

CHRONIQUE

GARANTIES



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,
Centre de droit privé et
de sciences criminelles
d'Amiens, Université
de Picardie-Jules Verne

Cautionnement – C. civ., art. 2313 – Opposabilité des exceptions – Distinction des exceptions inhérentes à la dette et des exceptions personnelles au débiteur – Clause de conciliation – Défaut de mise en oeuvre de la clause par le créancier avant poursuite de la caution.

Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-19.734, FS-P+B+I.

La fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge, ne concerne, lorsqu'une telle clause figure dans un contrat de prêt, que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue, de sorte qu'elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer.

Commentaire de François Jacob

Il fut un temps – très long, et encore proche de nous – où la question de la détermination des moyens de défense de la caution était réglée simplement : on admettait alors que, en plus de ses éventuels moyens de défense propres (le vice du consentement dont elle aurait été elle-même victime, le droit d'opposer au créancier la perte d'un droit préférentiel, le manquement par le créancier à une obligation d'information, etc.), la caution pouvait opposer au créancier tous les moyens de défense susceptibles d'être soulevés par le débiteur principal, à l'exception toutefois de ceux appartenant à la catégorie des moyens purement personnels... dans laquelle on rangeait la seule minorité de ce débiteur. La solution ne pouvait certes se recommander exactement des termes de la loi, puisque l'article 2289 du Code civil présente la minorité comme un simple exemple d'exception purement personnelle. La solution cependant, à peu près unanimement approuvée par la doctrine, et qui pouvait aussi être considérée comme celle de la jurisprudence, était jugée conforme à la tradition, d'une part, aux intentions des rédacteurs

du Code civil telles que révélées par leurs travaux préparatoires¹, d'autre part, mais aussi bien sûr à l'idée que la caution ne fait qu'accéder à l'obligation d'un autre, dans le seul but de garantir son éventuelle insolvabilité (et non d'autres aléas), de sorte qu'elle ne doit normalement payer que si cet autre pourrait y être lui-même contraint.

Les choses sont désormais plus compliquées, et ce depuis un arrêt rendu le 8 juin 2007 par la Cour de cassation, en chambre mixte, qui a cru devoir poser que « la caution n'est pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal », nullité qui, « destinée à protéger ce dernier », constitue une exception qui lui est « purement personnelle »². Depuis lors la solution serait donc que, finalement, seules les exceptions dites inhérentes à la dette peuvent être reprises à son compte par la caution poursuivie, irrecevable en revanche au droit de se prévaloir des exceptions (autrement dit des moyens de défense) destinées à... protéger le débiteur principal et qui, pour cette raison, devraient lui être regardées comme personnelles. À vrai dire, cet arrêt, très étonnant compte tenu de ce que l'on croit savoir du caractère accessoire du cautionnement, avait tout du malentendu. Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser aux décisions auxquelles il a été renvoyé pour justifier de l'existence d'une réelle divergence de solution et la saisine d'une chambre mixte³. Néanmoins c'est bien par telle chambre qu'il a été rendu. On attendait donc la suite avec une certaine appréhension ; et il se trouve que l'on n'aura pas été déçu (déçu « en bien », naturellement, ainsi que nos amis Suisses l'auront tout de suite compris). En effet, si certaines cours d'appel ont pu résister sans doute, d'autres en revanche, au moins aussi nombreuses,

1. V. spécialement Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 2015, 5e éd., n° 228.

2. Cass. Ch. mixte, 8 juin 2007 : JCP G 2007, II, 10138, note Ph. Simler ; D. 2007, act. p. 1782, obs. V. Avena-Robardet et jp. p. 2201, note D. Houtcieff ; RTD. civ. 2008, p. 331, obs. P. Crocq ; RTD. com. 2007, p. 585, obs. D. Legeais ; Banque et Droit juill.-août 2007, p. 47, obs. F. Jacob.

3. V. notamment nos observations précitées.

semblent avoir suivi sans difficulté le mouvement⁴. Par ailleurs et surtout la Cour de cassation a choisi de réitérer sa solution. Celle-ci a ainsi été reprise une première fois dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 12 juillet 2011 qui étend au cas de la liquidation une règle prévue pour le redressement judiciaire⁵ – celle de l'impossibilité pour la caution de se prévaloir de l'opposabilité de la créance non déclarée à la procédure collective – au motif que la sanction encourue ne constituerait pas une exception inhérente à la dette⁶. Et voici que la solution vient d'être à nouveau reprise, dans un arrêt de la chambre commerciale encore, du 13 octobre 2015. En l'espèce, le moyen de défense qui prétendait soulever la caution tenait à la présence d'une clause de conciliation dans le contrat principal (un contrat de prêt)⁷. Les termes de cette clause n'ayant pas été respectés par la banque, la question était posée de savoir si la caution pouvait faire déclarer irrecevable l'action dirigée contre elle. Retenant la qualification d'exception inhérente à la dette, les juges du fond vont l'admettre. Contestant au contraire cette qualification, la Cour de cassation va cependant censurer leur solution, pour violation de l'article 2313 du Code civil⁸. Incontestablement l'affaire révèle une différence d'appréciation. Cette différence ne masque toutefois pas l'essentiel, qui est que les juges saisis aux différents stades de la procédure se sont montrés tous d'accord sur un point : c'est bien la distinction des exceptions personnelles et des exceptions inhérentes qui était à leurs yeux la clé de l'affaire. De toute évidence, la logique dans laquelle la décision du 8 juin 2007 nous a fait entrer ne paraît pas devoir être très vite abandonnée.

Faisons cependant contre mauvaise fortune bon cœur, pour nous intéresser du moins à la façon dont il conviendrait de mettre en œuvre cette distinction. À cet égard, notons que la Cour de cassation paraît avoir une idée précise et réfléchie de ce que doit être le critère, comme la décision rapportée le montre. Si l'exception ne pouvait être ici inhérente à la dette, nous expliquent les magistrats de la chambre commerciale, contredisant ceux de la cour d'appel, c'est que « la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge, ne concerne, lorsqu'une telle clause figure dans un contrat de prêt, que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue ». On sent poindre, der-

rière cette proposition, l'analyse dualiste de l'obligation. Selon cette analyse, on le sait, il serait permis de distinguer dans l'obligation deux aspects : le *debitum* d'une part, autrement dit le rapport substantiel de créance et de dette lui-même, et l'*obligatio* d'autre part, correspondant à l'assujettissement du débiteur au pouvoir de contrainte du créancier. Le *debitum* donnerait au créancier sa vocation à recevoir la prestation particulière qu'il attend. L'*obligatio* lui permettrait d'agir en exécution ou en recouvrement, selon les modalités définies par le droit. Ce que l'on sait aussi c'est que cette analyse a souvent servi à expliquer l'opération de cautionnement, dans laquelle il y aurait un seul *debitum* (une seule dette)... pour deux *obligatio* (deux responsables et deux possibilités de contrainte). Et ce que l'arrêt rapporté donne à comprendre, *a priori*, c'est que les vicissitudes qui peuvent affecter le *debitum* seraient opposables par la caution aussi bien que par le débiteur, tandis que celles qui affecteraient l'action seraient propres à l'un ou à l'autre. Quoi que l'on puisse penser de l'inopposabilité des exceptions personnelles, l'idée qui préside ici à leur distinction des exceptions inhérentes peut paraître séduisante.

