

# CHRONIQUE

## DROIT DES SÛRETÉS



**NICOLAS  
RONTCHEVSKY**

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



**FRANÇOIS  
JACOB**

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



**EMMANUEL  
NETTER**

Maître  
de conférences  
Université  
de Picardie-  
Jules Verne

### Cautionnement – Dette garantie par des époux – Sort des biens communs (C. civ., art. 1415) – Appréciation de la proportionnalité de l'engagement (C. consom., art. L. 341-4).

Cass. com. 5 févr. 2013, n° 11-18.644, F-P+B.

**Lorsque les dispositions de l'article 1415 du Code civil sont écartées, les engagements des cautions s'apprécient tant au regard de leurs biens et revenus propres qu'au regard de ceux de la communauté.**

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 5 février 2013<sup>1</sup> un arrêt par lequel elle résout formellement deux questions, très liées en vérité, tirées de cette situation dans laquelle des époux cautionnent l'un et l'autre une même dette.

Une première question était de savoir si, en pareille hypothèse, les biens communs (tous les biens communs) se trouvent exposés aux éventuelles poursuites du créancier aussi sûrement que le sont les biens propres de chaque époux. La Cour de cassation ici l'admet. Elle le fait en prenant soin de souligner toutefois, à la suite des juges du fond, que les époux s'étaient engagés simultanément, en termes identiques et sur un même acte de prêt, et qu'ainsi l'article 1415 du Code civil « n'avait pas vocation à s'appliquer », dont il résulte, on le sait, que le cautionnement souscrit par une personne mariée n'engage que ses biens propres et ses revenus, sauf accord du conjoint à ce cautionnement<sup>2</sup>. Cette motivation révèle que, pour la Cour de cassation, et au contraire de ce que prétendaient les époux, on ne se trouvait pas en l'espèce dans le cas où deux cautionnements auraient été souscrits – un par époux – pour une même dette, mais bien plutôt dans celui dans lequel les époux avaient souscrit ensemble un cautionnement unique. Les faits ainsi analysés, il devenait évident qu'un consentement de l'un au cautionnement de l'autre, effectivement, ne se concevait plus. Considérait-on, d'ailleurs, que l'article 1415 reste applicable à l'hypothèse du cautionnement unique engageant deux cautions mariées ensemble, qu'il faudrait en

ce cas un accord non au cautionnement de l'autre mais du moins à l'engagement de l'autre... que cela ne changerait pas grand-chose au fond. Lorsque l'on souscrit en effet au cautionnement auquel son conjoint est partie lui aussi, on consent non seulement pour soi-même mais aussi, forcément, au fait que son conjoint s'engage, dont la qualité de (co)caution participe des termes du contrat que l'on signe. Les biens communs s'en trouvent normalement engagés. On comprend bien en revanche qu'en présence d'actes de garantie séparés, la solution aurait pu être différente. Les juges auraient eu du mal alors à ne pas conclure à l'existence de deux cautionnements. Or, quoi que donne à penser une proposition très générale par laquelle la Cour de cassation avait conclu un arrêt du 13 octobre 1999<sup>3</sup>, dans ce cas, qui n'est sans doute pas rare, où les époux ne s'engagent pas par un acte unique, l'article 1415 du Code civil s'applique, et le seul fait que les époux garantissent l'un et l'autre une même dette n'est pas regardé comme suffisant, en soi, pour établir le consentement de l'un et de l'autre à ce que les biens communs soient engagés<sup>4</sup>. Il est vrai que l'article 1415 exige, pour cela, un consentement exprès. Selon une opinion habituelle, il faudrait donc au minimum que les engagements aient été préparés ensemble et souscrits simultanément, ou qu'ils comportent une référence précise de l'un à l'autre, de façon à ce que l'on comprenne que chaque époux s'est engagé en connaissance du cautionnement de son conjoint, hypothèse dans laquelle on peut estimer qu'il y a consentement certain, quoique tacite, à l'engagement de ce dernier<sup>5</sup>. Mais il semble que cette solution elle-même ne soit pas totalement acquise en vérité, qui se heurterait à la résistance de certains juges, ce que l'on n'a guère de mal à comprendre, du reste, puisque, après tout, on peut avoir accepté, dans une sorte de souci de réciprocité, d'engager ses biens propres et ses revenus par un cautionnement, sachant que son conjoint faisait de même de son côté, sans avoir pour autant nécessairement (expressément) consenti à ce que les biens com-

1. Gaz. Pal., 6-7 mars 2013, Jurisprudence p. 13, note M. Mignot.

2. C. civ., art. 1415 : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

3. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1999 : Bull. civ. I, n° 273 ; RTD civ. 2000, obs. B. Vareille, décision où on lit que « lorsque chacun des époux se constitue caution pour la garantie d'une même dette, l'article 1415 du Code civil n'a pas lieu de s'appliquer » (mais il est vrai que dans cette affaire aussi les époux cautions s'étaient engagés dans un acte unique).

4. En ce sens, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 129 ; D. 2002, 3337, obs. L. Aynès.

5. Sur cette question, V. Ph. Simler, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, 4<sup>e</sup> éd., Litec 2008, n° 166 et la jurisprudence citée.

muns (l'essentiel de la fortune des époux?) répondent eux aussi de la dette.

