, un prétexte pour échapper à des engagements parfaitement assumés initialement, voire une bombe à

1. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 2004 : Bull. civ. I, n° 254 ; JCP E 2005, n° 5, p. 183, note D. Legeais ; RDC 2005. 403, obs. D. Houtcieff.

2. V. CA Rennes 22 janv. 2010 : JCP G 2010, n° 708, n° 2, obs. Ph. Simler ; Banque & Droit n° 130, mars-avril 2010, p. 64, obs. N. R.

3. V. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2008, n° 257.

retardement si la caution, bien informée, a intentionnellement glissé un défaut dans la mention »<sup>4</sup>. La Cour de cassation en a-t-elle eu conscience? A-t-elle compris de ce risque? C'est vraisemblable. En tout cas, dans l'arrêt du 5 avril 2011 évoqué, elle a choisi de censurer la cour d'appel de Rennes pour violation des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. Pour la Cour de cassation, en effet, « l'apposition d'une virgule entre la formule caractérisant l'engagement de la caution et celle relative à la solidarité n'affecte pas la portée des mentions manuscrites conformes aux dispositions légales ».

De la souplesse donc. Du moins un peu.

Pour autant, pas question de tomber dans le laxisme, de permettre que des formules alternatives puissent être utilisées, avec d'autres mots. C'est ce que l'on comprend. Il faut ainsi observer que dans cet arrêt du 5 avril 2011 par lequel la Cour de cassation censure la cour d'appel de Rennes, il est bien indiqué que si le remplacement d'un point par une virgule peut ne pas prêter à conséquence, c'est à la condition que cette virgule sépare des mentions manuscrites (pour le reste) « conformes aux dispositions légales ». Par ailleurs, et surtout, dans un arrêt du même jour, un autre arrêt du 5 avril 2011 donc, rendu par la même Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>5</sup>, il est posé expressément que la nullité ici encourue l'est « du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle ce défaut d'identité résulterait d'erreur matérielle ». La Cour de cassation répond par cette formule à un pourvoi – rejeté – qui faisait valoir, pour sa part, que « la nullité n'est pas encourue lorsque la mention manuscrite, sans être strictement identique aux mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, s'en rapproche néanmoins très largement et est parfaitement conforme à l'esprit de la loi ».

Ce deuxième arrêt du 5 avril 2011 est lui aussi important. C'est un arrêt qui non seulement rejette le pourvoi que l'on vient de dire mais qui aussi condamne la solution qu'avait retenue la cour d'appel d'Amiens, il y a quelques années, laquelle cour avait prétendu réserver la nullité aux cas dans lesquelles la mention rédigée s'écarte « considérablement » des prescriptions de la loi<sup>6</sup>. Et bien non, en vérité : il n'est pas nécessaire que la formule manuscrite s'éloigne considérablement de ce qui est prévu ; il suffit a priori que la formule ne soit pas celle qui est prévue... Simplement, on va tout de même éviter de faire preuve d'un rigorisme excessif ; la Cour de cassation ne le souhaite pas. Le premier arrêt du 5 avril le montre, puisqu'on y apprend qu'une virgule peut éventuellement remplacer un point. Le deuxième arrêt du 5 avril le montre aussi à sa façon puisqu'il réserve tout de même l'erreur « matérielle », on l'aura noté, ce qui n'est d'ailleurs pas nouveau dès lors qu'en 2004, comme nous l'avons rappelé, il avait

été jugé que l'omission de la conjonction « et » entre l'indication manuscrite du montant du cautionnement et l'indication de sa durée est sans incidence. Oubli d'une conjonction de coordination lorsque cet oubli ne modifie pas le sens, répétition au contraire d'une conjonction de coordination ou d'un mot quelconque, modification d'un signe de ponctuation qui n'affecte pas le sens, erreur d'orthographe : voilà d'ailleurs ce qui devrait constituer à peu près toutes les « erreurs matérielles » admissibles. Les défenseurs de la protection par le formalisme s'en réjouiront. Les opposants à ce formalisme jugé souvent excessif se réjouiront plutôt d'autre chose : l'avènement de l'acte d'avocat...