Le critère proposé paraît d'abord plus clair que celui qui a guidé ici la cour d'appel, qui retient la qualification d'exception inhérente au motif en définitive assez confus que l'obligation de mettre en œuvre une procédure préalable de conciliation est « une prévision indifférente à la personne du souscripteur (qui) ne se rapporte qu'à l'obligation souscrite, dont elle définit les modalités présidant à son admission et sa mise en exécution ». Au-delà, le critère proposé par la Cour de cassation paraît aussi doté, au fond, d'une véritable intelligibilité. Il peut d'ailleurs être mis en rapport avec de ce qui a pu être suggéré par certains auteurs. MM. Crocq et Aynès, par exemple, admettent que le droit de poursuite contre la caution, qu'ils disent autonome, puisse ne pas être affecté par les causes qui rendent impossible la poursuite contre le débiteur⁹. On trouvera normal en revanche, la caution s'engageant à la dette principale même, que puisse lui profiter tout ce qui peut remettre en cause le devoir au service duquel elle s'est associée. Enfin le critère proposé par la Cour de cassation paraît effectivement pouvoir expliquer certaines des solutions qu'elle a pu retenir déjà et auxquelles on ne s'attendait pas forcément. Les auteurs précités, à titre d'illustration de leur intuition, renvoient à la solution selon laquelle la renonciation par le créancier au droit d'agir en paiement contre le débiteur principal ne fait pas obstacle aux poursuites contre la caution solidaire¹⁰, ou encore à la solu-

4. Op. cit., n° 49 et les nombreux arrêts auxquels il est renvoyé notes 156 et s.

5. V. C. com., art. L. 631-14, al. 7.

6. V. Cass. com. 12 juill. 2011 : JCP G 2011, I, 1259, n° 7, obs. Ph. Simler ; D. 2011, 1894, obs. A. Lienhard ; RTD. civ. 2011, p. 782, obs. P. Crocq ; RTD com. 2011, p. 625, obs. D. Legeais ; Droit et patrimoine 2012, p. 84, obs. Ph. Dupichot ; Banque et Droit sept.-oct. 2011, p. 42, obs. F. Jacob. Notons toutefois que cet arrêt est aussi le premier à admettre que le créancier qui ne déclare pas, et qui perd en conséquence son droit (chirographaire) de participer aux distributions, est susceptible de relever de la sanction de l'article 2314 du Code civil.

7. Il était prévu qu'en cas de litige, « préalablement à toute instance judiciaire », les parties soumettraient leur différend à un conciliateur « missionné par le président de la chambre des notaires ».

8. Art. 2313 : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

9. V. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ Lextenso éditions, gé éd., 2015, n° 140.

10. V. Cass. com. 22 mai 2007 : D. 2007, 1999, n. O. Deshayes ; JCP G 2007, I, 212, n° 8, obs. Ph. Simler ; RTD. civ. 2008, p. 333, obs. P. Crocq, et p. 805, obs. Ph. Théry ; Banque et Droit sept.-oct. 2007, p. 67, obs. N. Rontchevsky. La renonciation résultait en l'espèce d'un protocole d'accord aux termes duquel « les parties renoncent de fait à intenter quelque action en justice que ce soit contre l'autre partie, sans pour autant renoncer aux actions à l'encontre des cautions solidaires... ». O. Deshayes admet que le créancier a pu renoncer à exiger le paiement sans pour autant renoncer à sa créance, à son « droit substantiel à recevoir » (v. la remarquable note précitée, n° 11) et l'explique de la façon suivante : « La liberté contractuelle s'accommoderait mal de ce que le créancier, par ailleurs libre de consentir une authentique remise de dette, ne puisse limiter l'effet extinctif de la remise aux seuls droits de poursuite » ; le créancier aurait ici, en somme, « transformé sa créance civile en une créance naturelle ou quelque chose qui y ressemble, acceptant de s'en

tion de l'impossibilité pour la caution de se prévaloir de la suspension des procédures d'exécution et des reports d'échéances qui peuvent être ordonnés dans le cadre du traitement de la situation de surendettement d'un particulier¹¹. Mais l'on peut songer aussi bien sûr à la solution de l'impossibilité pour la caution de se prévaloir du défaut de déclaration à la procédure concernant le débiteur failli¹² : la sanction du défaut de déclaration n'est plus supposée être une extinction des droits non déclarés, en effet ; aussi bien le devoir subsiste et l'exception n'est logiquement pas inhérente à la dette ; concernant uniquement le droit de poursuivre, remis à plus tard, l'exception serait, de fait, personnelle au débiteur.

Pourtant, l'idée que l'analyse dualiste de l'obligation pourrait ici tout expliquer appelle d'importantes réserves, du moins en l'état actuel du droit. Ainsi le code fait-il de l'incapacité du débiteur principal l'exemple type de l'exception personnelle. De son côté, le dol dont le débiteur est victime en est une aussi, en tout cas depuis 2007, de même sans doute que son erreur ou la violence qu'il aurait subie. Or ce qui est en cause dans ces hypothèses de nullité de l'obligation, ce ne sont pas simplement les conditions ou modalités de l'action, mais bien le devoir auquel est ou non soumis le débiteur. Voir dans ces vices des exceptions personnelles est au minimum singulièrement extensif¹³. Le dol du débiteur a d'ailleurs pu être qualifié d'inhérent à la dette¹⁴, qualification à laquelle on peut être d'autant plus favorable que la lettre des textes invite à interpréter la notion d'exception personnelle strictement¹⁵. La prescription, en revanche, affecterait plutôt le droit de poursuivre ; l'action n'est plus possible mais un paiement fait malgré tout n'ouvrirait pas d'action en répétition de l'indu¹⁶ ; c'est donc que la dette subsiste. Doit-on en déduire qu'il s'agit d'une exception dont la caution ne saurait se prévaloir ? La solution serait pour le moins étonnante, en tout cas contraire à celle que l'on admet de façon traditionnelle¹⁷ et s'accorderait très mal avec l'idée