Une deuxième question était de savoir comment il convenait d'apprécier ici la conformité de l'engagement des époux cautions aux exigences de proportionnalité posées par l'article L. 341-4 du Code de la consommation<sup>6</sup>. Il fallait le faire « tant au regard de leurs biens et revenus propres que de ceux de la communauté » explique la Cour de cassation, dès lors que « les dispositions de l'article 1415 du Code civil étaient écartées », ainsi qu'elle le souligne une nouvelle fois. La solution diffère par conséquent de celle que l'on retient en présence d'une pluralité de cautionnements solidaires, puisqu'il est admis que l'appréciation doit se faire alors au regard des ressources de chaque caution, et non de leurs ressources cumulées<sup>7</sup>, motif pris de ce que la solidarité fait que chaque caution peut se voir réclamer un paiement intégral de la dette. C'est aussi le cas des cautions engagées par un même acte, fera-t-on peut-être observer. Mais cela ne suffirait pas à remettre en cause l'impression de logique qu'inspire la solution adoptée par l'arrêt commenté. L'ensemble de leurs biens et revenus propres comme communs était engagé par le cautionnement que les époux avaient souscrit; c'est bien en considération de cet ensemble que sa proportionnalité devait être mesurée.

Ce qui peut surprendre, en revanche, c'est que la proportionnalité de l'engagement d'une caution mariée doive n'être toujours mesurée qu'au regard de ses seuls biens et revenus propres lorsque son cautionnement relève de l'application de l'article 1415 et que le conjoint n'y a pas consenti. La décision de la Cour de cassation est implicitement en ce sens; ainsi, la caution mariée pourrait sans doute obtenir d'être libérée dans le cas où ses biens propres et ses revenus ne lui permettraient pas de satisfaire à son engagement sans qu'elle doive consacrer à cela toutes ses ressources des années durant. Pourtant, se retrouver dans cette situation n'empêcherait pas cette caution d'être tout de même « riche » des biens communs, qui ne sont précisément pas engagés par le cautionnement dans l'hypothèse qui nous intéresse, et qui produisent des revenus éventuellement, qui viennent s'ajouter à ceux du conjoint, qui alimentent eux aussi une communauté dont la caution pourra continuer de jouir et de disposer. Ne faut-il pas en tenir compte? On ne peut répondre à cela sans se poser la question de savoir quel risque il convient de prévenir par l'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Si ce risque est celui d'un étranglement financier qui conduirait à l'exclusion sociale, le regard porté sur les ressources de la caution mariée doit être assez large et la proportionnalité de son engagement ne doit peut-être pas s'apprécier au regard de ses seuls biens propres et revenus, même si ces biens et revenus sont les seuls à être engagés (mais sans être les seuls dont la caution peut disposer... y compris d'ailleurs pour un paiement plus rapide du créan-

cier bénéficiaire de son cautionnement). En limitant les éléments de référence à ce sur quoi le créancier peut exercer des poursuites, on donne finalement le sentiment que c'est lui que l'on cherche à protéger, que la question à se poser serait: « les biens et revenus que la caution engage seront-ils suffisants pour que le créancier puisse être payé (se payer) dans des délais raisonnables? ». C'est au moins déroutant compte tenu de la nature de la disposition en cause, que l'on verrait plutôt comme restrictive des droits du créancier<sup>8</sup> dont il conviendrait de sanctionner les fautes.

On concédera cependant en conclusion que les textes peuvent avoir une double finalité, et que la solution suggérée, consistant à apprécier la proportionnalité du cautionnement pris par la caution mariée au regard des biens et revenus communs aussi, pourrait être regardée comme porteuse d'une forme de mépris pour la volonté du conjoint, « copropriétaire » de ces biens et revenus, de ne pas autoriser le cautionnement. Il n'empêche; chercher à protéger le patrimoine commun est une chose; libérer la caution mariée qui risque de devoir renoncer à conserver un patrimoine propre et à disposer librement de ses revenus peut sembler en être une autre. Si les juges veulent bien avoir cela à l'esprit, une chance existe que les décharges ne soient pas trop facilement prononcées.

F. J.

### **C. com., article L. 225-35 – Autorisation des cautions, avals et garanties dans la SA – Restriction aux engagements souscrits en garantie des obligations pesant sur un tiers – Délégation-sûreté – Nécessité d'une autorisation lorsque l'engagement n'est qu'un mode d'extinction par le délégué de sa propre dette envers le délégant (non).**

Cass. com. 15 janv. 2013, n° 11-28.173, P+B.

**Il résulte de l'article L. 225-35 du Code de commerce que seuls doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration les engagements souscrits par la société en garantie des obligations pesant sur un tiers. La cour d'appel ne pouvait juger qu'une délégation-sûreté était inopposable à la société anonyme pour défaut d'autorisation par le conseil d'administration, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il ne résultait pas des stipulations de la convention de délégation de créance que ladite société ne s'était obligée envers le bénéficiaire qu'à concurrence des sommes par elles dues à son propre créancier, de sorte que l'engagement ainsi contracté par le délégué ne constituait, à son égard, qu'un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégant, échappant aux prévisions du texte susvisé.**

L'article L. 225-35 alinéa 4 du Code de commerce dispose: « Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou finan-

6. Selon lequel « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus ».

7. En ce sens, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 1996 : Bull. civ. I, n° 362; D. 1997. 515, note M. Wacongne; RTD civ. 1997. 189, obs. P. Crocq; RTD com. 1997. 307, obs. B. Bouloc.