F. J.

### Formalisme du cautionnement – Acte d'avocat – Dispense de mention manuscrite.

Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, article 3 (modifiant l'article 66-3-3 de la loi du 31 décembre 1971 sur certaines professions judiciaires et juridiques).

*L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.*

Par une loi du 28 mars dernier, une nouvelle forme d'acte juridique a été introduite dans notre droit, l'acte d'avocat, qui pourrait rencontrer un certain succès en matière de sûreté personnelle.

L'acte d'avocat est contresigné par l'avocat, qui atteste, en contresignant, avoir éclairé les parties sur les conséquences juridiques de l'acte. La force probante de l'acte d'avocat n'est certes pas celle de l'authentique, qui fait foi quant à son contenu jusqu'à inscription de faux. Par ailleurs, l'acte d'avocat est dépourvu de force exécutoire. Mais tout de même, il y a une plus-value par rapport à l'acte sous seing privé ordinaire<sup>7</sup> puisque, selon ce que l'on comprend, celui auquel on oppose l'acte ne peut plus, pour se défendre, se contenter de désavouer la signature. Par ailleurs et surtout, sur un autre plan, l'acte d'avocat évince l'exigence éventuelle d'une mention manuscrite, puisqu'il est en effet expressément posé à l'article 3 de la loi du 28 mars 2011 que « l'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi » – proposition qui est désormais celle de l'art. 66-3-3 de la loi du 31 déc. 1971 sur certaines professions judiciaires et juridiques, loi modifiée par l'art. 3 de la loi du 28 mars 2011 sur l'acte d'avocat.

L'intervention de l'avocat contresignant servira donc de substitut à la mention manuscrite qui pourrait être a priori requise, par exemple par l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Les exigences des textes de ce type pourront être contournées. La doctrine s'en félicite, en soulignant que, dès l'instant que le signataire a été conseillé par un avocat, il devient inutile d'exiger des lignes d'écriture supplémentaires qui ont pour objectif

4. Ibid.

5. Sur ces arrêts du 5 avril 2011, v. D. Legeais, RD banc. fin. mai-juin 2011, p. 53.

6. CA Amiens 11 octobre 2007, Banque & Droit mars-avril 2008, p. 44.

7. F. Rome, « L'Acte sous seing privé nouveau est arrivé : so what ? », D. 2011, p. 937.

de faire prendre conscience de la gravité de l'engagement<sup>8</sup>, observation évidemment assez juste.

Un auteur, cependant, remarque aussi autre chose<sup>9</sup>, qui est que si l'on comprend bien que l'intervention d'un avocat puisse dispenser la caution d'avoir à recopier les mentions prévues par le Code de la consommation, il est en revanche difficile d'admettre – quoi qu'elle soit de principe – que la dispense doive concerner aussi une mention du type de celle que prévoit l'article 1326 du Code civil. On sait qu'aux termes de ce texte, le signataire d'un acte juridique emportant engagement unilatéral de payer une somme d'argent doit mentionner à la main, en toutes lettres et en chiffres, le montant pour lequel il s'oblige. Et l'on sait aussi que ce texte est un instrument de lutte contre la fraude. Le but n'est pas a priori de protéger contre les engagements irréflechis, mal compris, mais de conférer une plus grande fiabilité à l'instrumentum – qui, dans une telle hypothèse, peut n'être rédigé qu'en un seul exemplaire –, en interdisant au créancier qui le conservera la possibilité de porter facilement sur l'écrit revêtu de la signature de son débiteur des inscriptions accroissant les obligations de celui-ci (ajout d'un chiffre, par exemple, pour alourdir la dette). Or, ainsi que Laurent Leveneur le souligne<sup>10</sup>, « le contreséing d'un avocat, concomitant à la signature de l'acte sous séing privé, est impuissant à empêcher ce type de fraude postérieure à son établissement car, à la différence de l'acte authentique, l'original de l'acte contresigné n'est pas destiné à être conservé par l'avocat ». Il serait donc sans doute opportun de prévoir dans l'article 1326 une dérogation à la dispense de principe prévue au nouvel article 63-3-3 de la loi de 1971. Si le législateur s'y résout, conformément à la suggestion qui commence à lui être faite, là où l'on aura plus à appliquer les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, il faudra à nouveau se conformer aux exigences de l'article 1326 du Code civil.

