

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

Art. L. 341-2 C. conso (ancien) – Art. L. 331-1 C. consom. (nouveau) – Mention manuscrite – Contradiction avec une autre mention manuscrite de l'acte – Validité du contrat – Pouvoir souverain des juges du fond pour résoudre la contradiction.

Cass. com. 31 janvier 2017, n° 15-15.890, P+B+I.

Après avoir relevé que l'acte de cautionnement signé par M. X... comportait toutes les mentions manuscrites prescrites à peine de nullité par l'article L. 341-2 du Code de la consommation, la cour d'appel retient qu'il existe une divergence, concernant la durée du cautionnement, entre la mention manuscrite de l'article L. 341-2, qui stipule que M. X... s'engage pour une durée de onze mois, et la mention manuscrite figurant, sous la signature de ce dernier, en page 1 du cautionnement, qui limite celui-ci à la fin du mois d'octobre 2011 ; qu'ayant ensuite exactement considéré que la validité de l'engagement n'était pas affectée par la contradiction entre ces deux dates, dès lors que l'une des mentions manuscrites était conforme à celles prescrites par la loi, la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain, retenu que les parties avaient entendu limiter le cautionnement aux seuls engagements souscrits par la société débitrice au plus tard le 31 octobre 2011.

Commentaire d'Emmanuel Netter

Notre chronique de mentions manuscrites défectueuses en matière de cautionnement s'enrichit une fois encore d'une nouvelle hypothèse¹. Dans la garantie considérée, la mention de l'article L. 331-1 du Code de la consommation était miraculeusement conforme aux exigences du législateur... du moins si on la considérait isolément. Car une autre mention, située

ailleurs dans l'acte et elle aussi manuscrite, retenait une durée différente pour l'engagement de la caution.

Le débiteur principal ayant été placé en redressement judiciaire, la caution fut sollicitée, et c'est en vain qu'elle excipa de la nullité de sa garantie devant les juges du fond. Dans son pourvoi en cassation, elle fit notamment valoir que « la durée de l'engagement d'une caution personne physique à l'égard d'un créancier professionnel est un élément essentiel de la mention manuscrite impérative dont l'imprécision ou l'ambiguïté est sanctionnée par la nullité du cautionnement ».

La Cour de cassation rejette cette argumentation. Son raisonnement s'articule en deux étapes. Premièrement : « l'acte de cautionnement signé par M. X... comportait toutes les mentions manuscrites prescrites à peine de nullité par l'article L. 341-2 du Code de la consommation ». Ainsi, « la validité de l'engagement n'était pas affectée par la contradiction entre [l]es deux dates, dès lors que l'une des mentions manuscrites était conforme à celles prescrites par la loi ». Deuxièmement, puisqu'il fallait bien choisir laquelle des deux durées était la bonne, la Haute juridiction relève que les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain.

Cette démonstration en deux temps peut sembler séduisante. Son effet est de cantonner le domaine du droit spécial du cautionnement. Une exigence de forme ad validitatem est requise ? Vérifions qu'elle est satisfaite. C'est le cas, une même mention manuscrite remplit tous les critères du Code de la consommation : l'acte est valable. Passons à l'étape suivante : la convention est obscure en raison de sa contradiction interne, elle requiert donc une interprétation. Ce problème relève du droit commun des contrats, et la solution est bien connue : l'interprétation relève du pouvoir souverain des juges du fond, sous l'unique réserve de la dénaturaison d'une stipulation claire et précise².

1. V. V. Avena-Robardet, *D. actu.*, 15 février 2017 ; J.-D. Pellier, *JCP* 2017, n° 7-8, 169 ; G. Cattalano-Cloarec, *L'essentiel droit des contrats*, 1^{er} mars 2017, n° 3, p. 2.

