

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 texte¹¹. ■

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 sévères¹. 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 1997², 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 1997³, 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 banque⁴. 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 large⁵. 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 chambres⁶. 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 caution⁷. 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)⁸. Le commentaire de ce dernier arrêt d'ailleurs, dans ces colonnes, nous conduisait à pronostiquer l'abandon de la solution de 1997 précisément⁹, 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^e 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^e esp.) ; D. 2004, somm. p. 52, obs. P.-M. Le Corre (2^e 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 redevable¹⁰. 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 cédant¹¹. 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

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.

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. ■

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 2016¹, 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 commerce², 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^{er} 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 commerce³. 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