E. J.

### **Lettre d'intention ou de confort – Engagement de faire en sorte que l'emprunteur respecte ses propres engagements envers la banque – Obligation de résultat.**

Cass. com., 17 mai 2011, n° F-P+B (n° 09-16.186), Sté Amball'iso c/ Sté Bayerische Hypo und Vereinbank.

**Ayant relevé que le contrat de prêt de 200 000 euros prévoyait, à titre de garantie, une lettre de confort ferme d'un montant de 200 000 euros, l'arrêt retient que si la société signataire de la lettre de confort n'a pas entendu souscrire un cautionnement, elle a contracté une obligation de faire, en s'engageant à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tout moment vis-à-vis de la banque, et ce d'autant qu'elle s'engageait à mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce**

**qu'ils soient utilisés à cette fin. La cour d'appel a exactement déduit des termes de cette lettre que l'obligation de faire ainsi souscrite par cette société s'analysait en une obligation de résultat.**

Garantie épistolaire et indemnitaires créée par la pratique des affaires<sup>11</sup>, la lettre d'intention ou de confort a été reconnue par la jurisprudence avant d'être consacrée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés qui l'a introduite dans le Code civil en la qualifiant de « sûreté personnelle » (art. 2287-1) – ce qui ne va pas de soi au regard des critères de cette notion<sup>12</sup> – et en la définissant ainsi (art. 2322) : « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier ». Si ces nouvelles dispositions ne sont pas applicables aux lettres d'intention souscrites avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance le 25 mars 2006, elles ne sont sans doute pas sans incidence sur leur analyse par la jurisprudence, comme en témoigne un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 mai 2011<sup>13</sup> qui est de nature à renforcer sensiblement leur attrait.

Sollicitée par une banque allemande pour garantir un prêt de 200 000 euros à consentir à une filiale, une société mère a refusé de souscrire un engagement équivalent en droit allemand à une garantie incluant un paiement en cas de procédure collective du débiteur (*harte Patronatsklärung*) puis, par lettre du 17 décembre 2004, s'est engagée envers la banque « inconditionnellement et irrévocablement à faire en sorte que la situation financière et la gestion de l'emprunteur soient telles que celui-ci puisse à tout moment remplir tous ses engagements présents et futurs envers la banque » – l'engagement de la société mère étant toutefois limité à une somme de 200 000 euros. L'emprunteur ayant fait l'objet d'une procédure collective en Allemagne, la banque n'a pu obtenir le remboursement de ses concours et a assigné la société mère en paiement des sommes dues, au titre de son engagement. La cour d'appel de Lyon<sup>14</sup> a condamné la société mère à payer à la banque la somme de 200 000 euros à titre de dommages-intérêts, augmentée des intérêts légaux à compter de la décision. Le pourvoi formé à l'encontre de cette décision faisait valoir notamment que la cour d'appel avait violé l'article 1147 du Code civil en retenant la responsabilité civile contractuelle de la société mère, tenue à une obligation de résultat, sans avoir relevé l'existence d'un engagement exprès qu'elle aurait pris à l'égard de la banque de payer directement la dette de sa filiale.