8. Dans cet ordre d'idées Yves Picod distingue les exigences de solvabilité (telles que celles qu'enferme l'article 2295 du Code civil), qui protègent aussi bien le créancier que la caution, des exigences de proportionnalité, conçues pour protéger la caution. V. Y. Picod, Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe, Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 843 et s.

ciers font l'objet d'une autorisation du conseil [...] ». L'opportunité de ce mécanisme fait l'objet d'un débat en doctrine<sup>9</sup>. Aussi n'est-il pas surprenant que l'arrêt ait déjà retenu l'attention de plusieurs commentateurs<sup>10</sup>.

Les faits doivent tout d'abord être rappelés avec suffisamment de précision. Deux sociétés aériennes collaboraient ici – la première s'appelant Air Horizons, et la seconde (après un changement de dénomination) XL Airways. Leur proximité était telle que, devant les juges du fond, une partie du débat porta sur l'existence entre elles d'un groupe de sociétés<sup>11</sup>. Certains prétendent en effet que cette intimité entre sociétés devrait dispenser de la procédure d'autorisation par le conseil lorsqu'il y a garantie « intragroupe », mais la Haute juridiction juge tout à l'inverse<sup>12</sup>. Nous ne nous attarderons donc pas davantage sur cette question, qui ne fut d'ailleurs pas évoquée à hauteur de cassation.

Air Horizons et XL Airways passèrent ensemble, avec un voyageur, un contrat d'affrètement. Le rôle d'Air Horizons consistait à fournir les avions adaptés à l'opération, dont elle était apparemment la seule à disposer. La rémunération – ce point est important – devait être versée par le voyageur à XL Airways, à charge pour cette dernière de rétrocéder sa juste part à Air Horizons. Par ailleurs, Air Horizons se trouva manquer de ressources financières pour faire face à l'exécution du contrat : elle contracta donc un crédit auprès d'une banque, moyennant la constitution de deux types de sûretés. Le premier type consistait en une sûreté réelle pour autrui, consentie par XL Airways, sous la forme d'un nantissement de compte de dépôt à terme. Le second type de sûreté, celui qui nous intéressera le plus, fut à nouveau permis par l'intervention bienveillante de XL Airways. Étant débitrice de Air Horizons au titre de la part de rétrocession prévue par le contrat d'affrètement, XL Airways accepta de conclure une convention de « délégation de créance »<sup>13</sup>, par laquelle elle s'obligeait à payer à la banque les sommes qui seraient dues par Air Horizons au titre du crédit.

Air Horizons ayant ultérieurement été placée en redressement puis en liquidation judiciaires, la banque, après avoir déclaré sa créance à la procédure, réalisa le nantissement. C'est ici que commença le litige, en tout cas sa phase judiciaire : XL Airways assigna la banque en restitution de la somme perçue grâce à la réalisation du nan-

tissement, en arguant de ce que cette sûreté n'avait pas fait l'objet d'une autorisation de son conseil d'administration, et qu'elle lui était par conséquent inopposable. Le premier juge accueillit cette demande, et on ne voit guère comment il aurait pu en être autrement. Cette première sûreté étant parfaitement indépendante de la seconde en l'espèce, nous n'y reviendrons plus. À hauteur d'appel, c'est sur le terrain de la convention de délégation que garant et bénéficiaire poursuivirent la querelle. La banque demanda son exécution. XL Airways avança le même argument que précédemment : à cette autre sûreté, elle opposa une autre absence d'autorisation du conseil, pour obtenir une autre inopposabilité. Ici, toutefois, la solution ne s'imposait pas avec la même évidence. Se trouvait-on bien face à une sûreté ? Pour les juges d'appel, la réponse était positive, et même, « il ne [pouvait] être contesté » qu'une telle délégation, qualifiée par les parties d'imparfaite, constitue une garantie. Ils ajoutèrent qu'il était démontré « par les stipulations du contrat d'affrètement que le transporteur et le transporteur de substitution avaient chacun leurs obligations propres et que le premier a garanti les obligations du second ».

Mais la cassation fut obtenue, pour un défaut de base légale. En dépit de ce qu'il ne se soit pas agi d'une violation de la loi, l'arrêt semble très éclairant sur l'interprétation qu'il conviendrait de retenir, selon la Cour régulatrice, pour l'article L. 225-35 du Code de commerce. En effet, en relevant ce que, au sein de la motivation lacunaire des juges du fond, il eût été utile de trouver, la Cour de cassation signale implicitement mais nécessairement ce qui eût été de nature à emporter ou à écarter l'application du texte. Or, il aurait été nécessaire en l'espèce de rechercher « s'il ne résultait pas des stipulations de la convention de délégation de créance que la société XL Airways ne s'était obligée envers la banque qu'à concurrence du montant des sommes par elle dues à la société Air Horizons au titre du contrat d'affrètement, de sorte que l'engagement ainsi contracté par le délégué ne constituait, à son égard, qu'un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégant, échappant aux prévisions du texte susvisé ». Il faut ajouter que le début de la décision, immédiatement après le visa de l'article L. 225-35, est agrémenté d'un attendu « chapeau » aux termes duquel « [...] il résulte de ce texte que seuls doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration les engagements souscrits par la société en garantie des obligations pesant sur un tiers ».