que la caution ne peut être tenue « sous des conditions plus onéreuses » (C. civ., art. 2290). Le moins que ces constats donnent à penser est que le critère qu'adopte en filigrane la chambre commerciale dans notre arrêt sera (serait) malaisé à mettre en œuvre. Mais comment en serait-il autrement ? La distinction de ce qui est inhérent ou non, personnel ou non, est particulièrement difficile à faire, fuyante, si ce n'est introuvable. Au demeurant, les qualifications varient selon les auteurs ou selon le domaine (ce qui est inhérent – ou personnel – en matière de solidarité passive ne le sera pas en matière de cautionnement). Aussi bien, imaginer que cette distinction, à laquelle on a pu ne renvoyer parfois que par commodité, puisse en cacher une autre, qui l'expliquerait, opposant substance et droit de poursuite, revient sans doute à se faire des illusions, ou à démontrer du moins que cette autre distinction est tout aussi relative, ce qui est probablement le cas¹⁸. Ajoutons que, si l'on veut bien admettre qu'il n'y ait pas de communauté procédurale entre le débiteur et la caution, cette communauté existe pourtant, dans une certaine mesure, entre codébiteurs solidaires, alors que leurs engagements sont supposés être moins dépendants l'un de l'autre (ou les uns des autres). La compréhension des choses risque de ne pas en sortir facilitée.

Monsieur Crocq l'avait senti : l'année 2007 a fait tomber sur le droit du cautionnement un brouillard dense¹⁹. L'arrêt rapporté essaie bravement de le dissiper. Mais il y parvient mal. On continuera donc d'espérer un retour à la solution selon laquelle la caution peut se prévaloir de tous les moyens de défense du débiteur, sauf à ce que la loi en dispose spécialement autrement, pour les raisons particulières qui peuvent être les siennes (intérêt de l'incapable, intérêt du crédit, etc.²⁰). La future réforme du droit des sûretés personnelles (si elle finit par voir le jour) devrait être l'occasion de cette restauration²¹. ■

remettre à la bonne volonté (et aussi à la bonne fortune) du débiteur ».

11. V. Cass. 1re civ., 26 avr. 2000 : Bull. civ. I, n° 122. – Cass. 1re civ., 3 mars 1998 : Bull. civ. I, n° 82 ; RTD civ. 1998, p. 422, obs. P. Crocq.

12. V. Cass. com. 12 juill. 2011, précité.

13. Rappr. : L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 139.

14. V. A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, *Traité de droit civil*, LGDJ Lextenso éditions, 2010, n° 481.

15. L'art. 2289 spécialement, qui fixe un principe, avant de l'assortir d'une limite, par renvoi aux exceptions personnelles, en prenant soin de viser celles qui sont en vérité purement personnelles et d'illustrer (le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité).

16. Sur cette solution, v. par exemple G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Les Obligations*, tome II – *Le régime*, éd. Sirey, 1989, n° 342 (les auteurs critiquent cependant la thèse selon laquelle la prescription n'atteint que l'action en justice en laissant subsister le droit lui-même).

17. V. par exemple Ph. Simler, *op. cit.*, n° 728 et les arrêts cités (notons que l'auteur voit

cependant dans la prescription de la dette principale une exception inhérente à celle-ci).

18. Sur la relativité de la distinction substance-droit de poursuite, v. Ph. Théry, obs. précitées, ss. Cass. com. 22 mai 2007.

19. V. observations précitées ss. Cass. com. 22 mai 2007.

20. Sur ces divers intérêts, v. L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 139.

21. Aux termes de l'avant-projet de texte issu du rapport remis au garde des Sceaux par le groupe de travail présidé par M. Michel Grimaldi, « le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. Néanmoins, celui qui, en connaissance de cause, se porte caution d'un incapable est toujours tenu de l'exécution de l'obligation » (art. 2298 de l'avant-projet). Il est prévu par ailleurs que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. Toutefois, elle ne peut, sauf texte contraire, se prévaloir ni des causes de suspension et d'interruption des poursuites, ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'une procédure de surendettement des particuliers ou de rétablissement personnel » (art. 2308 de l'avant-projet).

Aval d'un effet de commerce irrégulier – Nullité de l'effet de commerce – Nullité de l'aval – Absence de requalification en promesse de porte-fort.

Cass. com., 8 sept. 2015, n° 14-14208, P+B+I.

L'aval d'un effet de commerce irrégulier en raison d'un vice de forme est lui-même nul et ne vaut pas promesse de porte-fort.

Commentaire d'Emmanuel Netter

Après des années d'une relative hostilité au porte-fort d'exécution, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, en 2013, de lui réserver une place au sein du droit français des sûretés personnelles¹. Le message a été reçu par les praticiens et les juridictions du fond, qui vont tenter régulièrement d'y recourir en lieu et place d'un cautionnement devenu bien trop fragile. Comment articuler ces deux garanties, et réguler la vive concurrence qui ne manquera pas de s'instaurer entre elles ? La question risque bien de devenir récurrente². Elle fut en tout cas posée à la Haute juridiction le 8 septembre 2015³.

Une société bénéficiait, auprès d'une banque, d'une facilité de caisse par découvert en compte courant et d'une ligne de trésorerie permanente, qualifiée de crédit de campagne. Ce crédit prenait la forme d'un effet de commerce à échéance à un mois, à chaque fois renouvelé. Ces effets de commerce étaient systématiquement avalisés par Mme X., dirigeante de la société. La situation de sa débitrice s'étant dégradée, la banque clôtura le compte de la société, et assigna la dirigeante-avaliste pour obtenir paiement du dernier effet émis par la société.

Malheureusement pour l'établissement de crédit, cet effet était atteint d'un vice considérable. Alors que la plupart des 47 titres cambiaires précédents avaient été signés en bonne et due forme, le dernier en date était seulement revêtu du cachet de la société. Il résulte des articles L. 512-1 et L. 512-2 du Code de commerce qu'un titre dépourvu de signature « ne vaut pas comme billet à ordre ». Il arrive qu'un effet de commerce irrégulier échappe à la nullité, mais dégénère en un simple acte juridique de droit civil. Ainsi un billet à ordre ne contenant pas le nom du bénéficiaire peut-il être disqualifié en une reconnaissance de dette. Dès lors, si le billet avait été avalisé, l'aval perd lui aussi sa nature cambiaire par contrecoup : une jurisprudence classique décide qu'il devient un cautionnement⁴. Mais cette mutation ne va pas sans susciter divers inconvénients.