Mais la Chambre commerciale rejette le pourvoi :

11. D. Mazeaud, « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaires », *La lettre d'intention, Prospectives de droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 341 ; sur les garanties indemnitaires, cf. notamment Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, op. cit., n° 996 et s. ; E. Netter, *Les Garanties indemnitaires*, Thèse Strasbourg 2010, dir. N. R., spéc. n° 61 et s. et n° 108 et s. en ce qui concerne les lettres d'intention ou de confort.

12. Cf. notamment P. Le Cannu, « Les lettres d'intention conquis par le Code civil », *RTD com.* 2006, p. 421, spéc. p. 423, soulignant que beaucoup de lettres de confort ne visent pas à payer le créancier mais à renflouer le débiteur ou à faire ses meilleurs efforts pour que celui-ci puisse exécuter ses engagements.

13. Dalloz.fr, 25 mai 2011, obs. X. Delpech ; *JCP* 2011, 770, n° 7, obs. Ph. Simler ; *Bull. Joly* 2011, p. 551, note J.-F. Barbieri ; *RLDC* 2011, n° 4308, obs. J.-J. Ansault ; *Droit & Patrimoine*, juill.-août 2011, p. 108, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot.

14. *CA Lyon* 4 juin 2009, *BRDA* 2009, n° 14.

8. Ch. Jamin, D. 2011, *Point de vue*, p. 960.

9. L. Leveneur, *CCC* mai 2011, p. 1.

10. *Loc. cit.*

« Ayant relevé que le contrat de prêt de 200 000 euros prévoit, à titre de garantie, une lettre de confort ferme d'un montant de 200 000 euros, l'arrêt retient que si la société Emball'iso [la société mère] n'a pas entendu souscrire un cautionnement, elle a contracté une obligation de faire, en s'engageant à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tout moment vis-à-vis de la banque, et ce d'autant qu'elle s'engage à mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin ; que la cour d'appel a exactement déduit des termes de cette lettre que l'obligation de faire ainsi souscrite par cette société s'analyse en une obligation de résultat ».

Cette décision appelle plusieurs observations concernant sa terminologie, l'analyse de l'engagement litigieux et la distinction opérée entre celui-ci et un cautionnement.

i. Quant à la terminologie, on relèvera que la Chambre commerciale retient l'expression « lettre de confort » plutôt que celle de « lettre d'intention », figurant désormais dans le Code civil, qui peut être source de confusion dans la mesure où elle est aussi utilisée en pratique pour désigner un accord fixant les éléments d'une négociation précontractuelle sur lesquels les parties se sont déjà entendues<sup>15</sup>.

2. Quant à l'analyse de l'engagement litigieux, on sait que la Chambre commerciale juge depuis près de dix ans que la lettre de confort aux termes de laquelle une société mère s'engage envers une banque à « faire le nécessaire » pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements renferme une obligation de résultat<sup>16</sup>. La Haute Juridiction s'était aussi prononcée dans le même sens dans un arrêt du 20 février 2007<sup>17</sup> au sujet de l'engagement, stipulé dans un pacte d'actionnaires, de « faire en sorte que les besoins de trésorerie de la société soient assurés au mieux ». L'arrêt rapporté confirme cette solution en approuvant sans réserve l'analyse des juges du fond.

i. À cet égard, la décision rapportée s'inscrit dans un courant jurisprudentiel manifestant une sévérité accrue à l'égard des signataires de lettres de confort, en privilégiant notamment une « interprétation étroitement lexicale »<sup>18</sup>. En vérité, la qualification d'obligation de résultat apparaît parfaitement logique et conforme à la nature de la lettre de confort, qui est habituellement considérée par son bénéficiaire comme une sûreté, cette qualification ayant du reste été expressément consacrée, comme on l'a vu, par le nouvel article 2287-1 du