2. V., par exemple, Rép. civ. Dalloz, V° Contrats et convention par L. Boyer, n° 270.

Voilà qui paraît limpide... mais qui ne l'est pas. Par le passé, les juges ont rencontré des hypothèses de discordance entre la mention manuscrite exigée par le Code de la consommation et des clauses dactylographiées de l'acte³. Dans ce cas, les deux problèmes supposément distincts de l'obscurité et du respect du formalisme consumériste peuvent se résoudre harmonieusement. La contradiction, d'abord, sera toujours tranchée en faveur de la clause rédigée à la main : quel juge, même dans l'exercice d'un pouvoir souverain, imaginerait donner la préférence à la clause pré-imprimée ? Le respect du Code de la consommation, ensuite, est alors assuré puisque la clause dont la recopie est exigée est celle qui contient les informations exactes.

Lorsque le manuscrit rencontre le dactylographié, il en triomphe par conséquent sans peine. « *Manuscrit contre manuscrit* » ? Il en va tout autrement. La Cour de cassation a d'abord exposé le problème de validité, puis celui tenant à l'obscurité de l'acte. Il suffit d'adopter l'ordre inverse pour s'apercevoir de la difficulté. La contradiction entre deux clauses rédigées à la main a été résolue par les juges du fond au détriment de celle exigée par le Code de la consommation. Cette décision est souveraine. Le fait qu'elle retienne la durée la plus favorable à la caution, la durée de garantie la plus courte, n'est qu'une anecdote qui ne doit jouer aucun rôle dans le raisonnement – qui dit que, dans une autre affaire, la mention « non consumériste » ne retiendra pas la durée la plus longue et, sera pourtant choisie par les juges du fond comme révélant le mieux la volonté des parties.

On en vient alors à la question de savoir si le Code de la consommation a été respecté. La réponse ne peut pas être positive. Il faudrait l'interpréter comme exigeant de la caution qu'elle recopie à la main « une » durée d'engagement (n'importe laquelle ?) plutôt que « la bonne » durée d'engagement. Aussi inopportun et détestable que soit ce texte, on ne peut le tenir en si peu de respect. Ou alors, il faudrait accepter que la mention puisse être éclatée en différentes parties de l'acte : la mention manuscrite dissidente pourrait être virtuellement ramenée au sein de la mention consumériste, et faire corps avec elle. Comme le relève M. Jean-Denis Pellier⁴, la démarche serait alors incompatible avec celle adoptée par la Première chambre civile dans un arrêt récent⁵. La mention consumériste affichait une durée d'engagement ainsi libellée « *la durée de l'opération garantie + 2 ans* ». Il avait été jugé que « *s'agissant d'un élément essentiel permettant à la caution de mesurer la portée exacte de son engagement, cette mention devait être exprimée sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux clauses imprimées de l'acte* ». Le problème n'était pas ici le caractère dactylographié du reste de l'acte, mais le fait que la caution ne puisse trouver concentrées en un seul endroit – la mention obligatoire du Code de la consommation – les informations les plus essentielles à sa bonne compréhension de l'opération. Qu'il faille regarder ailleurs, procéder à des comparaisons et à des rapprochements était, en soi, le problème. Ce n'est pas le cas dans l'arrêt rapporté. Le droit des mentions manuscrites fait un pas de plus vers l'absence totale de lisibilité. ■

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'interdiction de la dénaturation est posée à l'article 1192 du Code civil.

3. V. par exemple, Cass. com. 11 juin 2014, n° 13-18118, inédit.

4. J.-D. Pellier, obs. préc.

5. Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2015, n° 14-24287.

Cautionnement – Caution mariée – Accord exprès du conjoint – Article 1415 C. civ. – Caractère disproportionné de l'engagement – Article L. 332-1 C. consom. – Éléments d'appréciation – Biens communs et revenus du conjoint de la caution.

Cass. com. 22 février 2017, n° 15-14.915, P+B+I.

Le consentement exprès donné par un époux au cautionnement consenti par son conjoint ayant pour effet d'étendre l'assiette du gage du créancier aux biens communs, c'est à bon droit que la cour d'appel a apprécié la proportionnalité de l'engagement contracté par l'époux, seul, tant au regard de ses biens et revenus propres que de ceux de la communauté, incluant les salaires de son épouse.

