

# 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

### Article L. 341-2 C. conso – Mention manuscrite – Signature au-dessus de la mention – Paraphe en dessous de la mention – Nullité (non).

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-19.543, P+B.

Les juges du fond ont retenu que la mention manuscrite rédigée par la caution n'était pas conforme aux exigences de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, dès lors qu'elle figurait en dessous de la signature. En statuant ainsi, alors que la mention manuscrite, dont le texte était conforme aux dispositions du texte précité et qui figure sous la signature de la caution, est immédiatement suivie du paraphe de celle-ci, de sorte que ni le sens, ni la portée, ni, en conséquence, la validité de cette mention ne s'en est trouvée affectée, la cour d'appel a violé l'article L. 341-2 du Code de la consommation.

Commentaire d'Emmanuel Netter

Plus personne n'ignore que la mention manuscrite exigée par la loi de toute caution personne physique s'engageant envers un créancier professionnel peut souffrir de multiples défauts. Puisqu'il s'agit de recopier un texte long et complexe, l'étendue des malfaçons n'a pour bornes que la maladresse – ou le cynisme – des garants. Chaque variété d'erreur nouvelle appelle un arrêt de la Cour de cassation, et la désespérante litanie risque de nous accompagner bien des années encore.

Mais quand bien même la mention aurait été scrupuleusement relue par les préposés de l'établissement bénéficiaire, quand bien même on aurait traqué la moindre ponctuation déviante, la plus petite substitution de synonyme, tout danger n'est pas encore écarté : a-t-on bien vérifié la signature ? En se concentrant sur les détails, n'a-t-on pas occulté l'essentiel ? Signatures placées au-dessus de la mention, sur le côté, renvoyées d'un empla-

cement à l'autre de la feuille par une flèche dessinée à la hâte, combinaison d'une signature et d'un paraphe, paraphe seul, paraphe prenant la forme de simples initiales ou d'une signature en raccourci : l'arrêt rapporté nous invite à découvrir un nouvel univers de chicanes, où le droit s'auto-parodie jusqu'à l'absurde<sup>1</sup>.

Revenons tout d'abord au siège de tous les maux, l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Depuis que ce code a été réorganisé par une ordonnance de mars 2016<sup>2</sup> – ou désorganisé ? –, un certain nombre de textes ont été dédoublés : l'un des avatars recueille la règle, l'autre la sanction. Le texte précité devient ainsi, d'une part, l'article L. 331-1 C. conso. (la règle), d'autre part l'article L. 343-1 du même code (la sanction). Le nouvel article L. 331-1 dispose ainsi : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel **fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante** et uniquement de celle-ci [...] »<sup>3</sup>. L'article L. 331-2 exige une seconde mention pour les cautionnements solidaires : « Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution **fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante** [...] »<sup>4</sup>.

La loi donne donc deux ordres parfaitement clairs. Le premier : chacune de ces deux mentions appelle une signature. Le second : chacune de ces signatures doit se situer après la mention concernée. La Cour de cassation avait déjà désobéi à la première instruction, en

1. Sur cet arrêt, V. : D. 2016, p. 1926, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G, 2016, n° 46, doct. 1224, obs. P. Simler ; JCP E, 2016, 1569, obs. D. Legeais ; JCP E, 2016, 1587, obs. A. Salgueiro.

2. Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

3. Souligné par nous.

4. Idem.

jugeant que : « [...] ne contrevient pas aux dispositions d'ordre public de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, l'acte de cautionnement solidaire qui, à la suite de la mention prescrite par ce texte, comporte celle prévue par l'article L. 341-3 du même code, suivie de la signature de la caution [...] »<sup>5</sup>. L'arrêt rapporté donne à la Haute juridiction l'occasion d'ignorer le second commandement de la loi. En l'espèce, la mention obligatoire était encadrée par une signature – placée au-dessus d'elle au mépris du texte – et un paragraphe – qui, lui, était bel et bien situé au-dessous. La Cour de cassation décide que « la mention manuscrite, dont le texte était conforme aux dispositions du texte précité et qui figure sous la signature de la caution, est immédiatement suivie du paragraphe de celle-ci, de sorte que ni le sens, ni la portée, ni, en conséquence, la validité de cette mention ne s'en est trouvée affectée ».