Code civil. La solution s'imposait en l'espèce à plus forte raison en présence d'un engagement de mettre à la disposition de la filiale les fonds nécessaires au remboursement de son emprunt et de veiller à cette affectation. Au vu de la présente décision, le signataire d'une lettre de confort qui n'entend assumer qu'une simple obligation de moyens a tout intérêt à le préciser expressément... On rappellera au passage que la distinction classique entre obligations de moyens et de résultat (consacrée dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile<sup>19</sup>), qui constituait, selon la Chambre commerciale<sup>20</sup>, le critère de la qualification de « garantie » au sens du droit comptable et surtout des articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce (subordonnant la délivrance d'une garantie par une société anonyme à une autorisation du conseil d'administration ou de surveillance), apparaît désormais sans intérêt en ce qui concerne les lettres de confort souscrites sous l'empire du nouvel article 2287-1 du Code civil, qualifiant la lettre d'intention de « sûreté personnelle », ce qui devrait mettre fin à la discussion sur le point de savoir s'il s'agit ou non d'une « garantie » pour l'application de ces dispositions du Code de commerce<sup>21</sup>.

ii. La qualification d'obligation de résultat qui est retenue est lourde de conséquences pour le signataire de la lettre car la défaillance du débiteur consacre l'absence du résultat promis et emporte présomption de faute, de sorte que sa responsabilité contractuelle est engagée, sauf à ce qu'il puisse rapporter la preuve que l'inexécution résulte d'une cause étrangère exonératoire. Mais l'obligation de résultat n'emporte pas présomption de causalité entre le manquement contractuel et le préjudice invoqué par le créancier<sup>22</sup>. Ainsi, en vertu du principe de réparation intégrale du préjudice, récemment visé par un autre arrêt<sup>23</sup>, le préjudice réparable en application des articles 1147 et 1150 du Code civil n'est pas nécessairement égal au montant de la dette garantie, car il s'agit du préjudice prévisible directement causé par l'inexécution contractuelle<sup>24</sup>. Le montant des dommages-intérêts alloués au créancier doit donc correspondre au préjudice subi en raison de

15. Cf. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2009, n° 360.

16. Cf. notamment Cass. com., 26 février 2002, Bull. civ. IV, n° 43 ; D. 2002, S.C., p. 3331, obs. L. Aynès ; R.J.D.A. 2002, n° 815 ; Banque & Droit mai-juin 2002, p. 42, obs. N. R. ; Cass. com., 19 janvier 2010, R.J.D.A. n° 430 ; *adde* notre article, « Faire le nécessaire », *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 417.

17. Cass. com. 20 février 2007, Bull. civ. IV, n° 62 ; JCP 2008, 1036, n° 14, obs. Ph. Simler, n° 14, JCP E 2007, 1661, note F. Descorps-Declère, jugeant que les actionnaires majoritaires d'une société qui s'engagent à faire en sorte que les besoins de trésorerie de cette société soient couverts au mieux pendant une certaine durée s'obligent à l'obtention de ce résultat ; *adde* sur l'analyse de cette clause, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2010, n° 560.

18. J.-F. Barbieri, note préc., n° 2.

19. Proposition de loi n° 657 portant réforme de la responsabilité civile déposée au Sénat le 9 juillet 2010 par M. L. Bételle, art. 1386-14 : « Dans le cas où le débiteur s'oblige à procurer au créancier un résultat, l'inexécution est établie du seul fait que ce résultat n'est pas atteint. Dans tous les autres cas, il ne doit réparation que s'il n'a pas effectué les diligences nécessaires ».

20. Cf. notamment Cass. com. 26 janvier 1999, Bull. civ., n° 31 ; D. 1999, p. 577, note L. Aynès ; JCP 1999, II, 10087, note D. Legeais ; Banque & Droit mai-juin 1999, p. 43, obs. N. R.

21. Cf. notamment L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 361 ; *adde* la critique de ces dispositions du Code de commerce et la menace qu'elles font peser sur l'avenir des lettres de confort par S. Jambort, « À propos de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 : les lettres d'intention sont-elles mortes ? », Bull. Joly Sociétés 2007, p. 669, spéc. n° 20 et s. ; comp. les réflexions de P. Le Cannu, obs. préc., p. 423, sur le point de savoir si une sûreté personnelle est nécessairement une garantie.