Un premier obstacle à cette requalification de la sûreté

est constitué par les règles de forme qui gouvernent le cautionnement. L'aval est généralement donné par la simple apposition, sur l'effet qu'on souhaite garantir, de la formule « bon pour aval »⁵. Or, avant la loi Dutreil, les cautionnements étaient soumis aux exigences de l'article 1326 du Code civil, qu'une telle formule ne satisfait pas⁶. Cette difficulté pouvait toutefois être surmontée : l'article 1326 n'ayant qu'une valeur probatoire, l'acte valait alors commencement de preuve par écrit, susceptible d'être complété par des éléments extrinsèques. Il a déjà été jugé que la qualité de dirigeant social de la caution pouvait constituer, à elle seule, un tel élément extrinsèque⁷. La sûreté pouvait ainsi être facilement sauvée. Depuis la loi Dutreil, en revanche, on sait que les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation exigent, à peine de nullité, que soient recopiées des mentions manuscrites très précises. Puisque ces mentions visent à décrire le fonctionnement du cautionnement, il est par hypothèse impossible qu'une personne croyant souscrire un aval les aient fait figurer sur l'acte. Aujourd'hui, par conséquent, lorsque l'effet de commerce dégénère en acte civil, la requalification de l'aval en cautionnement a toujours lieu... mais ce cautionnement est systématiquement nul⁸.

À ce premier obstacle lié à la forme, dont on a vu qu'il était à lui seul insurmontable, s'ajoutait en l'espèce un second obstacle, tenant au fond. L'effet de commerce auquel manque une mention d'une importance secondaire peut certes se muer en une reconnaissance de dette. Mais lorsqu'il manque comme ici rien de moins que la signature, la métamorphose n'est pas possible. L'effet reste infecté. On ne peut se contenter de lui reconnaître une moindre puissance. Sa valeur est nulle. À supposer, dès lors, qu'on envisage la requalification de l'aval qui l'accompagne en un cautionnement, ce cautionnement ne peut exister, faute d'un contrat principal valable, apte à lui servir de support.

Règles de fond et de forme convergeaient donc, en l'espèce, pour anéantir la sûreté. Voici comment l'on pouvait résumer la situation catastrophique de la banque, privée tout à la fois de son action contre la société et contre sa dirigeante. Il est vrai que le droit cambiaire ne prête son puissant concours qu'à qui est prêt à réaliser un examen minimal : celui de la validité formelle de l'acte qui lui est présenté. L'établissement de crédit avait fait preuve, sur ce point, d'une véritable légèreté. Il reste que la punition s'annonçait rude.

Mais c'était sans compter sur l'agacement des juges du fond, face à une dirigeante sociale sur le point de se tirer d'affaire à trop bon compte. Les magistrats de la cour d'appel de Paris estimèrent que : « [...] la mention manuscrite

1. Cass. com. 18 juin 2013, n° 12-18890 : *Gaz. Pal.*, 10 oct. 2013, p. 18, obs. D. Houtcieff ; *JCP G*, 2013, 260, note G. Mégret ; *RLDC*, sept. 2013, p. 35, obs. C. Gijssbers ; *RLDC*, oct. 2013, p. 30, obs. I. Riassetto ; *LEDC*, 4 sept. 2013, p. 3, obs. S. Pellet ; *Bull. Joly Soc.*, 2013, p. 540, obs. J.-F. Barbière ; *Banque et Droit*, juill.-août 2013, p. 40, obs. N. Rontchevsky ; *RTD civ.*, 2013, p. 653, obs. P. Crocq ; adde J.-D. Pellier, « L'obligation du porte-fort de l'exécution », *D.*, 2013, p. 2561.

2. Pour un autre exemple récent, V. Cass. 1re civ., 16 avr. 2015, n° 14-13694 et nos obs. *Banque et Droit*, juill. 2015, n° 162, p. 75.

3. *D. actu*, 23 sept. 2015, obs. X. Delpech ; *JCP G*, 2015, 1169, note D. Legeais.

4. Par ex. Cass. com. 5 juin 2012, n° 11-19627 : *Banque et Droit* n° 144, juill. 2012, p. 43.

5. L'art. L. 511-21 C. com., al. 4, dispose ainsi que l'aval « [...] est exprimé par les mots "bon pour aval" ou par toute autre formule équivalente [...] ».

6. Art. 1326 C. civ. : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

7. Par ex. Cass. com. 29 janv. 1991, n° 89-14162.

8. C'est très précisément ce qui a été jugé par Cass. com. 5 juin 2012, précité.

d'aval accompagnée de sa signature a été apposée par Madame X., qui est la gérante de la société Ital Fruit France, pour obtenir le renouvellement du crédit de campagne de 100 000 euros accordée (sic) à sa société par le Crédit du Nord, chaque mois depuis 46 mois [...]; qu'elle constitue un engagement personnel de sa part, par lequel elle promet au Crédit du Nord que la société, qu'elle dirige, payera sa dette à l'échéance convenue [...]; qu'elle s'est ainsi portée fort de l'engagement pris par la société Ital Fruit France et s'est engagée accessoirement à satisfaire l'engagement principal, si la société n'y satisfait pas conformément aux dispositions de l'article 1120 du Code civil; que cet engagement pris par le dirigeant de l'entreprise, qui sait ce qu'il fait et pourquoi il le fait, n'est soumis à aucun formalisme particulier [...] »⁹.

En décrivant un dirigeant social « qui sait ce qu'il fait et pourquoi il le fait », la cour d'appel de Paris met à distance la technique juridique, l'espace d'un instant, et revient à des considérations fondamentales : un dirigeant social, qui a l'expérience des affaires, qui donne un consentement éclairé, qui signe une promesse de payer si le débiteur principal ne le fait pas, devrait avoir l'obligation de tenir parole. Ce résultat très simple, le droit des sûretés personnelles, l'homme malade du droit privé, échoue souvent à le fournir. Mais la technique ne peut être tenue à distance bien longtemps, et il faut aux magistrats parisiens présenter les voies par lesquelles ils entendent sauver cet aval qu'on croyait condamné. Qu'à cela ne tienne : ils acceptent l'argumentation développée par les conseils de la banque, et le qualifient de porte-fort d'exécution.

L'article 1120 du Code civil est connu depuis longtemps de la pratique, notamment notariale. Il permet à une personne de passer un contrat au nom d'autrui sans en avoir le pouvoir, mais en jurant que le pseudo-représenté viendra plus tard ratifier, consolider la convention conclue pour lui. On parle alors de porte-fort de ratification. Depuis son arrêt précité de juin 2013, la Chambre commerciale de la Cour de cassation admet également un autre usage du porte-fort. Il s'agit ici de promettre qu'un contrat déjà formé par ailleurs sera parfaitement exécuté. En cas de défaillance du débiteur principal, le promettant n'est pas substitué à lui comme une caution : il engage sa responsabilité civile contractuelle, ce qui mobilise un régime juridique supposé très différent.

Que cette sûreté fonctionne différemment du cautionnement, on peut le concevoir. Mais faut-il qu'elle soit robuste pour qu'en l'espèce, l'aval dégénère en un porte-fort efficace, là où un cautionnement s'effondrait sous l'assaut conjugué de règles de forme et de fond ?