Comme souvent, lorsqu'il s'agit d'appliquer cette loi médiocre, on est tenté d'excuser le caractère *contra legem* de la décision en soulignant l'opportunité du résultat. Préserver un semblant de sécurité juridique dans le droit du cautionnement justifierait que l'on bousculât la hiérarchie des sources du droit. Encore faudrait-il que la sécurité juridique soit au rendez-vous. Hélas, on peut en douter. En situant cet arrêt parmi les décisions antérieures de la Cour de cassation, on peine à placer précisément la limite entre l'acte valable et celui qui ne l'est pas.

Ainsi, il avait été jugé en 2013 que si la caution signe sous la partie dactylographiée de l'acte, puis qu'elle recopie plus bas la mention manuscrite sans signer à nouveau (ni parapher), l'engagement est nul<sup>6</sup>. Si la solution était dictée par un respect scrupuleux de la loi, on ne trouverait rien à y redire. Mais l'arrêt rapporté écarte cette hypothèse. S'agissant du contenu de la mention, il y a plusieurs années que la Cour de cassation s'autorise à conduire un contrôle de la gravité du manquement à la loi, contrôle qui porte sur le « sens » et la « portée » de la mention. Nous savons à présent qu'un contrôle du même ordre – aussi incertain quant à ses méthodes, aussi aléatoire quant à ses résultats – portera sur la question de la signature. Or, si l'on s'affranchit des exigences légales pour rechercher, sur les plans psychologique ou cognitif, l'adhésion de la caution à la mention, la signature n'est plus qu'un simple indice. Dès lors, le fait d'avoir apposé sous la mention un simple paragraphe ne semble plus rédhibitoire, car quelle signification pourrait-on bien lui donner, si ce n'est une approbation ? C'est l'arrêt rapporté. Mais on peut aller plus loin dans cette logique et remettre en cause la jurisprudence de 2013 : puisque l'acte a été signé, fût-ce au-dessus de la mention ; puisque la mention est, par hypothèse, entièrement manuscrite ; puisque la caution a remis l'acte ainsi complété au bénéficiaire,

peut-on sincèrement douter de son adhésion à l'entier contenu du contrat, en ce inclus le passage qu'elle a mis 15 minutes à recopier mot à mot à partir d'un modèle ? La réponse, nous semble-t-il, n'a rien d'évident. La brutalité de la solution légale pouvait heurter. Le flou de la solution jurisprudentielle peut inquiéter.

Admettons que la désobéissance à la loi soit néanmoins assumée. Il est certain que cela attisera le contentieux, une fois de plus. Mais un contentieux de cette nature ne devrait pas parvenir jusqu'au Quai de l'Horloge. Que l'on ouvre la voie à un contrôle du caractère suffisant de la signature ou du paragraphe, alors que la loi l'interdit, c'est une chose. Que ce contrôle n'ait pas été délégué aux juges du fond en est une autre.