22. Cf. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 octobre 2001 et Cass. com. 22 janvier 2002, RTD civ. 2002, p. 514, obs. *approb.* P. Jourdain.

23. Cass. com. 24 mai 2011, n° 10-24-869, à paraître au Bull. civ.

24. Sur la notion de préjudice prévisible, mesure de la responsabilité civile contractuelle, cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avril 2011, D. 2011, p. 1725, note M. Bacache ; *adde* A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les Sûretés personnelles*, LGDG, 2010, n° 1419 et les décisions citées, soulignant à juste titre que le versement au créancier de dommages-intérêts équivalents à ce qui lui était dû ne suffit pas toujours à réparer son entier préjudice.

l'inexécution contractuelle et de la défaillance du débiteur<sup>25</sup>. Cela étant, on peut comprendre que la Chambre commerciale, tout en approuvant les juges du fond d'avoir décidé que l'engagement litigieux s'analysait en une obligation de faire de résultat dont l'inexécution se résout en dommages-intérêts, n'ait pas remis en cause leur appréciation quant à l'étendue du préjudice de la banque, même sans véritable démonstration du lien de causalité avec le manquement, qui n'apparaissait guère contestable en l'espèce au regard du contenu précis et spécifique de l'engagement.

3. L'intérêt majeur de l'arrêt rapporté ne réside pas dans la qualification de l'intensité de l'engagement litigieux mais dans la distinction clairement opérée entre celui-ci et un cautionnement. Il est remarquable qu'alors même que le signataire de la lettre avait refusé de consentir à la banque une garantie équivalant à un cautionnement et que cette dernière qualification est écartée par les juges du fond avec l'approbation de la Cour de cassation, il n'en est pas moins condamné à payer, sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle (art. 1147 C. civil), des dommages-intérêts d'un montant égal à celui de la dette couverte, ce qui, d'un point de vue pratique, aboutit pour le créancier au même résultat qu'un cautionnement<sup>26</sup>. En d'autres termes, la Cour de cassation admet clairement qu'un engagement conduisant au même résultat qu'un cautionnement n'est pas pour autant un cautionnement. L'engagement litigieux, consistant à « faire en sorte que la situation financière et la gestion de l'emprunteur soient telles que celui-ci puisse à tout moment remplir tous ses engagements présents et futurs envers la banque », s'analysait certes bien en une obligation de faire, relevant d'un « soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier » (art. 2322 C. civil). Mais il présentait une double spécificité dans la mesure où la société mère avait, d'une part, promis de mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et de veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin et, d'autre part, limité le montant de son engagement à la somme de 200 000 euros, correspondant exactement au montant de l'emprunt consenti par la banque. Cette double stipulation concernant l'objet de l'engagement a pour effet de le rapprocher très nettement d'un véritable cautionnement mais sans aller jusqu'à l'assimilation car le signataire de la lettre ne s'engage pas à se substituer directement à son débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Il apparaît ainsi que le créancier peut obtenir une garantie très proche d'un cautionnement quant à son efficacité en stipulant dans la lettre un engagement précis, ayant pour objet de mettre à la disposition du débiteur les fonds nécessaires pour lui permettre de régler sa dette, le souscripteur de la lettre pouvant de son côté cantonner son risque au montant de la dette garantie par le jeu d'une clause limitative de responsabilité. La solution n'est cependant pas anodine du point de vue du souscripteur de la lettre

dont la position est assurément moins favorable que celle d'une caution<sup>27</sup>, notamment en cas de procédure collective visant le débiteur garanti<sup>28</sup>. Sous cet angle, l'arrêt rapporté marque, nous semble-t-il, une évolution par rapport à l'arrêt de la même Chambre commerciale du 13 décembre 2005<sup>29</sup> qui, de manière très contestable, avait pratiquement assimilé le porte-fort d'exécution à un cautionnement, en jugeant qu'il s'agissait d'un engagement accessoire obligeant le promettant à satisfaire à l'engagement principal souscrit par le tiers si celui-ci ne l'exécute pas. Il y a la matière à susciter un vif intérêt pour la lettre d'intention ou de confort, en particulier dans les relations d'affaires...