Envisageons d'abord les règles de forme applicables au porte-fort. Il est certain que les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation n'en font pas partie : leur champ d'application est expressément limité au cautionnement. L'un des très multiples reproches que l'on peut adresser à la loi Dutreil est d'avoir entièrement perdu de vue la possibilité de stipuler des sûretés personnelles alternatives. Peut-on valablement contourner cette législation d'ordre public ? La question avait animé la doctrine il y a quelques années à propos des garanties autonomes :

la voici de retour. La réponse est malaisée. Le droit des entreprises en difficulté a intelligemment réagi, qui fait référence aux garants personnels de manière générale¹⁰. Le droit civil et le droit de la consommation accusent un important retard en la matière. Admettons que le porte-fort d'exécution puisse échapper au droit consommériste des mentions manuscrites. Faut-il au moins qu'il se soumette à l'article 1326 du Code civil ? Non ! La Chambre commerciale a clairement jugé en 2013 : « Vu les articles 1120 et 1326 du Code civil ; Attendu qu'il résulte du premier de ces textes, que l'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que le second ne lui est pas applicable [...] »¹¹. Le porte-fort, nous dit-on, est tenu d'une obligation de faire. De faire quoi ? De rapporter, selon les cas, la ratification ou l'exécution qu'il a promise. Il doit faire en sorte qu'elle adienne. Puisqu'il ne s'engage pas à payer, il échappe à la formalité du « bon pour ». C'est ainsi que les juges du fond ont estimé que l'engagement du porte-fort d'exécution « n'est soumis à aucun formalisme particulier ». Mais c'est une chose de ne pas exiger l'utilisation de termes sacramentels – notamment l'utilisation des mots « se porter fort » – pour donner naissance à cette garantie. C'en est une autre de découvrir cette sûreté dans n'importe quelle formule – ici, « bon pour aval ». Le risque est de voir des porte-fort partout.

Envisageons ensuite les règles de fond applicables au porte-fort. Le contrat de base, ici l'effet de commerce, était nul. Le caractère accessoire du cautionnement l'empêche, en toute hypothèse, de survivre au contrat principal. Le porte-fort présenterait-il un degré d'indépendance supérieur ? Devrait-on y voir une manière de garantie autonome ? La réponse à cette dernière question est clairement négative. Une garantie autonome à première demande est une somme abstraitement fixée, qui doit être versée par le garant – qui est en pratique toujours une banque – sur un simple claquement de doigts du bénéficiaire. Le porte-fort d'exécution a pour effet d'indemniser le bénéficiaire en cas de défaillance du débiteur principal : pour cela, il faut qu'il puisse justifier d'un préjudice et le chiffrer. Le fonctionnement des deux sûretés diffère du tout au tout. S'agissant de la réaction de la garantie à la nullité du contrat de base, le raisonnement habituellement mené par les juristes français, s'agissant du porte-fort d'exécution est même le suivant. Le porte-fort promet qu'un certain contrat sera exécuté ; si ce contrat de base est nul, il disparaît rétroactivement ; l'obligation du porte-fort se retrouve privée d'objet *ab initio* ; elle est donc elle-même nulle. Le doyen Simler va jusqu'à demander : « Qui pourrait douter un seul instant que l'obligation du porte-fort survivrait à une extinction de la dette par prescription, compensation, confusion ou même par novation, toutes exceptions sans incidence sur une garantie autonome ? »¹². L'indépendance de cette sûreté, dans la conception française, est donc très limitée. En l'espèce, muer l'aval en porte-fort ne permettait donc pas de le sauver.

9. Nous soulignons.

10. Par ex. : art. L. 611-10-2 C. com.

11. Arrêt précité du 18 juin 2013.

12. P. Simler, note ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, préc., p. 317.

Si l'on résume ce qui précède, rien n'indiquait que les parties avaient entendu conclure un porte-fort, et il semble au contraire évident que cette qualification avait été mobilisée pour de purs motifs d'opportunité. On espérait sauver ainsi la garantie. Mais même si l'on accepte l'artifice de qualification, le régime juridique n'est pas celui qui était espéré. Il n'est donc pas surprenant que la Cour de cassation condamne l'ensemble de l'opération de sauvetage initiée par les magistrats parisiens, d'une sobre formule : « [...] l'aval d'un effet de commerce irrégulier en raison d'un vice de forme est lui-même nul et ne vaut pas promesse de porte-fort [...] ».

Incompatible avec la vision française du porte-fort, le raisonnement de la cour d'appel de Paris n'était pourtant pas absurde. Il correspond seulement à une conception suisse du mécanisme. Sous la plume d'un éminent auteur helvète, on lit ainsi : « [...] le porte-fort est en principe indépendant de la prestation promise et ne suppose donc pas, notamment, un contrat valable entre le stipulant et le tiers. Il subsiste ainsi lorsque l'engagement du tiers est entaché de nullité pour vice de forme ou de la volonté, incapacité ou simulation »¹³. Un réflexe paresseux, pour le juriste français, consisterait à hausser les sourcils et à imputer cette solution à des particularités du droit suisse des obligations ou du cautionnement, qui ne se retrouveraient pas dans notre pays. L'explication n'est pourtant pas là.

Dans une précédente chronique¹⁴, nous avons présenté les théories d'un auteur non pas suisse mais français, Jean Boulanger, qui révèle admirablement la véritable nature du porte-fort. Dire que le porte-fort « promet » une ratification ou une exécution par une tierce personne est un abus de langage. Le tiers est autonome, et fait ce qu'il veut. De fait, le porte-fort peut essayer d'exercer une influence sur lui, mais s'il n'en a pas les moyens, s'il ne le veut pas, ou s'il échoue, cela ne change rien : seul compte le résultat, qui peut fort bien échapper totalement à sa volonté. Le porte-fort pourrait ne même pas connaître le débiteur principal, la validité de la sûreté ne serait en rien altérée. Dès lors, l'analyse la plus rigoureuse, relève Jean Boulanger, consiste à dire que le porte-fort assume un risque : le risque que l'opération ne se dénoue pas de la manière qui était espérée¹⁵. La suite du raisonnement, pour être vertigineuse, n'en est pas moins limpide. Le porte-fort n'est qu'un cousin civiliste, et appliqué à une opération isolée, du contrat d'assurance. Je peux me porter fort que la maison de Paul ne brûlera pas : si elle brûle, dire que j'ai manqué à ma parole, violé ma promesse, est absurde. Dire que le risque s'est réalisé et que je dois exécuter une prestation est cohérent. Imaginons alors que je me porte fort que Pierre repeindra entièrement la façade de la maison de Paul. Quelles raisons ai-je de penser que cet événement va se produire ? Il n'est pas nécessaire de le dire. Peut-être sais-je que Pierre a l'intention de réaliser cette prestation de manière bénévole. Il est alors possible de garantir

Paul contre un changement d'avis de son bienfaiteur. Peut-être sais-je qu'ils vont conclure un contrat d'entreprise. Si le contrat n'est pas conclu, le risque se réalise. S'il est conclu mais qu'il est nul, le risque se réalise. S'il est valable mais qu'il n'est pas exécuté, le risque se réalise. Dans tous ces cas, en effet, Pierre ne repeint pas la façade de Paul.