En effet, à côté des hypothèses déjà examinées d'une mention signée « au-dessus », avec ou sans paragraphe au-dessous, toute une gamme de désordres se rencontre en pratique. La Cour de cassation avait ainsi été confrontée, il y a quelques mois, à une signature qu'il était matériellement impossible d'apposer à l'endroit prévu par le législateur, car une mention dactylographiée « informatique et libertés » monopolisait l'espace disponible. La signature avait été déplacée, et le procédé avait été validé<sup>7</sup>. Autre exemple d'imperfection : une cour d'appel a été confrontée à un agencement de la mention manuscrite et de la signature a priori incorrect, mais qui avait été rectifié par l'emploi d'un curieux procédé. La caution avait fait figurer une accolade à côté de la mention manuscrite, d'où partait une flèche, pointant vers l'endroit où aurait normalement dû se trouver le texte. Le procédé a été admis<sup>8</sup>. Imagine-t-on la Cour de cassation se prononcer sur un tel cas de figure ? Pire : dans un cas qui semble au premier abord similaire à celui de l'arrêt rapporté, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a annulé un cautionnement, en mobilisant une argumentation collant intimement aux circonstances de l'espèce<sup>9</sup>. Un paragraphe avait été apposé sous la mention manuscrite, et l'acte comportait ailleurs une signature complète. La cour d'appel affirme que « Le paragraphe est une signature abrégée qui peut, selon les circonstances, valoir signature ». Pourquoi, dans ce cas, ne pas consacrer la validité de l'acte ? Parce que « [...] l'acte porte des paraphes identiques en page 1 et en page 2, au même emplacement qu'en page 3, dans la partie gauche, et à la même hauteur, au-dessus de la dernière ligne pré-imprimée. Il en résulte que, même si elles l'ont été à l'intérieur du cadre "réserve à la caution", les initiales apposées par le dirigeant en page 3 expriment seulement la volonté de parapher l'acte à chaque page et non d'apposer sa signature sous la mention manuscrite [...] ».

N'est-il pas manifeste, dans un cas comme celui-ci, que le travail à mener doit être confié aux juges du fond<sup>10</sup> ? Soit l'on décide de respecter la loi, et toute mention qui n'est pas suivie d'une signature doit être sanctionnée par

5. Cass. com. 2 oct. 2012, n° 11-24.460 ; RD. banc. et fin., 2012, n° 182, obs. D. Legeais ; RDC 2013, 1002, obs. A. -S. Barthez.

6. Cass. com. 17 sept. 2013, n° 12-13.577 ; D. 2013, 2220, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.*, 2014, pan., 2146, obs. D. R. Martin ; RDI, 2013, 585, obs. H. Heugas-Darraspen ; JCP E, 2013, 1573, note D. Legeais ; CCC 2013, n° 276, obs. G. Raymond ; Dr. et patr., févr. 2014, 59, obs. P. Dupichot ; RD banc. fin. 2013, n° 194, obs. A. Cerles. Dans le même sens : Cass. com. 1<sup>er</sup> avr. 2014, n° 13-15.735.

7. Cass. com. 28 juin 2016, n° 13-27245, inédit.

8. CA Lyon 6 sept. 2012, n° 10/07918 ; RD. banc. et fin. 2012, n° 181, obs. A. Cerles.

9. CA Aix-en-Provence 24 mars 2016, n° 14/14819, *Juris-Data* n° 2016-007034.

10. En ce sens : D. Legeais, obs. préc., qui déplore « [...] une interprétation *contra legem* qui conduit la Cour de cassation à se transformer en juge du fond [...] ».

la nullité de l'acte, soit la Cour de cassation se place au-dessus du Code de la consommation, et modifie ouvertement la règle, en décidant simplement qu'une preuve suffisante de ce que la caution a adhéré au contenu de la mention manuscrite doit être rapportée. Dans cette seconde hypothèse, un pouvoir souverain d'appréciation devrait être reconnu aux juges du fond, la Haute juridiction vérifiant simplement qu'ils ont suffisamment motivé leur décision. À se préoccuper d'accolades, de flèches, de mentions dessus, dessous ou sur le côté, la Cour de cassation donne le sentiment de s'abaisser, au moment même où elle aspire à s'élever au rang de vérifiable « Cour suprême ».

Toutefois, l'idée de déléguer ce contrôle aux juges du fond n'est pas à l'abri de toute critique. Le risque est connu : la même signature mal placée serait fatale à Amiens mais valable à Colmar – ou l'inverse.

Si l'on est mal à l'aise pour désigner le juste attributaire de ces missions, c'est parce qu'elles consistent à violer la loi. Démêler ce qui relève du juge du droit et du juge du fait est déjà, d'ordinaire, une question délicate. Mais il ne s'agit pas ici d'interpréter la loi obscure, et d'imposer cette interprétation uniforme à travers le pays : la tâche reviendrait sans conteste à la Cour de cassation. Il s'agit de juger en marge de la

loi, et même contre la loi. N'occultons pas cependant que le législateur, par son inconséquence d'abord, par son inertie ensuite, a poussé les hauts magistrats à se détourner de lui.