Commentaire de François Jacob

Comment apprécier la proportionnalité de l'engagement de la caution mariée ? En considération de quels biens exactement faut-il le faire ? On peut penser la question très classique. Elle n'est pas complè-

tement résolue pourtant, ce qui est plutôt contrariant puisque l'exigence de proportionnalité est très générale et sévèrement sanctionnée.

Le texte par lequel l'éventuelle disproportion est ainsi sanctionnée de façon quasi générale est aujourd'hui l'article L. 332-1 du Code de la consommation. Cet article nouveau remplace l'ancien article L. 341-4 du même code depuis une ordonnance du 14 mars 2016 dont l'objet, pour l'essentiel, a été de réviser l'architecture de Code de la consommation, devenue inadaptée et peu accessible pour ses utilisateurs, en raison des réformes successives intervenues en ce domaine et des nombreuses transpositions de normes européennes opérées au fil du temps. Sur le point qui nous intéresse les termes de la loi restent cependant inchangés : aujourd'hui comme hier, il est ainsi prévu que « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus...* »¹. De fait, la question

1. ...« à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui

reste posée de savoir si ces « biens et revenus de la caution » sont uniquement ses biens propres ou s'il peut s'agir des biens communs et (voire) des revenus de son conjoint. À vrai dire, la réponse à apporter à cette question est fonction des circonstances et du jeu (ou non) de l'article 1415 du Code civil. Trois hypothèses au moins peuvent être distinguées.

Une première hypothèse est celle dans laquelle la caution mariée ne s'est pas obligée seule mais, au contraire, avec son conjoint et dans le même acte que lui. Si nous commençons par ce cas c'est qu'il peut sans doute être considéré comme réglé depuis un moment déjà, la Cour de cassation ayant rendu à son propos un arrêt assez clair, le 5 février 2013². Il y est relevé que l'article 1415 du Code civil³ « n'a pas vocation à s'appliquer » en cette situation (on n'est pas dans le cas où deux cautionnements ont été souscrits – un par époux – pour une même dette, mais dans celui dans lequel les époux ont souscrit ensemble un cautionnement unique) et que la proportionnalité de l'engagement des cautions doit s'apprécier alors « tant au regard de leurs biens et revenus propres que de ceux de la communauté ». La solution peut se recommander d'une certaine logique : un tel cautionnement engage l'ensemble des biens et revenus du ménage, les propres de l'un et de l'autre comme les communs, et c'est très normalement en considération de cet ensemble que la proportionnalité va être mesurée.

Une deuxième hypothèse est celle dans laquelle la caution mariée s'engage seule et sans l'accord de son conjoint, ou bien avec son conjoint mais par acte séparé et sans que chacun donne son accord à l'engagement de l'autre. Cette hypothèse, assez banale a priori, est celle qui semble faire difficulté. À son propos le Doyen Simler fait valoir que la disproportion alors « ne paraît pouvoir être appréciée que par rapport au patrimoine propre et aux revenus de chacun », sans qu'il puisse être tenu compte des biens communs⁴. Cependant les arrêts (inédits) que l'auteur prend soin de recenser paraissent, à l'exception d'un seul⁵, ne pas s'inscrire dans cette logique. Ainsi certaines cours d'appel ont-elles pu retenir, pour leur appréciation, la valeur de la moitié de la communauté, en plus de celle des propres du conjoint obligé⁶, tandis que d'autres paraissent même avoir pris en considération la valeur de l'ensemble de la communauté, arguant que l'article 1415 n'est opposable au créancier que pour... l'exécution, et non pour l'appréciation de la proportionnalité de

l'engagement⁷. Le moins que l'on puisse dire est que le sentiment des juges ou de certains d'entre eux ne rejoint pas forcément ici celui de la doctrine.