Dans la conception assurantielle du porte-fort, dit autrement, il est tout à fait envisageable de s'engager sans considération aucune pour la présence ou la validité d'obligations juridiques entre les parties. C'est sans doute ce que voulaient dire les magistrats parisiens : pour eux, la dirigeante sociale s'était engagée à un pur résultat. Mais qui peut le plus peut le moins : dans la conception suisse du porte-fort, il est loisible au promettant de réduire la voilure, et de couvrir uniquement le risque d'inexécution d'une obligation valable. On comprend alors pourquoi un auteur suisse écrivait, dès la fin du XIX^e siècle : « Le cautionnement est une espèce de promesse de porte-fort, celle par laquelle une personne garantit l'exécution de l'obligation d'un tiers [...] »¹⁶. Parmi l'ensemble très vaste des risques susceptibles d'être couverts, il existe un sous-ensemble beaucoup plus étroit constitué par les risques de crédit. La figure générale – le porte-fort – entre alors directement en conflit avec la figure spéciale – le cautionnement. Ce conflit n'a pas été identifié en France, et encore moins résolu, car le législateur de 1804 ne connaissait que l'assurance maritime, absolument pas le concept général de couverture de risque, et encore moins son application au risque de crédit. Il ne pouvait donc s'inquiéter de rien, au moment où il mettait en place le cautionnement¹⁷.

On ne saurait résoudre la difficulté en cantonnant le porte-fort à la garantie des obligations de faire ou de ne pas faire, tandis que le cautionnement aurait le monopole des obligations en argent, ainsi qu'il est parfois suggéré¹⁸. Rien n'interdit de se porter fort du paiement d'une somme d'argent, ni de cautionner une obligation de faire¹⁹.

Pour se débarrasser d'un cautionnement qui n'en finit plus de décevoir, les magistrats parisiens ne seront pas les derniers à invoquer la puissance supposée du porte-fort. La doctrine, la Cour de cassation s'interrogent sur la manière d'organiser une coexistence pacifique entre les deux garanties, de donner à chacune son juste territoire. Cet objectif est un mirage. Cautionnement et porte-fort sont deux réponses techniques différentes à la même question, celle de la couverture du risque de crédit. Ce sont deux faces de la même pièce. La cohabitation n'a aucun sens. Éliminer une des figures au profit de l'autre ou bien les fusionner ; tout remettre à plat : c'est l'unique issue. À quand la réforme des sûretés personnelles ? ■

13. G. Scyboz, *Traité de droit privé suisse*, t. VII, 2, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Éditions universitaires de Fribourg, 1979, p. 18

14. Obs. sur Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2015, pourvoi numéro 14-13.694 : *Banque et Droit* n° 162, juill. 2015, p. 75.

15. J. Boulanger, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse Caen, 1933, n° 14.

16. A. Wavre, *Le porte-fort en droit fédéral*, thèse Neuchâtel, 1898, p. 55.

17. Sur toutes ces questions, nous renvoyons le lecteur à notre thèse de doctorat *Les garanties indemnitaires*, PUAM, 2014.

18. V. par ex. D. Legeais, note précitée ss. l'arrêt rapporté.

19. Le courant doctrinal qui admet la coexistence des deux sûretés, moyennant ce partage des types d'obligations, explique mal pourquoi on pourrait conclure une garantie présentée comme rigoureuse, le porte-fort, à l'appui des obligations de faire, tandis que le cautionnement, avec son cortège de dispositions protectrices impératives et son caractère accessoire renforcé, viendrait au secours des seuls débiteurs d'obligations en argent. Quelle est la logique ?

Garantie hypothécaire de la dette d'un tiers consentie par une SARL au profit d'une banque – Contrariété de la garantie à l'intérêt social – Nullité de la garantie (non).

Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28504 et n° 14-11028 (F-P+B) SCP X et MMA IARD et autres c/ Sté Clico Investment bank limited.

Il résulte des dispositions de l'article L. 223-18 du Code de commerce, lesquelles doivent être mises en œuvre à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 209/ 101/ CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, ayant codifié la première directive 68/ 151/ CEE du Conseil, du 9 mars 1968, que, serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers. Violent l'article 223-18 du Code de commerce l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour annuler la garantie hypothécaire constituée par une société à responsabilité limitée au profit d'une banque, relève que s'il n'est pas contestable que cette société a une communauté d'intérêts avec la société anonyme qui la détient à 100 %, et plus largement, avec le groupe A, aucune contrepartie directe n'est venue équilibrer son engagement de « caution » et ajoute que le terrain donné en garantie constitue son unique actif immobilisé et en déduit que cet acte est contraire à l'intérêt de la société à responsabilité limitée.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

La question de savoir si une société peut valablement consentir une sûreté pour garantir la dette d'un tiers, et en particulier la dette de l'un de ses associés, est très importante pour la pratique bancaire. Elle a suscité ces dernières années un contentieux abondant¹ et pas moins de trois arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation en moins d'un an. Le dernier en date, rendu le 12 mai 2015², mérite d'autant plus de retenir l'attention qu'il ne s'inscrit pas dans le prolongement de ses prédécesseurs quant à l'incidence de la contrariété de la garantie à l'intérêt social.

En l'occurrence, une banque a financé par un prêt l'acquisition d'une participation par une société anonyme (Caraiibes Investissements). Ce prêt a été garanti par deux hypothèques, la première étant consentie sur un hôtel par la société anonyme bénéficiaire du prêt, la seconde étant consentie sur un terrain attenant à l'hôtel par une société à responsabilité limitée (Batelière Investissement), filiale à 100 % de la société anonyme. La société anonyme et la société à responsabilité limitée ayant fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, la nullité des garanties hypothécaires a été demandée par le commissaire à l'exécution du plan de redressement. La cour d'appel de Fort-de-France a rejeté cette action en nullité en ce qui concerne la garantie hypothécaire consentie à la banque

