

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.