La troisième hypothèse est celle dans laquelle la caution mariée s'est engagée avec l'accord exprès de son conjoint. C'est sur ce cas que s'est prononcée la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 22 février 2017 dont nous voulons rendre compte. Le pourvoi avait été formé par le mari cautionnement. Celui-ci contestait que la proportionnalité de son engagement, admise par les juges du fond, ait pu être appréciée par considération des biens communs aussi et des revenus de son épouse. La Cour de cassation pourtant rejette, en faisant valoir que « le consentement exprès donné en application de l'article 1415 du Code civil par un époux au cautionnement consenti par son conjoint ayant pour effet d'étendre l'assiette du gage du créancier aux biens communs, c'est à bon droit que la cour d'appel a apprécié la proportionnalité de l'engagement contracté par (le mari) seul, tant au regard de ses biens et revenus propres que de ceux de la communauté, incluant les salaires de son épouse ». Ainsi apparaît-il que, pour la Cour de cassation, il existe bien un lien entre la question de savoir ce qui est soumis au pouvoir du créancier et celle de la proportionnalité de l'engagement, et qu'au moment d'apprécier cette proportionnalité c'est à la généralité des biens sur lesquels le créancier peut exercer des poursuites qu'il faut s'intéresser, et pas seulement à ce qui peut concourir à la fortune propre de la caution mariée et/ou relèverait de sa gestion. L'arrêt a le mérite de prendre une position claire sur ce qui n'allait donc pas forcément de soi, d'autant que ce n'est pas le créancier que le Code de la consommation a priori protège, auquel on voudrait assurer un gage à peu près suffisant, mais bien plutôt la caution, ce qui pourrait suggérer que l'on se soucie aussi de son indépendance, celle qu'est susceptible de lui assurer la partie des biens du ménage qui ne relève que d'elle.

Mais l'arrêt a un autre mérite, qui est de contribuer sans doute à fixer la solution à valoir pour l'hypothèse envisagée précédemment, dans laquelle la caution mariée s'engage seule et sans l'accord exprès de son conjoint. Affirmer en effet que l'accord exprès doit conduire à étendre l'appréciation à l'ensemble des biens communs, c'est évidemment suggérer que, faute d'un tel accord, il ne doit être tenu compte, a contrario, que des biens propres et des revenus de la caution. À vrai dire la solution résultait déjà, même si c'était tout aussi implicite, de l'arrêt évoqué plus haut, rendu le 5 février 2013 : si l'article 1415 ne s'applique pas, parce que les époux sont engagés simultanément sur un même acte, et qu'ainsi les biens communs doivent être pris en considération, c'est bien que la proportionna-

permette de faire face à son obligation », ajoute le même article L. 332-1, comme le faisait l'article L. 341-4 ancien.

2. Bull. civ. IV, n° 22 ; Rev. Lamy dr. civ. 6/2013, p. 56, note Ph. Simler ; RD bancaire et fin. 2013, n° 53, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 6-7 mars 2013, Jurisprudence p. 13, note M. Mignot ; Banque et Droit mars-avril 2013, p. 48, obs. F. Jacob.
3. C. civ., art. 1415 : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »
4. Ph. Simler, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, LexisNexis, 5^e éd., 2015, n° 888.
5. CA Versailles 20 décembre 2012 : Juris-Data n° 2012-030681.
6. CA Bordeaux 16 mai 2013 : Juris-Data n° 2013-010783, qui retient la moitié de la valeur d'un immeuble commun.

7. CA Poitiers 19 juin 2012 : Juris-Data n° 2012-034620 ; adde : CA Poitiers 15 janvier 2013 : Juris-Data n° 2013-004968 (qui écarte toute incidence de 1415) et CA Versailles 17 janvier 2013 : Juris-Data n° 2013-006229, qui juge, révèle le Doyen Simler, que « l'insaisissabilité actuelle » des biens communs ne permettrait pas de considérer le cautionnement comme disproportionné ; adde : CA Toulouse 8 octobre 2013 : Juris-Data n° 2013-022464, qui prend en considération la valeur d'une communauté universelle au motif qu'elle supporte toutes les dettes des époux.

lité doit en revanche n'être mesurée qu'au regard des seuls biens propres et revenus de la caution lorsque son cautionnement relève de l'article 1415... et que le conjoint n'y a pas consenti.