par la société anonyme mais a prononcé la nullité de la garantie hypothécaire souscrite par la société à responsabilité anonyme, en retenant sa contrariété à l'intérêt social. Statuant sur le pourvoi formé à l'encontre de cette décision par le notaire ayant reçu l'acte de garantie hypothécaire annulé, la chambre commerciale de la Cour de cassation censure sur ce point la décision des juges du fond au visa de l'article L. 223-18 du Code de commerce, relatif aux pouvoirs du gérant de SARL à l'égard des tiers : « Attendu qu'il résulte de ces dispositions, lesquelles doivent être mises en œuvre à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 209/ 101/ CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, ayant codifié la première directive 68/ 151/ CEE du Conseil, du 9 mars 1968, que, serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers ; attendu que pour annuler la garantie hypothécaire constituée par la société Batelière investissement au profit de la banque, l'arrêt relève, par motifs adoptés, que s'il n'est pas contestable que cette société a une communauté d'intérêts avec la société Caraiibes investissements, qui la détient à 100 %, et plus largement, avec le groupe A, aucune contrepartie directe n'est venue équilibrer son engagement de « caution » ; qu'il ajoute, par motifs adoptés, que le terrain donné en garantie constitue son unique actif immobilisé ; qu'il en déduit que cet acte est contraire à l'intérêt de la société Batelière investissement ; attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Il ressort donc de cette décision de censure pour violation de la loi que la seule contrariété à l'intérêt social d'un engagement (garantie de la dette d'un tiers ou autre engagement) souscrit par le gérant d'une société à responsabilité limitée ne permet pas d'en prononcer la nullité. Cette solution marque un infléchissement important de la position de la chambre commerciale au regard de deux arrêts antérieurs relatifs à des affectations hypothécaires consenties par des sociétés civiles immobilières pour garantir la dette d'un associé. Elle n'est pas à l'abri de la critique, en droit (1.) et même en opportunité, sous l'angle de la sécurité juridique (2.), et invite les créanciers et les professionnels du droit à faire preuve de prudence en la matière (3.).

1. La Cour de cassation considère traditionnellement que la sûreté consentie par une société pour garantir la dette d'un tiers n'est valable que si elle entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre la société et la personne garantie ou si elle a été consentie à l'unanimité des associés³. Autrement dit, la sûreté doit respecter le principe de spécialité, en entrant, directement ou indirectement, dans l'objet social qui détermine la sphère d'activité de la société. Mais la souscription par une société d'une sûreté pour autrui, sans contrepartie, constituant un acte grave, pouvant mettre en péril son existence, des arrêts de la Cour de cassation ont jugé que la constitution de la sûreté devait aussi être conforme à l'intérêt social. Cette exigence de non-contrariété de la garantie à l'intérêt social est d'abord apparue

1. Cf. notamment la synthèse récente de M. Storck, Sûreté accordée par une SCI : l'exigence de non-contrariété à l'intérêt social, *Dr. sociétés* 2015, Étude 2 ; *adde* M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, 28^e éd., 2015, n° 1170 et 1226.

2. *Rev. sociétés* 2015, p. 515, note A. Viandier.

3. Cf. notamment Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2007, *Bull. civ.* 1, n° 345 ; Cass. com., 15 avril 2008, n° 06-18294 ; *Dr. sociétés* 2008, n° 26, note R. Mortier ; *adde* M. Storck, *art. préc.*, 1.

dans des arrêts non publiés au *Bulletin civil*, relatifs aussi bien à une société à responsabilité limitée⁴ ou à une société anonyme⁵ qu'à une société civile⁶. Elle a ensuite été très clairement affirmée par un arrêt de la troisième chambre civile du 12 septembre 2012⁷, puis par un arrêt très remarqué de la chambre commerciale en date du 23 septembre 2014⁸, concernant chaque fois une garantie constituée au profit d'une banque et engageant le seul bien d'une société civile immobilière⁹. Le premier a censuré, au visa de l'article 1849 du Code civil, un arrêt d'appel, qui avait jugé inopérantes les critiques relatives à l'intérêt social, en énonçant que « le cautionnement même accordé par le consentement unanime des associés n'est pas valide s'il est contraire à l'intérêt social ». Le second a approuvé pleinement une cour d'appel d'avoir annulé la garantie hypothécaire litigieuse en jugeant, dans un attendu de principe, que « n'est pas valide la sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle est contraire à l'intérêt social ; qu'il en est ainsi même dans le cas où un tel acte entre dans son objet statutaire ; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que l'immeuble donné en garantie du prêt consenti par la Caisse à M. X constituait le seul bien de la SCI, de sorte que cette dernière, qui ne tirait aucun avantage de son engagement, mettait en jeu son existence même, la cour d'appel a statué à bon droit ». L'idée sous-jacente est que la garantie de la dette d'autrui qui peut exposer la société à un risque affectant son existence même, doit présenter un intérêt pour son activité, en lui procurant un avantage, direct ou indirect. En d'autres termes, la sûreté pour autrui consentie par une société doit être causée¹⁰ et comporter une forme de contrepartie à son profit¹¹. Cette idée apparaît du reste encore dans un arrêt de la chambre commerciale (non publié au *Bulletin civil*) du 10 février 2015¹² qui a cette fois admis la validité de l'affectation hypothécaire du seul bien d'une société civile immobilière pour garantir une dette de sa société mère, au motif que l'acte n'était pas contraire à l'intérêt social dès lors qu'il s'inscrivait dans le processus de

sauvegarde des autres sociétés du groupe qui aurait été, à défaut, voué à l'échec.

En revanche, l'arrêt rapporté censure la décision des juges du fond, qui avaient retenu que la garantie hypothécaire consentie par une SARL était contraire à l'intérêt social dès lors qu'elle portait sur le seul actif immobilisé de la société et était dépourvue de toute contrepartie directe, en se fondant sur les dispositions de l'article L. 223-18 du Code de commerce, appliquées au regard de l'article 10 de la directive européenne n° 2009/101/CE du 16 septembre 2009. On rappellera ici que, pour assurer la protection des tiers, l'article L. 223-18, alinéa 5 du Code de commerce énonce que la société est engagée vis-à-vis d'eux « même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ». La chambre commerciale considère ainsi que la validité de la sûreté consentie au profit d'un tiers par le dirigeant d'une société relevant du champ de la directive européenne ne peut être remise en cause au seul motif qu'elle serait contraire à l'intérêt social, le tiers étant en droit de se fier à la fonction exercée par le dirigeant sans avoir à procéder à d'autres recherches. La chambre commerciale semble ainsi vouloir étendre à la contrariété à l'intérêt social les dispositions applicables en cas de dépassement de l'objet social. On relèvera encore que la Haute juridiction ne précise pas dans quelles circonstances particulières une convention conclue par le dirigeant en violation de l'intérêt social pourrait être annulée. On peut cependant imaginer qu'il devrait en aller ainsi au moins en cas de collusion frauduleuse entre le dirigeant et le cocontractant qui aurait connaissance de la contrariété de l'acte litigieux à l'intérêt social.