Chacune ou presque de nos chroniques relatives aux mentions manuscrites s'achève par un appel à la réforme. Las ! Le dernier signal envoyé par le pouvoir normatif, sous la forme de l'ordonnance précitée du 14 mars 2016, qui a refondu la partie législative du Code de la consommation, est désastreux. Nous disions plus haut que l'ancien article L. 341-2 s'était dédoublé en un texte relatif à la règle, et un autre relatif à la sanction. Le second, l'article L. 343-1 du Code de la consommation, comporte un renvoi erroné de sorte que, théoriquement, la violation de l'exigence relative à la mention manuscrite n'est plus assortie d'aucune sanction – du moins pour les cautionnements conclus après l'entrée en vigueur du texte<sup>11</sup>. ■

Le droit du cautionnement sera-t-il un jour traité avec le sérieux qu'il mérite ? ■

11. Le texte dispose : « Les formalités définies à l'article L. 333-1 sont prévues à peine de nullité. » C'est l'article L. 331-1 qu'il fallait viser. Le professeur P. Crocq avait relevé les différentes malfaçons du texte dans sa chronique de droit des sûretés : D. 2016, p. 1955.

## **Cautionnement des concours consentis par une banque – Cession de créances professionnelles (Dailly) – Absence de notification aux débiteurs cédés – Paiement entre les mains du cédant – Article 2314 du Code civil – Bénéfice de subrogation – Perte d'un droit préférentiel (non).**

Cass. com. 2 nov. 2016, n° 15-18.638, FS-P+B+I.

**Lorsqu'un établissement de crédit, cessionnaire d'une créance professionnelle, s'abstient de notifier la cession au débiteur cédé, la caution qui invoque la subrogation dans les droits du cessionnaire ne justifie pas de la perte d'un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance et n'est, dès lors, pas fondée à se prévaloir des dispositions de l'article 2314 du Code civil.**

Commentaire de François Jacob

Ces dernières années, la Cour de cassation a souvent fait de l'article 2314 du Code civil des applications très sévères<sup>1</sup>. Un arrêt rendu par la chambre commerciale le 2 novembre 2016 montre que la solution favorable aux cautions ne l'emporte pourtant pas toujours, même lorsqu'elle pouvait paraître annoncée. La décision réjouira les créanciers.

En l'espèce, une société cède par bordereau Dailly un certain nombre de ses créances à la banque qui lui apporte ses concours. Deux des créances cédées ne sont pas payées par leur débiteur ou prétendu tel (l'un contestait l'existence de la dette ; l'autre affirmait l'avoir réglée déjà au cédant). La société cédante est mise par ailleurs en liquidation judiciaire. La banque se tourne alors vers le gérant de cette société, qui en est aussi la caution.

Poursuivie en paiement, cette caution entreprend de se défendre en demandant sa décharge par application de l'article 2314 du Code civil. L'argument consiste à faire valoir que la banque cessionnaire des créances, en ne notifiant pas la cession aux débiteurs cédés, « avait nui à ses intérêts en qualité de caution ». La cour d'appel de Paris, cependant, rejette cette défense, en soulignant que la loi ne fait pas obligation au cessionnaire de notifier la cession. Un pourvoi est formé. La caution y prétend que les juges du fond auraient dû rechercher si la faculté de notifier ne devient pas impérative en présence d'une caution dont les droits doivent être préservés. Mais la Cour de cassation ne se laisse pas convaincre. Selon elle, « lorsqu'un établissement de crédit, cessionnaire d'une créance professionnelle, s'abstient de notifier la cession au débiteur cédé, la caution qui invoque la subrogation dans les droits du cessionnaire ne justifie pas de la perte d'un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance et n'est, dès lors, pas fondée à se prévaloir des dispositions de l'article 2314 du Code civil ».