Comment analyser le raisonnement conduit par la Cour ? La lettre de l'article L. 225-35, al. 4, du Code de commerce renvoie à un champ d'application large, sans doute trop : les « cautions, avals et garanties ». Si l'on devait faire de cette disposition une lecture stricte, il ne ferait guère de doute que la délégation stipulée en l'espèce tombe sous le coup du mécanisme d'autorisation. La délégation, rappelons-le, « est l'opération juridique par laquelle une personne – le délégué – s'oblige, sur instruction d'une autre personne – le délégant –, envers une troisième – le délégataire »<sup>14</sup>. Le délégué prend ainsi un engagement nouveau, qui s'ajoute la plupart du temps à des relations préexistantes, entre le délégataire et le délégant – ici, un contrat de crédit –, ainsi qu'entre

9. Parmi les adversaires, V. par ex. S. Jambort, « Les lettres d'intention sont-elles mortes ? », *Bull. Joly Soc.*, 2007, p. 669 ; P. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2008, n° 1014, parmi ses défenseurs, V. par ex. B. Dondero, « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D.*, 2004, p. 405 et 485.

10. *Bull. Joly Soc.*, 2013, p. 166, note J.-F. Barbiéri ; *L'essentiel Droit bancaire*, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 3, p. 15, obs. M. Mignot ; *Gaz. Pal.*, 28 févr. 2013, n° 59, p. 9, note M. Mignot ; *L'essentiel Droit des contrats*, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 3, p. 3, obs. N. Leblond.

11. CA Paris 20 octobre 2011, n° 09/22558. V. à ce sujet les obs. de P. Le Cannu et B. Dondero : *RTD Com.* 2012, p. 140.

12. V. très clairement en ce sens Cass. com. 28 avril 1987, n° 85-16.956 : *Bull. civ. IV*, n° 102 ; *D.*, 1988, p. 341, note D. Grillet-Ponton. Cette position semble n'avoir pas varié depuis.

13. Cette formule ne correspond pas à la vision française traditionnelle de la délégation, dans laquelle on délègue un débiteur, et non pas une créance (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, Dalloz, coll. *précis.*, 10<sup>e</sup> éd., 2009, note 2, p. 1424). Elle correspond en revanche à la thèse de M. Billiau, *La Délégation de créance : essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, LGD, « Bibliothèque de droit privé », 1989, sur laquelle nous reviendrons infra.

14. *Ibid.*, n° 1439.

le délégrant et le délégué – ici, le contrat d'affrètement. Lorsque le délégué paie le délégataire, il éteint ce faisant non seulement la dette qu'il avait contractée à son égard au titre de la convention de délégation, mais aussi et simultanément sa dette envers le délégrant, et la dette du délégrant envers le délégataire. Rappelons encore qu'il existe deux grandes variétés de délégation :

- la délégation « imparfaite », qui gagne à être nommée « simple »<sup>15</sup> ;
- la délégation « parfaite », plus rigoureusement appelée « novatoire »<sup>16</sup>.

La première variété laisse subsister le rapport entre délégrant et délégataire, ce dernier ayant alors deux débiteurs, ce qui produit un effet de sûreté ; la seconde éteint le rapport obligataire entre délégrant et délégataire – elle doit pour cela le préciser expressément – et ne laisse donc au délégataire qu'un seul débiteur : celui qu'il vient d'acquiescer par le jeu de la délégation, le délégué<sup>17</sup>.

Les juges d'appel ont cru pouvoir rendre leur décision en appliquant cette distinction entre délégation simple et délégation novatoire. Il s'agissait ici d'une délégation imparfaite ou simple, la plus courante, et on ne voit d'ailleurs guère pourquoi la banque aurait accepté de libérer ici son emprunteur par une délégation novatoire : elle voulait pouvoir agir contre un second patrimoine, et augmenter ainsi l'assiette de son droit de gage général. Une telle situation est caractéristique d'une sûreté personnelle, donc d'une « garantie » : aussi les juges du fond se crurent-ils autorisés à conclure à l'application du mécanisme d'autorisation.

Mais sans doute convient-il de se méfier de la lettre de l'article L. 225-35 du Code de commerce : la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation le laissait déjà entrevoir. Une hypothèque consentie par une société à l'appui d'un contrat dans lequel elle occupe elle-même la position de débiteur principal semble au premier abord concernée – en tant que sûreté réelle, c'est bien une « garantie » –, mais il a été jugé que l'autorisation n'avait pas à être demandée lorsqu'elle est « afférente à ses propres engagements »<sup>18</sup>. Cette formule a été reprise récemment, s'agissant de l'octroi d'une garantie de passif<sup>19</sup>. L'idée sous-jacente est que consentir des garanties en contrepartie d'un avantage que l'on perçoit soi-même est un acte finalement banal, qui ne mérite pas un examen par le conseil d'administration ou de surveillance. Il n'en va différemment que pour les autres engagements : ceux, pour reprendre la formule de l'attendu « chapeau », « souscrits par la société en garantie des obligations pesant sur un tiers ». Cette formule

visé les sûretés personnelles, ainsi que les sûretés réelles pour autrui (par exemple, le nantissement de compte de dépôt utilisé en l'espèce). Grever le patrimoine social pour avantager une autre personne juridique mérite cette fois-ci une délibération de l'organe chargé de contrôler la gestion des dirigeants.

