Chronique
droit des sûretés

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

Cautionnement – Conditions de formation – Mentions manuscrites des articles L. 341-2 et L. 341-3 C. consom. – Domaine d'application quant aux personnes – Notion de créancier professionnel.

Cass. 1re civ., 9 juillet 2009, n° 825, PS-P+B+I, Société papetière orléanaise c./ Cassegrain.

Au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas la principale.

Comme chacun le sait, le législateur a jugé utile de soumettre la validité des cautionnements souscrits au bénéfice de créanciers professionnels par des personnes physiques (et par acte sous seing privé) à la rédaction de longues mentions manuscrites où doivent être précisées, notamment, le montant pour lequel l'engagement est pris et la durée de celui-ci, ou encore qu'il a été renoncé au bénéfice de discussion. Les textes dont ces exigences résultent, à savoir les articles L. 341-2 (pour le montant et la durée) et L. 341-3 du Code de la consommation (pour la renonciation au bénéfice de discussion), introduits là par la loi Dutreil du 1er août 2003, ont été largement décriés.

Ils l'ont d'abord été « pour le principe », a-t-on envie d'écrire, en raison de leur côté infantilisant et des dangers que recèle la méthode employée, celle de la « page d'écriture ». La jurisprudence faisant habituellement preuve d'une grande rigueur dans son appréciation du respect des formes[1], le risque en effet existe que ce formalisme *ad validitatem* ne soit souvent qu'un trop facile moyen d'échapper aux conséquences de son engagement[2]... sans d'ailleurs qu'un autre risque soit exclu, qui est que ce formalisme se retourne au contraire contre celui qu'il est censé protéger[3], ici en lui imposant de s'engager dorénavant pour une durée toujours déterminée – et qui, à la demande du créancier, devrait souvent être plutôt longue, tant qu'à faire –, là où auparavant la caution pouvait s'engager pour une durée indéterminée et conserver ainsi la possibilité de résilier unilatéralement.

Les articles L. 341-2 et L. 341-3 ont été décriés ensuite en raison de la multitude de questions que soulève leur rédaction particulièrement maladroite, qui paraît par exemple, lorsque l'on est dans le domaine du premier (qui prévoit que la signature doit être précédée de la mention dont il prescrit la rédaction « et uniquement de celle-ci »), interdire l'application du second (qui oublie de préciser il est vrai, pour ce qui le concerne, si la seule relation concernée est bien celle qui se noue par acte sous seing privé), rédaction qui paraît aussi devoir frapper *ipso facto* les illettrés, les malvoyants et les étrangers d'une incapacité de se porter caution, rédaction qui par ailleurs ne dit rien de la nécessité d'indiquer un mon-

1. Ainsi, la Cour de cassation juge avec constance que le prononcé d'une nullité encourue en raison de l'inobservation des exigences de mention manuscrite est mécanique et non subordonnée à l'existence d'un préjudice. En ce sens, v. Cass. 3e civ., 9 mars 2006 : *JCP G* 2006, I, 195, n° 3, obs. Ph. Simler ; *Dr. et proc.* 2006, p. 236, obs. Y. Picod ; *RTD civ.* 2006, p. 797, obs. P. Crocq. Pour d'autres arrêts, notamment de cours d'appel, v. Ph, Simler, « Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires », Litec 2008, 4e éd., n° 257, note 602.