À vrai dire, il était arrivé déjà à la Cour de cassation de rejeter les demandes de cautions cherchant, dans de semblables circonstances, à obtenir leur libération sur ce fondement de l'article 2314 du Code civil. En 1997,

1. Code civil, art. 2314 : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

ça lui était arrivé précisément deux fois, coup sur coup : une première fois dans un arrêt de la première chambre civile, et une seconde fois dans un arrêt de la chambre commerciale. Dans l'arrêt de la première chambre civile, rendu le 30 septembre 1997<sup>2</sup>, la Cour de cassation expliquait à peu près la même chose que dans l'arrêt qui nous intéresse, à savoir que l'article 2314, qui était alors un article 2037 du Code civil, « ne peut recevoir application qu'en présence de droits qui comportent un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance », considération qui conduisait à la censure des juges du fond qui, pour leur part, avaient cru pouvoir prononcer la décharge en retenant que « si elle avait notifié la cession, la banque aurait eu la certitude d'obtenir le paiement de la part d'un débiteur solvable ». Dans l'autre arrêt, rendu par la chambre commerciale le 18 novembre 1997<sup>3</sup>, la Cour de cassation jugeait que le créancier bénéficiaire d'un cautionnement qui se fait céder des créances professionnelles par son débiteur en application de la loi dite « Dailly » ne commet tout simplement pas de faute au sens de l'article 2314 du Code civil en omettant de notifier cette cession aux débiteurs cédés puisque, faisait valoir la Cour de cassation, la notification des cessions de créances réalisées par bordereau Dailly est une simple faculté pour la banque<sup>4</sup>. Ainsi, quelle que soit la façon dont on abordait le problème, la porte paraissait alors bel et bien fermée.

Pourtant on pouvait penser que la solution du refus d'appliquer ici l'article 2314 du Code civil ne pourrait plus être aujourd'hui reconduite, et ce pour deux raisons au moins.

La première est qu'il est désormais entendu que les droits que le créancier doit préserver s'il veut éviter la décharge de la caution doivent être compris de façon très large<sup>5</sup>. Ces droits sont de toutes sortes ; au contraire d'authentiques sûretés, ils ne confèrent même pas toujours un avantage véritablement « particulier » au créancier. Par exemple, on sait que le simple droit de participer à la répartition des dividendes à verser au cours d'une procédure collective est (fort légitimement) de ceux qui doivent être préservés, de sorte que le créancier dont le débiteur est failli et qui néglige d'effectuer la déclaration de droits que la loi exige alors de lui encourt la sanction prévue par le texte dont on parle. Au fond, tous les droits qui peuvent être utiles au créancier, tous ces droits qui pourront contribuer à son désintéressement doivent être ainsi préservés. De fait, le critère du droit « préférentiel », mal défini, et auquel la loi ne renvoie d'ailleurs pas, mais sur lequel la Cour de cassation semble continuer de vouloir s'appuyer ici, a dernièrement beaucoup perdu en force.

L'autre raison est qu'il est désormais également à peu près acquis que le non-exercice d'une simple faculté peut

relever de l'application de 2314 du Code civil. Quoique certaines des décisions auxquelles on renvoie parfois aient été quelque peu surinterprétées, plusieurs arrêts montrent tout de même cela très bien, rendus maintenant par différentes chambres<sup>6</sup>. C'est bien sûr particulièrement le cas de ceux qui semblent admettre que le créancier bénéficiaire d'un gage et d'un cautionnement doit toujours faire de l'attribution judiciaire de son gage (donc de la solution de la datation en paiement) un préalable à la recherche de la garantie due par la caution<sup>7</sup>. Mais c'est aussi le cas de cet arrêt qui juge que le créancier commet une faute relevant de la décharge de l'article 2314 lorsque, préoccupé par les inconvénients que cela pouvait comporter pour lui, il néglige de se prévaloir de la cession de créance conditionnelle (de loyers) qu'il aurait été en droit de mettre en œuvre, privilégiant la vente amiable de l'immeuble financé par le prêt garanti (vente qui ne suffira finalement pas au désintéressement du créancier, qui devra donc actionner la caution)<sup>8</sup>. Le commentaire de ce dernier arrêt d'ailleurs, dans ces colonnes, nous conduisait à pronostiquer l'abandon de la solution de 1997 précisément<sup>9</sup>, à partir du constat que le contexte avait fortement évolué, qu'une forme de solidarisme contractuel imprégnait désormais le droit du cautionnement. La solution de 1997 pourtant est reprise et le pronostic déjoué, par cet arrêt du 2 novembre 2016 qui paraît aller à contre-courant.