N. R.

### **Vente avec clause de réserve de propriété – Acquéreur en procédure collective – Condition de l'action en revendication – Questions prioritaires de constitutionnalité – Non lieu à renvoi devant le Conseil constitutionnel.**

Cass. com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-40073, P+B.

Cass. com., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-40032.

Les dispositions de l'article L. 624-9 du Code de commerce, pas plus que celles des articles L. 624-16, al. 2, et L. 624-18 du Code de commerce, ne portent atteinte au droit de propriété du vendeur réservataire.

La possibilité nouvelle de contester au cours de n'importe quelle instance la constitutionnalité des lois applicables au litige<sup>30</sup> – lorsque ces lois n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans une décision du Conseil constitutionnel – a stimulé l'imagination des justiciables. Partout l'on voit de la contrariété aux droits et libertés que garantit la Constitution. Il n'y aura bientôt plus une disposition légale qui aura échappé à ce genre de grief. Récemment, c'est la clause de réserve de propriété qui s'est trouvée ainsi mise en cause, ou plus exactement les conditions d'exercice de l'action en revendication qu'elle permet, par deux questions prioritaires de constitutionnalité, soulevées l'une et l'autre par un vendeur.

Le premier de ces vendeurs entendait convaincre que l'article L. 624-9 du Code de commerce, qui pose que la revendication des meubles vendus avec réserve de propriété ne peut être exercée que dans un délai de trois mois après la publication du jugement ouvrant la procédure collective dont l'acquéreur peut faire l'objet (ici, une procédure de sauvegarde), porte au droit de propriété une atteinte constitutive d'une violation de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789<sup>31</sup>.

27. Cf. notamment A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 1419.

28. Cf. notre article « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque & Droit* janv.-févr. 2006, p. 17, spéc. n° 48.

29. *Bull. civ. IV*, n° 256; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. Simler; *D.* 2006, *Pan.*, p. 2856, obs. P. Crocq; *Banque & Droit* mars-avril 2006, p. 60, obs. N. R.

30. *Const.*, art. 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ».

31. *DDHC* 1789, art. 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être

25. Cf. notamment L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 361; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 1459 et 1463; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2009, n° 328; J.-J. Ansault, *obs. préc.*

26. J.-F. Barbieri, *note préc.*, n° 2.

Le second vendeur, pour sa part, entendait convaincre que, dans cette hypothèse classique où la chose vendue avec clause de réserve de propriété est revendue à un sous-acquéreur, vers lequel le vendeur initial aura à se tourner pour lui réclamer le prix de revente (puisqu'il, par subrogation, la créance du prix de revente est alors ce que le vendeur initial peut revendiquer à la place de la chose elle-même), les dispositions des articles L. 624-16, al. 2, et L. 624-18 du Code de commerce violent ce même article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, pour la raison qu'elles n'obligent pas les organes de la procédure collective à communiquer au créancier revendiquant « les comptes et les noms des sous-acquéreurs de produits grevés d'une réserve de propriété ».

La Cour de cassation ne se laisse cependant convaincre ni dans un cas ni dans l'autre.

Au premier vendeur, elle répond, dans une décision du 15 mars 2011<sup>32</sup>, que « les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter [de l'article L. 624-9 du Code de commerce] répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée ». La Cour de cassation en conclut que « la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe de valeur constitutionnelle invoqué ».