De ce qui précède, on doit conclure que la Cour de cassation n'hésite pas à écarter la lettre de L. 225-35 C. com. pour en faire prévaloir l'esprit, ou en tout cas un certain esprit. Mais cela ne nous dit toujours pas pourquoi la délégation simple consentie en l'espèce, qui présente bel et bien tous les traits d'une sûreté personnelle, n'a pas besoin d'autorisation. L'explication, c'est qu'il s'agissait pour le garant, aux termes de l'attendu final, « d'un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégrant », qui doit pour cela être considéré comme « échappant aux prévisions du texte ».

L'idée paraît simple et séduisante : le délégué ne fait que payer ce qu'il devait déjà. Il change simplement de guichet pour procéder à son règlement, et verse les sommes au délégataire plutôt qu'au délégrant. Il n'aggrave en rien sa situation en consentant la sûreté, ni ne prend aucun risque particulier. Le mécanisme d'autorisation semble alors parfaitement superflu. Cette faveur faite à la délégation est ainsi subordonnée à une double condition :

- première condition : il faut que le délégué soit véritablement débiteur du délégrant, ce qui n'est pas systématiquement le cas en droit français<sup>20</sup>. Une délégation simple peut par exemple être mise en place à de pures fins de garantie, avec exercice d'un recours complet du délégué solvens contre le délégrant ;

- deuxième condition : il faut que la convention de délégation stipule que le délégué ne s'engage « que dans la mesure de ce qu'il doit au délégrant »<sup>21</sup>. Si le délégué s'engage au-delà, ne fût-ce que d'un seul euro, il devra exercer un recours contre le délégrant pour le récupérer, et prend alors le risque de se heurter à son insolvabilité.

C'est cette double condition que la Cour de cassation n'est pas en mesure de vérifier en l'espèce, faute de précisions apportées sur ces points par les juges du fond, ce qui emporte défaut de base légale.

L'attendu « chapeau » risquerait donc d'être mal interprété : il laisse penser qu'une délégation obéissant à la double condition n'est pas une sûreté personnelle. C'en est une, puisqu'elle met second patrimoine au service de la créance du bénéficiaire<sup>22</sup>. Simplement, c'est une sûreté qui ne présente aucun risque pour le garant. Une autre erreur d'interprétation doit être évitée : toute sûreté personnelle dont l'exécution provoque l'extinction d'une dette antérieure vis-à-vis du garant n'est pas nécessairement concernée. Prenons l'exemple d'une société anonyme qui se porte caution à hauteur de 50 000 euros envers un bénéficiaire, mais qui devait simultanément au débiteur principal le même montant. La caution amenée à payer

15. Les auteurs précités, et plus particulièrement P. Simler, ayant fait observer à juste titre que rien ne manque à une telle délégation qui justifie qu'on la taxe d'imperfection, et ajoutant qu'elle est la délégation « de droit commun » à défaut de précision contraire, ce qui mérite qu'on l'appelle « simple ».

16. Cette application a été proposée par le même Philippe Simler.

17. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1441.

18. Cass. com. 11 févr. 1986, n° 84-13-959 : *Bull. civ. IV*, n° 14 ; *Rev. sociétés*, 1986.243, note J.-J. Daigre.

19. Cass. com. 12 juill. 2011, n° 10-16-118 : *Bull. civ. IV*, n° 123 ; *RTD com.*, 2011, 584, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; *Rev. sociétés*, 2012, 102, note J.-J. Daigre ; *JCP E*, 2011, 1870, note P. Pailler ; *Dr sociétés*, 2011, n° 173, note D. Gallois-Cochet ; *Bull. Joly Soc.*, 2011, p. 865, note J.-F. Barbière ; *LPA*, 26 oct. 2011, note G. Grundeler ; *Gaz. Pal.*, 16-17 nov. 2011, p. 23, obs. A.-F. Zattara-Gros.

20. Cass. com. 21 juin 1994, n° 91-19281 : *Bull. civ. IV*, n° 225 ; *JCP G*, 1994, I, 3803, n° 10, obs. M. Billiau ; *Defrénois*, 1994, art. 35945 ; p. 1468, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.*, 1995, p. 113, obs. J. Mestre. La thèse précitée de M. Billiau soutient que cette possibilité ne devrait pas exister, et combat ainsi la jurisprudence actuelle.

21. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1444.

22. *Comp. J.-F. Barbière*, note précitée sur l'arrêt rapporté, n° 3.

le bénéficiaire se trouverait, par le simple jeu d'une compensation légale de plein droit, immédiatement libérée de sa dette à l'égard du débiteur principal, mais ce ne serait qu'un hasard. Un événement quelconque aurait-il éteint ou diminué sa dette à l'égard du débiteur principal un peu plus tôt, le bénéficiaire du cautionnement aurait toujours pu lui réclamer 50 000 euros. La convention de délégation a en revanche la faculté – ce n'est pas systématique – d'aligner à tout instant ce que doit le délégué au délégataire sur ce qu'il doit au délégant. Il est alors justifié, pour reprendre les termes de la Cour, de considérer qu'il n'y a là pour le délégué « qu'un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégant ». À ces strictes conditions, on est en présence d'une sûreté certes, mais totalement indolore pour le garant. Le cas est atypique ; il mérite d'être traité à la mesure de son originalité ; la dérogation consentie par la Haute juridiction à l'article L. 225-35 C. com. mérite d'être approuvée.