2. « Nul doute que ce formalisme paroxystique puisse constituer parfois pour des cautions une aubaine et un prétexte pour échapper à des engagements parfaitement assumés initialement, voire une bombe à retardement si la caution, bien informée, a intentionnellement glissé un défaut dans la mention », écrit M. Simler (*op. cit*, n° 257). Une tendance semble toutefois se dessiner consistant à reconnaître tout de même aux juges un pouvoir minimal d'appréciation : dans une affaire dans laquelle seule manquait à la mention manuscrite (il s'agissait en l'espèce de la mention de l'art. L. 313-7 du C. consom. mais l'art. L. 341-2 en reprend exactement les termes et pour en étendre seulement le champ d'application) la conjonction de coordination « *et* » entre, d'une part, la formule précisant le montant et la teneur de l'engagement (le principal et les intérêts) et, d'autre part, celle relative à la durée de celui-ci, la Cour de cassation a ainsi admis qu' « *une telle omission n'affecte ni le sens ni la portée de la mention manuscrite* » (Cass. 1re civ., 9 novembre 2004 : *JCP G* 2005, I, 135, n° 4, obs. Ph. Simler ; *RDC* 2005, p. 403, obs. D. Houtcieff). Dans le sens de l'existence d'une certaine souplesse, v. aussi CA Amiens, 11 octobre 2007 : *Banque & Droit* mars-avril 2008, p. 44, obs. F. Jacob (décision où il est jugé que ne doit être annulé que le cautionnement dont la mention s'écarte « considérablement » des prescriptions légales).

3. Sur les rigueurs du formalisme informatif et ses conséquences pas toujours très cohérentes, v. par exemple Y. Picod et H. Davo, « Droit de la consommation », éd. Armand Colin, 2005, n° 207.

tant en chiffres (seul mode de protection jugé jusque-là indispensable pourtant) et qui, enfin, tient stipulation de solidarité et renonciation au bénéfice de discussion pour synonymes, sans manifester le moindre intérêt pour l'important bénéfice de division[4].

Cette avalanche de critiques justifierait sans doute amplement, si même leur caractère de textes d'exception ne suffisait pas, que l'on s'essaie à une interprétation restrictive du domaine des articles en cause. Mais la jurisprudence ne paraît définitivement pas vouloir s'engager dans cette voie.

On avait compris déjà que toutes les cautions personnes physiques seront vraisemblablement soumises aux exigences nouvelles du Code de la consommation, y compris les cautions dirigeants de société. L'espoir qu'il n'en soit pas ainsi a certes pu être caressé un temps après que la cour d'appel de Douai avait jugé en avril 2007 que l'article L. 341-4 du Code de la consommation ne peut s'appliquer que s'il y a crédit relatif à une opération de consommation, quelques jours après que la cour d'appel d'Amiens avait fait valoir de son côté que ce texte n'est pas applicable au cautionnement donné par le directeur administratif de la société débitrice, lequel n'a pas la qualité de consommateur. Mais la cour d'appel d'Amiens a opéré depuis un revirement, jugeant dans un seul et même élan, le 11 octobre 2007, que, « *compte tenu des termes généraux de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, on ne peut exclure de son champ d'application certains actes sous seing privé en raison de leur nature commerciale ou certaines personnes physiques en raison de leur fonction ou de leurs liens avec l'entreprise débitrice* », se rangeant ainsi finalement aux côtés d'autres juridictions qui avaient antérieurement fait déjà le choix de cette interprétation[5].

Restait tout de même la question de savoir ce qu'il faut entendre exactement par « créancier professionnel » au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3. Cette question était un peu plus difficile sans doute. Entre l'hypothèse où le créancier a pour métier de faire crédit et celle ou sa créance est sans rapport avec ses activités professionnelles, en effet, il en existe d'autres, intermédiaires, une zone d'incertitude. Ainsi, le rapport entre la créance et l'exercice de la profession peut exister mais être indirect, ou bien le rapport peut n'exister qu'avec une activité secondaire voire très occasionnelle. Une chose naturellement paraissait acquise : les termes « créancier professionnel » ne pouvaient renvoyer aux seuls établissements de crédit[6]. Dans le cas contraire, il aurait été inutile de recourir dans les articles L. 341-2 et L. 341-3 à une formule différente de celle de l'article L. 313-10 du Code de la consommation, qui vise pour sa part bel et bien les seuls établissements de crédit et organismes assimilés. Mais pour le reste, un arrêt était attendu. Il vient d'être rendu, par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 9 juillet 2009[7]. On y lit qu' « *au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas la principale* ».

La définition retenue par la Cour de cassation, s'agissant de la notion de créancier professionnel, est donc large. La même logique que celle qui a présidé à l'interprétation du domaine d'application des textes quant aux actes et aux cautions triomphe. On n'en sera pas surpris. Le législateur a voulu protéger les créateurs d'entreprises des aléas de la vie économique en général, au moins autant que des abus supposés des seuls établissements de crédits. La jurisprudence assure donc cette protection.