Que cet arrêt paraisse aller à contre-courant n'est certes pas fâcheux en soi. Le solidarisme contractuel tel qu'il se manifeste en la matière a des résultats excessifs, puisqu'il impose au créancier d'élaborer des stratégies qui ne seront plus dictées par ses intérêts propres, même légitimes, mais avant tout par ceux de son éventuelle caution, dont il faudrait préserver absolument, non seulement le recours subrogatoire d'ailleurs, mais aussi les chances de ne pas payer ou de payer moins. La motivation de l'arrêt laisse cependant dubitatif. La Cour de cassation juge que « [l]orsqu'un établissement de crédit, cessionnaire d'une créance professionnelle, s'abstient de notifier la cession au débiteur cédé, la caution qui invoque la subrogation dans les droits du cessionnaire ne justifie pas de la perte d'un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance... ». Mais on se demande. Le cessionnaire d'une créance est titulaire sur cette créance d'un droit de propriété dont le transfert joue assurément ici à son profit un rôle de garantie. Ce transfert contribue à assurer le remboursement des montants dont la banque cessionnaire lui a fait l'avance ou d'un crédit quelconque, montants dont le cédant reste

2. JCP G 1998, doct. 103, n° 43, obs. Ph. Simler.

3. Bull. civ. IV, n° 293 ; D. 1998, somm. p. 140, obs. A. Bénabent.

4. Un autre arrêt de la chambre commerciale, rendu le 11 décembre 2001, statuant d'ailleurs dans le même sens (v. D. 2003, somm. p. 342, obs. D. R. Martin).

5. V. par exemple Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2015, n° 855 s., spécialement n° 858 à 860.

6. V. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 866.

7. V. Cass. com. 13 mai 2003 : Bull. civ. IV, n° 73 ; D. 2003, AJ p. 1629, obs. V. Avena-Robardet (2<sup>e</sup> esp.) ; D. 2004, somm. p. 52, obs. P.-M. Le Corre (2<sup>e</sup> esp.) ; Defrénois 2004, p. 889, obs. J. Honorat ; Petites Affiches 24 nov. 2003, note D. Houtcieff. Adde : Cass., ch. mixte, 10 juin 2005 : JCP G 2005, II, 10130, note Ph. Simler ; JCP E 2005, p. 1088, note D. Legeais ; Banque et Droit juill.-août 2005, p. 63, obs. F. Jacob.

8. V. Cass. com. 3 mai 2006 : D. 2006, p. 1693, note D. Houtcieff ; JCP E 2006, p. 2061, note D. Legeais ; RLDC 2006/30, obs. Ph. Delebecque ; Banque et Droit juill.-août 2006, p. 51, obs. F. Jacob.

9. Faisant le même pronostic alors, v. Ph. Delebecque, observations précitées.

bien évidemment redevable<sup>10</sup>. Il est difficile de ne pas voir que le cessionnaire bénéficie après transfert d'un avantage particulier. Certes la notification de la cession n'en conditionne pas la validité, et la créance n'est pas perdue (elle continue d'exister) lorsque le cessionnaire néglige d'en notifier la cession. Cependant seule la notification empêche le débiteur cédé d'effectuer encore un paiement libératoire auprès du cédant<sup>11</sup>. En l'absence de notification, au contraire, en payant entre les mains du cédant, le cédé se libérera, valablement. La créance contre lui, dont la propriété constituait la garantie, se trouvera par hypothèse éteinte, comme sera évidemment

perdu le droit pour le cessionnaire d'attendre encore un paiement du débiteur cédé, droit sur lequel la caution pouvait pourtant compter, pour éviter d'avoir à faire face elle-même à une demande en paiement naturellement, mais aussi dans le cadre de l'exercice ultérieur, pour son remboursement, et par subrogation, des droits et actions appartenant au créancier...