Remarquons pour finir que ce mécanisme d'autorisation peut sembler bien encombrant, et qu'il faut déployer bien des efforts de raisonnement pour l'écarter en l'espèce. Faut-il alors songer à le supprimer ? Il est pourtant parfois utile, dans une optique de *corporate governance*, en forçant les dirigeants à la transparence s'agissant de l'octroi de sûretés personnelles, qui exposent leur société à des risques, au bénéfice d'un tiers dont les liens d'intérêt avec le garant n'apparaissent pas toujours avec évidence. La sanction, cependant, est totalement inadéquate. La Cour de cassation opte pour l'inopposabilité<sup>23</sup>, ce qui est très critiqué<sup>24</sup>. En la choisissant plutôt qu'une nullité relative, on empêche en effet toute ratification ultérieure<sup>25</sup>. De manière plus radicale, on frappe un tiers, qui ne devrait pas à avoir à pâtir d'une mesure de transparence interne : en quoi est-il concerné ? Il a donc été proposé, de manière convaincante, d'aligner le régime de cette autorisation sur celui des clauses statutaires<sup>26</sup>. De telles clauses, dans les sociétés à risque limité, sont inopposables aux tiers de bonne foi ; mais dans l'ordre interne, la violation des statuts est une faute qui engage la responsabilité civile du dirigeant. En attendant une hypothétique réforme, il a été suggéré, *de lege lata*, de stipuler, dans le contrat de garantie, une clause par laquelle le dirigeant se fait fort d'obtenir l'autorisation du conseil d'administration ou de surveillance. Si le porte-fort manque à sa parole, il engage sa responsabilité contractuelle et répondra du préjudice causé sur son patrimoine personnel<sup>27</sup>.

E. N.

### Gage sur stocks (C. Com., art. 527-1) – Application impérative des dispositions du Code de commerce.

Cass. com., 19 février 2013, n° 199 FS-P+B+R+I (n° 11-21.763), SELAFA MJA c/ Sté Bank of London and the middle East PLC.

**S'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession, de sorte que la cour d'appel, en admettant que les parties pouvaient valablement choisir de se référer aux dispositions du Code civil relatives au droit commun du gage, a violé l'article 2333 du Code civil par fausse application et l'article L. 527-1 du Code de commerce par refus d'application.**

Les stocks d'une entreprise peuvent avoir une grande valeur et constituer un « gisement de crédit » très appréciable<sup>28</sup>. Le gage classique n'étant pas adapté à certains stocks, la Commission présidée par le Professeur M. Grimaldi a conçu un nouveau gage d'application générale susceptible de s'adapter aux choses fongibles ou aux universalités, avec la possibilité de prévoir une absence de dépossession du constituant. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a ainsi introduit aux articles 2333 et suivants du Code civil un nouveau droit commun du gage<sup>29</sup> qui admet la validité du pacte comissoire (à savoir de la clause, insérée dans l'acte constitutif ou ultérieurement, permettant au créancier de devenir mécaniquement propriétaire du gage en cas de défaillance du débiteur, cf. art. 2348, al. 1, C. civil)<sup>30</sup>. Mais l'ordonnance du 23 mars 2006 a également introduit parallèlement dans le Code de commerce (art. 527-1 et suivants) une réglementation spécifique du gage sur stocks garantissant un crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle<sup>31</sup>. Or, cette réglementation spécifique prévoit un formalisme plus lourd que celui du droit commun et prohibe le pacte comissoire (cf. art. 527-2 C. com. : « Est réputée non écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur »). Cette dualité de réglementation a suscité une controverse sur le point de savoir si un gage sur stocks, relevant du champ d'application des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce était impérativement soumis à ces dispositions ou s'il pouvait être valablement constitué sur le fondement du droit commun du gage prévu par le Code civil<sup>32</sup>. Un arrêt de la

23. Cass. com. 29 janv. 1980, pourvoi n° 78-12948 : Bull. civ. IV, n° 47 ; Rev. sociétés, 1981, p. 83, note Y. Guyon.

24. V. not. R. Michat-Goudet, « Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », JCP E, 1998, p. 840.

25. Cass. com. 11 juill. 1988, pourvoi n° 87-11209 : Bull. civ. IV, n° 246. V. P. Simler, « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions », in *Mélanges Schmidt*, Joly éditions, 2005, p. 449, spéc. p. 457 s.

26. En ce sens : B. Dondero, « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation... », art. préc., n° 43 s.

27. En ce sens : J.-F. Barbiéri, note préc. ss l'arrêt rapporté, n° 8 ; notre thèse *Les Garanties indemnitaires*, Strasbourg, 2010, n° 474.

28. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 9<sup>e</sup> éd. 2010, n° 766.

29. L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Droit & Patrimoine*, juillet-août 2007, p. 48 ; D. Legeais, *Le gage de meubles corporels*, JCP E, 2006, suppl. au n° 20-21, p. 4, n° 39.

30. Cf. S. Hebert, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », D. 2007, p. 2052.

31. L'article L. 527-1, al. 1 du Code de commerce dispose : « Tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle peut être garanti par un gage sans dépossession des stocks détenus par cette personne. »

32. En faveur de l'option, cf. notamment D. Legeais, art. préc. ; L. Aynès, art. préc. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 766, qui doutent de l'existence d'un libre choix mais militent en sa faveur en relevant que « la volonté

chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 février 2013, destiné à la plus large diffusion, vient de trancher cette question en excluant le libre choix du créancier<sup>33</sup>.