Quoi qu'il en soit, cette solution aura pour effet que le cautionnement sera neutralisé plus facilement dans cette hypothèse où il engage moins le ménage (seulement les propres et les revenus de la caution), que dans l'hypothèse où il engage plus (à savoir les biens communs aussi, y compris les revenus de l'autre). Mais le résultat n'est paradoxal qu'en apparence. Dans la seconde hypothèse le cautionnement est l'acte d'un seul ; il n'est finalement pas surprenant qu'il soit plus fragile.

Reste à se souvenir que l'appréciation de la disproportion n'a rien d'arithmétique⁸ et à espérer que la libération de la caution engagée seule et sans autorisation de son conjoint n'intervienne tout de même pas trop facilement. Quoique les biens engagés et soumis à poursuite soient alors en effet les seuls propres et revenus de la caution, celle-ci n'en est pas moins « riche » des biens communs, qui produisent d'ailleurs éventuellement des revenus, qui vont venir s'ajouter à ceux du conjoint, qui alimentent eux aussi une masse dont la caution peut jouir et disposer... et qu'elle pourrait d'ailleurs aussi bien utiliser pour le règlement de ses dettes sans que

la communauté ait forcément droit à récompense⁹. La caution, par hypothèse, ne sera certes pas obligée de le faire et pourra précisément souhaiter (préférer) ne pas puiser dans cette masse pour payer ses dettes, mais il n'est pas si évident, en vérité, qu'il faille pour autant ne tenir aucun compte de son existence au moment de l'appréciation de la lourdeur de l'engagement pris, surtout si, comme on peut le croire, le risque que l'article L. 332-1 du Code de la consommation cherche à prévenir est celui d'une exclusion sociale, à laquelle la caution en régime de communauté sera souvent très loin d'être exposée. On peut naturellement comprendre que la Cour de cassation puisse suggérer, pour l'hypothèse qui nous intéresse, une solution qui paraît plus respectueuse de la volonté au moins implicite du conjoint « copropriétaire » des biens communs de ne pas autoriser que le cautionnement de l'autre et donc l'engagement de ces biens. Mais, pour les raisons que nous venons de dire, la position que défendent les cours d'appel dont les arrêts sont évoqués plus haut – et qui n'admettent pas l'automatisme du lien entre la question de l'assiette et celle de la proportionnalité – n'est certainement pas dépourvue de sens. ■

8. D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 1201.

9. Lorsqu'une caution mariée exécute volontairement son engagement au moyen de deniers communs, récompense ne sera due à la communauté que si la preuve est apportée de l'intérêt purement personnel que cette caution avait de s'engager en cette qualité. Or bien souvent, spécialement lorsque le cautionnement est pris à l'occasion de l'activité professionnelle, la communauté en tirera avantage. V. par exemple, F. Terré et Ph. Simler, *Les Régimes matrimoniaux*, précis Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 423, in fine.

Garantie autonome – Scission de la société bénéficiaire – Transmission de la garantie (non) – Possibilité d'une convention contraire.

Cass. com. 31 janvier 2017, n° 174 FS-P+B+R+I (n° 15-19158) CRCAM des Pyrénées-Gascogne c/ Sté nouvelle Les Grandes Rousses.

En application des articles 2321 du Code civil et L. 236-3 du Code de commerce, sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

La garantie autonome¹ est-elle mécaniquement transmise en même temps que la créance de son bénéficiaire ? Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 31 janvier 2017², destiné à la plus large diffusion (puisqu'il sera mentionné dans le Rapport

annuel de la Cour de cassation pour 2017), répond par la négative à cette question inédite dont les enjeux sont importants pour les praticiens du droit des garanties.