Quoi qu'il en soit, il importe peu que l'activité avec lequel le rapport existe soit secondaire. On aurait pourtant pu imaginer le contraire. Un éminent auteur, soucieux de fournir des exemples d'application, avait émis l'idée que « *des loueurs de studios sollicitant des cautionnements seront concernés dès lors que l'activité locative est principale* »[8]. Il posait, cependant, immédiatement une question : « *Mais à partir de quel moment cette activité présente ce caractère ?* ». Peut-être est-ce pour ne pas avoir à réfléchir à ce genre de choses que la Cour de cassation a choisi de ne pas distinguer en fonction du caractère secondaire ou non de l'activité.

En l'espèce, le créancier était une entreprise papetière qui avait procédé à une acquisition de parts dans une société exploitant un fonds de commerce de brasserie, ainsi qu'à un apport en compte courant d'associé au bénéfice de cette dernière. Après avoir revendu sa participation, l'entreprise papetière avait converti en un prêt ordinaire sa créance de remboursement du solde du compte courant d'associé. C'est cette créance de remboursement de prêt qui avait été cautionnée. Elle était très loin de se trouver en rapport avec l'activité principale de l'entreprise papetière. Le pourvoi qui le soulignait, formé contre l'arrêt ayant annulé le cautionnement litigieux (souscrit par un dirigeant de la société exploitant la brasserie auquel on n'avait fait écrire aucune mention manuscrite), n'en est pas moins rejeté.

Il faut cependant un rapport direct entre la créance et l'activité considérée, nous dit la Cour de cassation. La question de savoir si le lien susceptible d'être établi est direct ou non se posera donc bien souvent. La Cour de cassation semble ne pas avoir craint ce débat-là. Peut-être est-ce que la notion de lien direct avec l'activité professionnelle lui est familière. L'absence ou l'existence d'un tel lien direct avec l'activité d'un des co-contractants est en effet le critère d'application d'autres dispositions du Code de la consommation, telles que l'article L. 132-1, relatif aux clauses abusives, ou l'article L. 121-22, qui concerne le démarchage à domicile. Dans le cas de ces textes, toutefois, le lien direct dont il s'agit d'apprécier l'existence est celui qui peut exister entre le contrat et l'activité de la personne susceptible de bénéficier de la protection prévue par le Code de la consommation, que

4. Autant de maladresses soulignées par M. Simler, *op. cit.*, n° 253 s.

5. Sur les différentes décisions ici évoquées, v. *Banque & Droit* mars-avril 2008, p. 44, obs. F. Jacob.

6. En ce sens, v. notamment D. Legeais, « Sûretés et garanties du crédit », 6e éd., *LGDJ* 2008, n° 156.

7. D. 2009, p. 2067, Chronique de la Cour de cassation, 1re chambre civile, n° 7, par Cl. Creton, Conseiller référendaire, et p. 2032, note X. Delpech.

8. V. D. Legeais, *op. cit.*, n° 157.

l'on exclura dans le cas où ce lien existe. Dans le cas des articles L. 341-2 et L. 341-3 au contraire, l'existence d'un lien direct, ici entre le contrat et l'activité du *co-contractant* de la personne sujette à protection, servira à justifier la protection et l'application des textes. On a donc envie de penser qu'il y a peu de chances pour que les juges, selon qu'ils se trouveront dans l'une ou l'autre situation, usent de la même manière du pouvoir d'appréciation qui leur est reconnu. On observera cependant que si les juges devaient, dans l'appréciation de l'existence du lien direct, faire preuve de la même souplesse lorsque ce sont les articles L. 341-2 et L. 341-3 qui sont en cause que celle dont ils font preuve lorsqu'il s'agit des articles L. 132-1 ou L. 121-22 (mais pour exclure alors les professionnels de la protection)[9], le résultat en serait... une meilleure protection des cautions, résultat auquel les juges semblent ici loin d'être indifférents. Aussi bien, une appréciation uniforme est peut-être bien ce vers quoi l'on se dirige.