Aussi bien, l'attendu principal s'explique assez mal. Mais la Cour de cassation n'aura sans doute pas voulu allonger la liste déjà longue des abstentions qui peuvent être reprochées au créancier. Tout aussi vraisemblablement, dans l'intérêt du remarquable instrument de crédit que constitue le « Dailly », elle n'aura pas voulu que la notification susceptible d'être adressée par le cessionnaire aux débiteurs cédés prenne, même de fait, un caractère un tant soit peu obligatoire. ■

10. V. C. mon. fin., art. L. 313-24.

11. La simple connaissance que le débiteur cédé pouvait avoir de la cession ne suffit pas : il peut avoir été convaincu que le cédant avait mandat de recouvrement, comme c'est du reste généralement le cas.

## Gage – Modification en période suspecte – Conditions de validité – Examen de la nature et de l'assiette du gage.

Cass. com. 27 sept. 2016, n° 15-10421, Sté Natixis c/ SELARL Mandon ès qual., F-P+B.

**Est nul de plein droit toute hypothèque ou tout gage ou nantissement constitué sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées lorsque celui-ci est en cessation des paiements. Une cour d'appel ne peut assimiler la modification de gage, opérée au cours de la période suspecte du débiteur, à une constitution de gage sans rechercher si la substitution avait conféré au créancier un gage supérieur, dans sa nature et dans son assiette, à celui initialement consenti.**

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

La modification par avenant d'un gage ne peut pas être assimilée à la constitution d'un nouveau gage sans examiner les effets de cette modification. Tel est l'enseignement d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 septembre 2016<sup>1</sup>, relatif aux nullités de la période suspecte (entre la date de la cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture de la procédure collective) prévues par l'article L. 632-1, 6° du Code de commerce<sup>2</sup>, dont l'approche pragmatique mérite d'être relevée.

En l'occurrence, par acte du 12 novembre 2008, une société ayant pour activité la construction et la location de bateaux de plaisance, a consenti à une banque, en garantie du paiement du solde débiteur de son compte courant,

un gage sans dépossession portant sur six moteurs de bateau identifiés. Puis, par un acte du 19 février 2009, la société a procédé à la modification du gage en substituant à deux moteurs initialement gagés deux autres moteurs. La société a ensuite fait l'objet de procédures de redressement puis de liquidation judiciaires les 1<sup>er</sup> avril et 17 juin 2009, la date de cessation des paiements étant fixée au 23 janvier 2009. C'est dans ce contexte que le liquidateur de la société a assigné la banque en nullité de la sûreté, sur le fondement de l'article L. 632-1, 6° du Code de commerce, en soutenant que la modification intervenue le 19 février 2009 constituait un nouveau contrat de gage consenti en période suspecte.

Un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 5 novembre 2014 a fait droit à cette demande, en retenant que la modification par avenant valait constitution d'un nouveau gage et qu'elle était ici intervenue en période suspecte, pour garantir le paiement d'une dette née antérieurement au jugement d'ouverture. Mais cette motivation est censurée par la chambre commerciale, au visa de l'article L. 632-1, 6° du Code de commerce : « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la substitution opérée le 19 février 2009 avait conféré à la société Natixis [la banque] un gage supérieur, dans sa nature et dans son assiette, à celui initialement consenti, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Cette solution appelle deux observations, s'agissant de la modification du gage sous l'angle des nullités de la période suspecte (1°) et, plus généralement, sur le point de savoir si la modification constitue ou non un changement de contrat (2°)

1°) La chambre commerciale considère à juste titre que la modification d'un gage résultant d'un avenant à l'acte initial ne peut pas être nécessairement assimilée à la constitution d'un nouveau gage pour l'application de l'article L. 632-1, I, 6° du Code de commerce<sup>3</sup>. Dans

1. Dalloz.fr, Actualités, 21 octobre 2016, obs. X. Delpech.

2. On rappellera que ce texte énonce que « sont nuls lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de la cessation des paiements les actes suivants : [...] Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. »