En l'occurrence, par contrat des 26 octobre et 9 novembre 2004, la société Hôtel les Grandes Rousses a donné son fonds de commerce d'hôtel-bar-restaurant en location-gérance à la société HMC les Grandes Rousses. Celle-ci a, en exécution du contrat, remis à la société Hôtel les Grandes Rousses une garantie à première demande consentie par une banque. Pendant le cours du contrat de location-gérance, la société Hôtel les Grandes Rousses a fait l'objet d'une scission emportant transmission de sa branche d'activité de l'hôtel les Grandes Rousses au profit de la société Nouvelle les Grandes Rousses. La société HMC les Grandes Rousses ayant résilié le contrat de location-gérance, la société nouvelle les Grandes Rousses, après avoir vainement mis cette dernière en demeure d'exécuter ses obligations, a, par lettre du 30 juin 2011, demandé à la banque de mettre en œuvre la garantie, puis l'a assignée en paiement. La Cour d'appel de Pau a jugé que la société nouvelle les Grandes Rousses était en droit de revendiquer le bénéfice de la garantie à première demande qui lui avait été consentie par la banque. Plus précisément, après avoir retenu que, sauf clause contraire, la transmission universelle du patrimoine qui

1. On sait que la garantie autonome est « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues » (art. 2321, al. 1, C. civil).

2. www.dalloz.fr, 16 février 2017, obs. X. Delpech.

résulte d'une opération de fusion ou de scission n'est pas incompatible avec le caractère intuitu personae de cette garantie, la cour d'appel a constaté que la société Hôtel les Grandes Rousses, bénéficiaire de la garantie originale, avait fait l'objet d'une scission ayant eu pour effet de transférer à la société nouvelle les Grandes Rousses la totalité de sa branche d'activité hôtelière à compter du 1^{er} novembre 2005, et que la garantie à première demande accordée au titre de la location-gérance de l'hôtel se rattachait à l'activité hôtelière cédée. En conséquence, la cour a considéré qu'il n'y avait lieu ni de mentionner l'existence de cette garantie dans l'acte de scission, ni de recueillir le consentement exprès de la banque sur le transfert de garantie.

Le pourvoi formé contre cet arrêt par la banque garante est accueilli par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui, au visa des articles 2321 du Code civil et L. 236-3 du Code de commerce, censure la décision des juges du fond pour violation de la loi : « Sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie ». La solution retenue par la Haute juridiction doit être pleinement approuvée (1.) et invite les praticiens à mettre en œuvre le tempérament tiré de la liberté contractuelle dont elle est assortie (2.).

1. Aux termes de l'article L. 236-3, I, alinéa 1, du Code de commerce, la fusion ou la scission d'une société entraîne la transmission universelle de tous les éléments actifs et passifs de son patrimoine aux sociétés bénéficiaires. Les garanties dont peut être assortie une créance la suivent aussi et ne disparaissent pas en principe du fait de la fusion ou de la scission³. Le caractère intuitu personae d'un contrat peut cependant justifier qu'il ne puisse pas être transmis sans l'accord du cocontractant par l'effet d'une fusion ou d'une scission⁴. Cette idée apparaît notamment dans la jurisprudence relative à l'incidence sur le cautionnement de la fusion ou de la scission de la société créancière : lorsque l'opération donne naissance à une personne morale nouvelle ou fait disparaître la société créancière, la caution ne garantit pas les dettes nées postérieurement à l'opération, sauf volonté expresse de sa part⁵.

La question ne se pose certes pas exactement dans les mêmes termes s'agissant de la transmission de la garantie autonome, qui est au service de l'obligation du donneur d'ordre à l'égard du bénéficiaire et en constitue, du point de vue de celui-ci, un accessoire (même si la garantie n'est pas accessoire par son objet, celui-ci étant défini de manière autonome). Mais la garantie autonome présente incontestablement un caractère intuitu personae très marqué quant à la personne du bénéficiaire qui peut la mettre en œuvre à sa discrétion et ce constat devrait suffire à faire obstacle, en principe, à sa transmissibilité avec la créance principale⁶, comme la banque garante n'avait pas manqué de le souligner en l'espèce. Surtout, la question est ici clairement réglée par l'article 2321, alinéa 3, du Code civil, énonçant que « sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ». La chambre commerciale applique donc à juste titre ce texte spécifique pour écarter la transmission de la garantie autonome par le jeu du principe de la transmission universelle de patrimoine en cas de fusion ou de scission, qui n'est donc pas sans limites au plan civil également⁷. Le fondement de la solution doit du reste conduire à l'étendre, au-delà de la fusion ou de la scission, à toute transmission ou aliénation de la créance du bénéficiaire de la garantie autonome, qui met fin donc à celle-ci, sous réserve d'une convention particulière.