Au second vendeur, et dans une décision du 21 juin cette fois<sup>33</sup>, la Cour de cassation répond que « loin de porter atteinte au droit de propriété du créancier réservataire revendiquant, les dispositions contestées lui en permettent l'exercice à l'encontre d'un sous-acquéreur, sans le priver, s'agissant de prouver un fait, d'aucun moyen d'information sur le sort de ses biens après livraison ».

De fait, la conclusion est la même par deux fois : la Cour estime que la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe de valeur constitutionnelle invoqué, et qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

Ces décisions présentent deux intérêts.

Le premier est de rappeler, bien sûr, que la Cour de cassation (ou le Conseil d'État) saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) n'est pas tenue de la transmettre immédiatement au Conseil constitutionnel mais doit au contraire, conformément à ce rôle de filtre qui lui a été attribué, se livrer elle-même à un examen (au moins sommaire) de constitutionnalité sans lequel elle ne peut juger, comme elle le doit, du caractère sérieux du grief soulevé<sup>34</sup>.

Le second intérêt de ces décisions est de montrer que la Cour de cassation paraît très loin d'être prise de vertige à l'idée d'effectuer ce contrôle de constitutionnalité qui lui incombe. Elle s'en charge au contraire sans se défaire, puisqu'elle n'hésite pas, on le voit, à rejeter sans transmettre, et éventuellement assez sèchement (comme dans le deuxième arrêt), les questions de constitutionnalité qu'elle a à connaître. On attendra un peu avant de voir dans de tels rejets l'expression d'une défiance de magistrats professionnels à l'égard d'un Conseil constitutionnel dont la compétence, compte tenu de ce qu'est le mode de désignation de ses membres, ne paraît pas être par principe assurée. D'ailleurs, dans ces affaires que nous évoquons, le peu de sérieux des questions soulevées pouvait être considéré comme patent. Un auteur relève notamment que « la nécessité de déterminer rapidement l'actif du débiteur dans les procédures collectives relève bien d'un motif d'intérêt général »<sup>35</sup>. Il n'empêche que ces décisions de la Cour de cassation rassurent.

Quant au vendeur avec réserve de propriété, il n'a pas à être trop déçu. S'il vient de connaître deux défaites sur le terrain de la constitutionnalité, ses victoires sont nombreuses dans les contentieux plus classiques. Un arrêt très récent encore, du 18 janvier 2011, en est l'illustration<sup>36</sup> : la question posée était celle de savoir si, dans l'une de ces hypothèses classiques de revente auxquelles nous avons fait allusion précédemment, le sous-acquéreur peut ou non opposer au vendeur initial qui demande paiement les exceptions que ce sous-acquéreur pourrait opposer à son propre vendeur – exceptions qui tenaient en l'espèce à une non-conformité de la chose aux stipulations du contrat entre l'acquéreur initial et le sous-acquéreur. La Chambre commerciale de la Cour de cassation répond à cette question par la négative. La solution, à vrai dire, n'est pas nouvelle. Pour autant, elle ne relève pas de l'évidence. L'idée qui a permis que l'on donne au vendeur initial le droit d'aller chercher son paiement chez le sous-acquéreur, est qu'il importe peu au sous-acquéreur de verser le prix à son propre vendeur ou au vendeur initial ; pour ce sous-acquéreur, cela ne change rien. Le priver de l'opposabilité des exceptions, en revanche, porte sérieusement atteinte à sa position. ■

F. J.

privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

32. Sur cette décision, cf. J.-J. Ansault, obs. à la RLDC, mai 2011, p. 37.

33. V. aussi les observations d'Alain Lienhard, en ligne sur Dalloz actu.

34. Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, art. 23-2 : « La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : 1. La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2. Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3. La question n'est pas dépourvue de

caractère sérieux ».

35. J.-J. Ansault, obs. préc., qui souligne aussi que la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'admettre que ce délai de trois mois pour revendiquer est compatible avec le contenu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

36. RLDC mai 2011, p. 31, note R. Dammann et S. Schneider ; D. 2008, p. 1477, obs. A. Lienhard.