En l'occurrence, une société mise en redressement judiciaire le 19 janvier 2009, a fait l'objet d'un plan de cession puis d'une liquidation judiciaire le 14 septembre 2009. Une banque, qui avait consenti à la société, par acte du 17 décembre 2007, un prêt garanti par un gage sans dépossession portant sur un stock de marchandises et comprenant un pacte comissoire, a résilié le contrat de crédit pour non-paiement des échéances le 9 janvier 2009, notifié à la société la réalisation de son gage le 16 janvier 2009 (trois jours avant l'ouverture de la procédure collective...), puis a revendiqué le stock constituant l'assiette de son gage le 21 avril 2009. Par ordonnance du 30 octobre 2009, le juge-commissaire a ordonné la restitution à la banque du stock existant à la date du 16 janvier 2009, ou de sa contre-valeur, et a donné acte à celle-ci de ce qu'elle était en droit de réclamer le paiement de celui consommé postérieurement à cette date. Le recours contre cette ordonnance donnant acte à la banque qu'elle était propriétaire des stocks tels que définis au contrat de gage, a été rejeté par un jugement du 25 juin 2010. Aux termes d'un arrêt confirmatif de du 3 mai 2011<sup>34</sup>, la Cour d'appel de Paris a validé l'application du pacte comissoire au bénéfice de la banque. Après avoir rappelé les termes de l'article L. 527-1 du Code de commerce, les juges du fond en ont déduit qu'il résultait sans ambiguïté de l'utilisation du mot « peut » qu'il s'agissait d'une possibilité offerte aux parties auxquelles aucune disposition n'interdisait de prévoir l'application des règles de droit commun du gage telles qu'elles sont fixées par les articles 2333 et suivants du Code civil. Puis ils ont retenu qu'une telle interdiction ne pouvait pas davantage être déduite de l'article 2354 du Code civil énonçant que « les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle à l'application des règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêt sur gage autorisés » sans établir d'exclusivité au profit de ces dernières règles, ce dont il résultait que les parties pouvaient valablement choisir, comme elles l'avaient fait, de se référer aux dispositions des articles 2333 et suivants du Code civil.

Mais au visa des articles 2333 du Code civil et L. 527-1 du Code de commerce, cette décision est censurée par la chambre commerciale : « en statuant ainsi, alors que, s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession, la cour d'appel a violé l'article 2333 du Code civil par fausse application et l'article L. 527-1 du Code de commerce par refus d'application ».

Cette décision a été mal accueillie dans les milieux ban-

caires car elle remet en cause une pratique qui se développait, dans le sillage de certains commentaires des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>35</sup>. Aussi convient-il d'apprécier la solution retenue en droit (1.) puis en opportunité (2.) avant d'examiner son impact sur la pratique des garanties sur stocks (3.).

1. La cassation prononcée pour une double violation de la loi (pour fausse application de l'article 2333 du Code civil et par refus d'application de l'article L. 527-1 du Code de commerce en présence « de parties dont l'une est un établissement de crédit ») souligne clairement que la Haute juridiction a tranché la question d'interprétation des textes qui lui était soumise en appliquant l'adage *Specialia generalibus derogant* (les lois spéciales dérogent aux lois générales)<sup>36</sup>. On sait que cet adage interprétatif veut qu'en cas de contradiction entre deux règles, dont l'une a un domaine d'application plus restreint que l'autre, celle dont le domaine est limité l'emporte<sup>37</sup>. Il pouvait certes être soutenu que l'adage a surtout vocation à jouer lorsque la loi spéciale est postérieure à la règle générale<sup>38</sup>, et non pas lorsque les deux règles en présence sont nées de manière concomitante, que la lettre de l'article L. 527-1 du Code de commerce (« Tout crédit consenti par un établissement de crédit... peut être garanti par un gage sans dépossession des stocks... ») semble ouvrir à l'établissement de crédit une option, conforme au principe de la liberté contractuelle, et enfin que l'application exclusive des dispositions particulières du Code de commerce ne peut pas être justifiée par le besoin d'une protection spécifique de l'un des contractants<sup>39</sup>. L'application de l'adage *Specialia generalibus derogant* n'était cependant guère contestable au regard des textes en présence car on conçoit mal que les rédacteurs de l'ordonnance du 23 mars 2006 aient voulu admettre une faculté permettant d'user du droit commun pour faire échec à une disposition spéciale d'ordre public prohibant le pacte comissoire. La lecture du Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du mars 2006 relative aux sûretés exclut du reste tout doute quant au caractère dérogatoire et exclusif des dispositions spécifiques concernant le gage des stocks<sup>40</sup>. D'un point de vue plus général, on remarquera au passage que la chambre commerciale de la Cour de

35. Cf. notamment les auteurs cités note 32 ; *adde* L. Aynès et P. Crocq, *Les Sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2012, n° 503.

36. Cf. notamment Ph. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 3<sup>e</sup> éd., 2009, n° 407.

37. Cf. notamment Cass. 2<sup>e</sup> civ. 17 février 1993, *Bull. civ. II*, n° 66, à propos de la prescription spéciale prévue par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 en matière de délits de presse.

38. Rapp. CA Paris, 13 juillet 1984, *JCP* 1986, II, 20 627, note A. Blaisse, affirmant que l'autorité de la loi spéciale est intégralement respectable lorsque, comme en l'espèce, elle est la dernière en date et doit, par conséquent, recevoir sa pleine application, nonobstant les dispositions de la loi générale antérieure.