Cela étant, le fondement de la solution est contestable, car il repose sur une confusion entre l'objet social et l'intérêt social, que les décisions antérieures distinguaient bien soigneusement, à juste titre : un acte peut en effet être conforme à l'objet social (dans la mesure où il relève de l'activité de la société) mais violer l'intérêt social, notamment en exposant la société à un risque de disparition sans aucune justification sérieuse. À cet égard, l'article L. 223-18 du Code de commerce est inopérant car il concerne le dépassement de l'objet social et non la violation de l'intérêt social, qui est constitutive d'un détournement de pouvoir sanctionné par la nullité absolue de l'acte, quelle que soit la forme de la société¹³. En outre, la référence à l'article 10, § 1 de la directive européenne ne peut venir au secours de la solution, bien au contraire, puisque ce texte réserve expressément le cas où l'acte non seulement ne relève pas de l'objet social mais constitue aussi un dépassement de pouvoir du dirigeant¹⁴ : « La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes ». Or, la violation de

4. Cass. com., 17 décembre 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 104, note D. Randoux.

5. Cass. com., 13 novembre 2007, n° 06-15826, *RTD com.* 2008, p. 366, obs. P. Le Cannu et B. Dondero.

6. Cf. notamment Cass. com., 8 novembre 2011, n° 10-24438, *Rev. sociétés* 2012, p. 238, note A. Viandier.

7. *Bull. civ.* III, n° 121 ; D. 2012, p. 2166, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2012, p. 831, note D. Poracchia ; *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. Viandier.

8. *Bull. civ.* IV, n° 142 ; J.C.P.E 2014, 1651, n° 5, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. sociétés* 2014, p. 714, note A. Viandier ; *Gaz. Pal.*, 4 décembre 2014, n° 338, *Chronique de droit des sûretés*, p. 19, obs. M.-P. Dumont-Lefrand, qui relève à juste titre que la jurisprudence protège plus les personnes morales que les personnes physiques pour lesquelles elle ne se pose pas la question de savoir si elles retirent ou non un avantage de la garantie souscrite.

9. D'une manière générale, la Cour de cassation considère que les actes conclus en violation de l'intérêt social peuvent être annulés : cf. notamment Cass. com., 13 décembre 2005, R.J.D.A. 2006, n° 273 ; Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, avec la collaboration d'A. Fauchon, Dalloz, 19^e éd., 2016, n° 70 ; M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 295, a.

10. Cf. Ph. Dupichot, « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *Bull. Joly* 2015, p. 260, spéc. II, B.

11. On rappellera ici que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats supprime la notion de cause mais pose une exigence de contrepartie et prévoit (article 1167) qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

12. Cass. com., 10 février 2015, n° 14-11760, *Bulletin Joly* 2015, p. 234, note F. Danos.

13. Cf. *Rép. Civ.* Dalloz, V° Personnalité morale par G. Wicker, n° 31 ; M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 295, b.

14. Cf. A. Viandier, note préc. sous l'arrêt rapporté, n° 10.

l'intérêt social constitue bien un dépassement ou un abus de pouvoir du dirigeant qui ne devrait donc pas engager la société par un tel acte, et ce d'autant plus que l'intérêt social n'est pas exclusivement l'intérêt des associés mais aussi l'intérêt des créanciers sociaux dans les sociétés à risque limité¹⁵. La distinction opérée par l'arrêt rapporté entre les sociétés civiles (et les autres sociétés à risque illimité) et les sociétés à risque limité soumises à la directive européenne ne paraît donc pas justifiée dès lors que, quelle que soit la forme sociale¹⁶, un acte passé par un dirigeant en violation de l'intérêt social est entaché de nullité en application du droit commun des actes juridiques¹⁷. Contestable en droit, la solution de l'arrêt rapporté n'est pas non plus satisfaisante en opportunité.

2. Les décisions de la Haute juridiction retenant la nullité pour contrariété à l'intérêt social de sûretés consenties par des sociétés civiles immobilières peuvent être critiquées sous l'angle (i) de l'insécurité juridique en résultant pour les bénéficiaires de ces garanties et (ii) de l'affaiblissement du crédit des associés de ces sociétés¹⁸. Il n'est pas exclu que ces considérations puissent expliquer l'évolution opérée par la chambre commerciale aux termes de l'arrêt rapporté, qui renforce au premier abord la sécurité juridique en matière de garantie consentie par une société commerciale à risque limité. De ce point de vue, la solution paraît importante notamment pour la pratique des garanties dites *upstream* (garanties consenties par une société à

sa société mère) dans les groupes de sociétés. Mais la formule selon laquelle « la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité » d'un acte passé par un dirigeant d'une société soumise à la directive européenne n'exclut pas totalement cette sanction et laisse subsister des incertitudes et une insécurité préjudiciables au crédit. En outre et surtout, la distinction ainsi mise en œuvre entre les sociétés à risque illimité et les sociétés à risque limité est incohérente et dangereuse pour ces dernières car rien ne peut justifier de restreindre d'une manière générale leur protection, face un acte conclu par un dirigeant en violation de l'intérêt social, qui n'est pas assurée de manière aussi efficace par la responsabilité du dirigeant que par la nullité dudit acte. Aussi bien devrait-on unifier la règle en considérant que, *quelle que soit la forme de la société, l'acte conclu par un dirigeant en contrariété de l'intérêt social constitue un détournement de pouvoir justifiant la nullité de l'acte s'il est établi que le cocontractant de la société en avait connaissance ou ne pouvait pas l'ignorer, compte tenu des circonstances*. Telle est du reste la règle générale retenue, en matière de représentation, par le projet de réforme du droit des contrats dont l'article 1156 dispose : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ». En l'état, la souscription par une société d'une sûreté ou d'une garantie pour la dette d'autrui impose de prendre certaines précautions.

3. Pour réduire le risque de contestation, il peut être suggéré au bénéficiaire d'une garantie consentie par une société de justifier dans l'acte constitutif de l'intérêt de celle-ci, et plus précisément de l'avantage direct ou indirect retiré de son engagement¹⁹. S'agissant des rédacteurs d'acte, l'exercice du devoir de conseil doit les conduire non seulement à mettre en exergue ces justifications de la garantie mais aussi à rappeler les incertitudes concernant son efficacité. ■

15. Cf. M. Storck, *art. préc.*, n° 8 ; M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 1170, qui rappellent aussi que s'agissant des sociétés par actions et des SARL, l'usage par un dirigeant du crédit de la société dans un intérêt personnel constitue un abus du crédit social pénalement sanctionné (cf. art. L. 241-3, 4° et L. 242-6, 3° C. com.).

16. Il a été justement relevé que des arrêts antérieurs de la chambre commerciale avaient prononcé la nullité pour contrariété à l'intérêt social d'actes passés par une société soumise à la directive européenne (cf. A. Viandier, *note préc.* sous l'arrêt rapporté, n° 8). Mais il est vrai que les dispositions de la directive n'avaient pas été invoquées dans ces affaires (cf. notamment Cass. com., 13 décembre 2005, *préc.*).

17. Cf. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 291.

18. Cf. Ph. Dupichot, *note préc.*, II, B, *in fine*.

19. Cf. M. Storck, *art. préc.*, n° 8.