2. Le principe de la liberté contractuelle, expressément rappelé et consacré par le nouvel 1102 du Code civil, et l'article 2321, alinéa 3, du même code permettent aux parties à la garantie autonome d'organiser sa transmission, en même temps que la créance principale, par une convention spéciale. Celle-ci peut prendre la forme d'une clause de la garantie autonome (qui pourra en outre être utilement mentionnée dans le traité de fusion ou de scission) prévoyant sa transmission de plein droit avec la créance principale – la garantie autonome est en effet régie pour l'essentiel par les stipulations de la lettre de garantie, comme l'avait jugé l'un des premiers arrêts de la Cour de cassation en la matière⁸ – ou la forme d'un nouvel engagement du garant de maintenir la sûreté envers le nouveau titulaire de la créance principale. ■

3. V. par exemple Cass. 3^e civ., 11 octobre 2006, Bull. civ. III, n° 199, jugeant que dès lors que par le traité de fusion-absorption la société nouvelle vient tant activement que passivement aux droits de la société absorbée, le renouvellement d'inscription d'hypothèque fait par le créancier actuel au nom de la société dissoute produit effet dès lors qu'il n'en résulte aucune aggravation de la situation du débiteur ; Cass. 3^e civ., 17 novembre 2010, Bull. civ. III, n° 204 ; JCP E 2011, 1104, note M.-L. Coquelet, jugeant que l'hypothèque dont bénéficie une banque se transmet en cas d'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions à la société bénéficiaire, même si celle-ci n'a pas mentionné l'opération en marge de l'inscription à la conservation des hypothèques.

4. V. par exemple Cass. com. 13 décembre 2005, Bull. civ. IV, n° 255, jugeant qu'un contrat d'agent revendeur conclu intuitu personae ne peut être transmis en cas de fusion-absorption de l'agent revendeur par une autre société sans l'accord préalable de son cocontractant ; Cass. com. 3 juin 2008, *Contrats, conc., consom.* 2008, n° 200, 2^e esp., note M. Malaurie-Vignal, jugeant que le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions ; adde P.-Y. Bérard, « Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae », *RTD com.* 2007, p. 279.

5. V. notamment Cass. com. 20 janvier 1987, JCP 1987, II, 20844, note M. Germain ; D. 1987, S.C., p. 453, obs. L. Aynès ; Cass. com. 17 juillet 2001, 2 arrêts, *Banque et Droit*, septembre-octobre 2001, p. 4, obs. N. R. ; Cass. com. 30 juin 2009, *Banque*

et *Droit*, novembre-décembre 2009, p. 63, obs. N. R. ; Cass. com. 13 septembre 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 500, note J.-F. Barbieri ; Cass. com. 16 septembre 2014, *RLDC*, novembre 2014, n° 5618, obs. J.-J. Ansault ; *RD banc. et fin.* 2014, n° 195, note D. Legeais ; *RTD civ.* 2014, p. 892, obs. H. Barbier ; *Banque et Droit*, novembre-décembre 2014, p. 46, obs. N. R. ; adde L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 10^e éd., 2016, n° 274-275 ; comp. Cass. 2^e civ., 1^{er} septembre 2016, n° 15-19524, jugeant que le caractère personnel de l'astreinte ne s'oppose pas à ce que sa liquidation, qui tend à une condamnation pécuniaire, puisse être poursuivie à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée antérieurement à la date de la publication de la fusion-absorption.

6. Sur la transmissibilité d'une sûreté, et plus particulièrement de la garantie autonome, V. les réflexions de L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 347.

7. On rappellera qu'en matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment réaffirmé (Cass. crim. 25 octobre 2016, n° 16-80366, Bull. Joly 2017, p. 137, 11529, note D. Rebut) que l'article 121-1 du Code pénal « ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique ».

8. Cass. com. 20 décembre 1982, 2 arrêts, D. 1983, p. 365, 2^e esp., note M. Vasseur.