3. Sur les nullités de droit de la période suspecte, cf. Lamy Droit commercial 2016, « Entreprises en difficulté » par J.-L. Vallens, n° 3600et s., spéc. n° 3614-3616

le prolongement d'un arrêt antérieur relatif à la substitution de sûretés en période suspecte<sup>4</sup>, elle invite les juges à examiner à cet égard les effets de la modification du contrat pour l'avenir, réalisée ici par l'avenant<sup>5</sup>, sur la nature et l'assiette du gage initialement constitué. L'idée sous-jacente est que l'assimilation de la modification du gage à sa constitution n'est justifiée, au regard de la finalité du texte dont l'application est en jeu, que si elle a pour effet de renforcer la position du créancier en lui conférant un nouvel avantage substantiel. Ce n'est qu'à cette condition que la nullité, privant totalement le créancier de sa garantie, est justifiée. Or, de ce point de vue, la substitution opérée en l'espèce de deux autres moteurs à ceux initialement gagés n'est pas nécessairement critiquable.

La solution est aussi opportune car elle offre de la souplesse pour adapter le gage initial sans en bouleverser la consistance économique. L'approche retenue par la chambre commerciale évoque ainsi une métaphore de

René Demogue dans son *Traité des obligations*<sup>6</sup> : « Le contrat qui est une chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre, c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale ». Il incombe donc aux juges du fond de procéder à une analyse fine et *in concreto* de chaque situation. L'avantage résultant pour l'une des parties de la modification réalisée par un avenant peut du reste être contrôlé aussi sur le terrain du droit commun, à travers l'examen de l'objet et du but de l'acte (cf. articles 1162 et s. nouveaux C. civil), et peut conduire à considérer qu'il y a véritablement création d'un nouveau contrat.

2°) L'arrêt rapporté conduit à apprécier la modification apportée à un gage par un avenant au regard de ses effets et de l'équivalence de la sûreté pour le créancier, peu important qu'il y ait ou non un changement de contrat. Des enjeux spécifiques s'attachent cependant à cette qualification, notamment quant à la règle de droit applicable, selon que l'on considère que le contrat initial perdure, avec de nouvelles modalités ou qu'un nouveau contrat s'est formé et a succédé au précédent. À cet égard, une transformation de la nature du contrat doit s'analyser en la formation d'un nouveau contrat. Dans les autres cas, la modification réalisée est analysée sur le terrain de la novation, la création d'un nouveau contrat s'appréciant alors au regard du caractère essentiel ou accessoire de l'élément modifié et surtout de la volonté des parties (cf. article 1330 C. civil énonçant que la volonté d'opérer la novation doit résulter clairement de l'acte)<sup>7</sup>. ■

s'agissant des sûretés réelles constituées pour la garantie de dettes antérieures.

4. Cass. com. 20 janvier 1998, n° 95-16402, Bull. civ. IV, n° 28 ; RJD 1998, n° 625, jugeant qu'une cour d'appel, qui retient qu'il n'y a pas eu constitution d'une sûreté nouvelle mais substitution au privilège du prêteur de deniers et à l'hypothèque inscrite sur l'immeuble vendu, d'une hypothèque sur l'immeuble acquis pour garantir le remboursement du solde du prêt en déduit exactement, en dehors de toute référence à la subrogation réelle, que cette sûreté qui n'était supérieure ni dans sa nature ni dans son étendue, aux sûretés auxquelles elle avait été substituée, avait été valablement inscrite pendant la période suspecte.
5. Cf. S. Pellet, *L'Avenant au contrat*, IRPI, 2010 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2016, n° 310-311 ; aj. A. Ghozi, *La Modification du contrat*, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon. Relevons ici que la définition modernisée du contrat donnée par le nouvel article 1101 du Code civil est recentrée sur l'accord de volontés et sur ses effets qui peuvent consister non seulement en la création mais aussi en la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations.

6. *Traité des obligations*, T. 3, A. Rousseau, 1931, n° 637.

7. Cf. en ce sens A. Bénabent, *op. cit.*, n° 311 et la jurisprudence citée.