39. Sur ces arguments, cf. notamment P. Crocq, *obs. préc.*, p. 786 ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, *loc. cit.*

40. Cf. 3.2 Disposition relative au gage des stocks : « C'est pourquoi la création de cette sûreté mobilière conventionnelle s'accompagne d'un certain nombre de garanties, protectrices des intérêts du créancier et du débiteur, qui la distinguent du droit commun du gage... Le caractère vital des stocks pour la continuité de l'activité de l'entreprise impose le maintien des stocks à la libre disposition de l'entreprise et donc l'absence de dépossession... Le pacte comissoire est prohibé : les parties ne peuvent convenir lors de la constitution du gage que le créancier gagiste deviendra propriétaire des stocks gagés en cas de défaillance du débiteur ».

du législateur est manifestement de faciliter l'obtention du crédit gagé sur les stocks et non de le soumettre à des contraintes particulières » ; *contra* R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1298, spéc. n° 12.

33. *D.* 2013, Act., p. 293, obs. R. Dammann et G. Podeur.

34. *RTD civ.* 2011, p. 785, obs. *approb.* P. Crocq ; *JCP* 2012, 626, n° 23, obs. *approb.* Ph. Delebecque ; *D.* 2012, p. 1913, obs. *approb.* D. R. Martin ; *RD Bancaire et financier* 2011, n° 166, obs. *approb.* A. Cerles.

cassation, marquant sans doute les limites de sa mission qui n'est pas de réécrire les textes, a semblé privilégier ces derniers mois une analyse littérale et stricte de ceux-ci, même lorsqu'elle peut conduire à une solution très contestable au plan pratique<sup>41</sup>.

2. Sous cet angle, la solution retenue par la chambre commerciale pourrait avoir un effet pervers, en restreignant l'accès au crédit des entreprises, alors que l'objectif général de la réforme du droit des sûretés de 2006 était de libéraliser la matière, pour faciliter l'octroi de crédit<sup>42</sup>. Il faut cependant souligner que le caractère impératif du régime du gage sur stocks prévu par les articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce ne prive pas cette sûreté de tout intérêt pour le banquier. Si ce dispositif est plus contraignant, notamment en prohibant le pacte commissaire, on rappellera que celui-ci est en tout état de cause neutralisé en cas d'ouverture d'une procédure collective (cf. art. 622-7, I, al. 1, C. com.) et que le gagiste peut en revanche se prévaloir du droit de rétention qui lui est reconnu par l'article 2286, 4° du Code civil (issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008) énonçant que celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose dont l'efficacité est bien connue des spécialistes du droit des procédures collectives<sup>43</sup>. Il reste à mesurer l'impact de la

solution retenue par l'arrêt rapporté dans la perspective d'une appréciation d'ensemble des garanties sur stocks.

3. Si le banquier qui envisage de consentir un financement sur stocks ne peut pas être garanti par un gage sans dépossession de droit commun, il peut bénéficier d'un gage sur stocks avec dépossession ou d'une fiducie-sûreté sur stocks sans dépossession<sup>44</sup>. Le gage avec dépossession confère une forte protection au créancier, qui peut stipuler ici un pacte commissaire, mais sa constitution est lourde et la dépossession rend cette garantie peu attrayante pour le débiteur. Il n'en va pas de même de la fiducie-sûreté, qui est certes soumise à un formalisme, mais peut prévoir une convention de mise à disposition des stocks, actifs fiduciaires, en faveur du constituant. Le jeu de la fiducie-sûreté est encadré, mais non pas malmené, en cas de procédure collective du constituant puisque, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, la garantie peut se dénouer conformément aux prévisions des parties, de sorte que le créancier peut s'approprier définitivement les actifs fiduciaires ou procéder à leur réalisation à son profit<sup>45</sup>. Le fiduciaire bénéficie ainsi d'une protection aussi efficace que celle offerte par un pacte commissaire.

En définitive, il apparaît que la solution retenue par l'arrêt rapporté n'est guère contestable en droit et ne prive pas de tout intérêt le gage sur stocks du Code de commerce. Les banquiers disposent en outre, dans la fiducie-sûreté, d'une garantie alternative dont la réalisation est très efficace. ■

N. R.

41. Cf. Cass. com. 30 mai 2012, Bull. Joly 2012, p. 615, § 350, note A. Gaudemet, consacrant l'absence de nullité des décisions extraordinaires adoptées en violation des règles statutaires de majorité dans une SARL. M. Gaudemet pose judicieusement la question de savoir s'il ne s'agit pas d'un « arrêt de provocation » adressant un signal au législateur.

42. Cf. notamment M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, loc. cit.

43. Cf. R. Dammann et G. Podeur, obs. préc. rappelant qu'en cas de plan de cession dans le cadre d'une procédure collective, le créancier gagiste peut opposer son droit de rétention au cessionnaire et éviter ainsi l'application de l'article L. 642-12, al. 1 du Code de Commerce prévoyant que le droit de préférence du créancier ne s'exerce que sur une quote-part du prix de cession.

44. *Ibid.*

45. Cf. N. Rontchevsky, « Sûretés personnelles, fiducie et gages sans dépossession dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », RLDA juin 2009, p. 80, spéc. n° 25 s.