F. J.

Cautionnement – Affectation hypothécaire de certains biens au profit du créancier – Cautionnement personnel.

C.A. Paris, 15e Ch. B, 26 mars 2009, n° 08-7401, Société Générale c/ SCI Pelleport.

Une société civile immobilière qui, dans le même acte, s'est portée caution solidaire d'un prêt accordé par une banque à une autre société et a consenti à la banque une hypothèque sur un bien lui appartenant, a souscrit un cautionnement personnel en raison de diverses stipulations dont la teneur ne laisse place à aucune ambiguïté sur l'existence d'un engagement personnel.

On sait que depuis un arrêt controversé rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 2 décembre 2005[10], la constitution d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'un tiers, que l'on appelait naguère cautionnement réel, n'implique aucun engagement du constituant à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'est pas un cautionnement, qui ne se présume pas. Comme le souligne l'article 2234 du Code civil, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Mais la combinaison, selon différentes variantes, d'une garantie réelle et d'un cautionnement personnel est concevable comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 mars 2009[11].

En l'occurrence, la cour a considéré qu'une société civile immobilière qui, dans le même acte notarié, s'était portée caution solidaire d'une ouverture de crédit consentie par une banque et avait affecté hypothécairement un bien au profit de celle-ci, avait souscrit un cautionnement personnel en raison des diverses clauses « *dont la teneur* [...] *ne laissait place à aucune ambiguïté sur l'existence d'un engagement personnel*[...]» mais qu'*« en revanche, la banque perdait le droit de poursuite sur les biens la garantissant dès lors qu'elle laissait dépérir son gage, ce qui a été le cas en l'espèce* » (la banque ayant omis de renouveler son inscription hypothécaire). La cour a relevé les clauses suivantes :

– l'acte mentionnait que le gérant de la société civile immobilière constituait celle-ci « caution solidaire » ;

– il précisait que l'engagement de la caution devait se régler « *selon les principes établis par le Code civil pour les dettes solidaires* », de sorte que « *la société civile immobilière était personnellement obligée envers la banque au paiement de toutes les sommes dues par l'emprunteur en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires* » ;

– il renfermait plusieurs paragraphes afférents aux obligations de la caution au titre de la renonciation aux bénéfices de discussion et de division et au paiement des sommes dues « *dès que les obligations du cautionné deviendront exigibles* ».

La cour a ajouté que le fait que l'acte stipulait que la caution ne serait tenue de ses obligations que sur le bien hypothéqué et qu'elle consentait une affectation hypothécaire à la garantie de l'exécution du cautionnement ne permettait pas d'en déduire que sa garantie se limitait à cette mention dans son objet et sa durée.

La cour en a déduit qu'en dépit du non-renouvellement de son inscription hypothécaire, « *cette carence ne porte pas atteinte au principe même de la créance, limitée contractuellement à la valeur du bien hypothéqué* », de sorte que la banque était néanmoins en droit de poursuivre la SCI caution en paiement de sa créance dans la limite de la valeur du bien hypothéqué[12].

La décision rapportée met une nouvelle fois en évidence que les différentes qualifications envisageables de la combinaison d'un engagement personnel et d'une sûreté réelle et leurs conséquences bien distinctes appellent une très grande vigilance des rédacteurs d'acte, qui doivent veiller à retenir des stipulations claires et précises pour éviter toute ambiguïté quant à la volonté réelle des parties.

N. R.

Garantie de passif – Qualification de l'engagement au regard des articles 1326 et 1415 du Code civil – Cautionnement (non).

C.A. Paris, 1re Ch. C, 26 février 2009 X c/ SAS Amidis et Cie.

• Les dispositions de l'article 1326 du Code civil concernent l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent. Tel n'est pas le cas d'une garantie de bilan, qui n'est pas un acte unilatéral tel un cautionnement, puisqu'elle participe à l'économie d'une cession et s'inscrit dans un jeu d'obligations réciproques. En conséquence, les cédants d'actions qui ont consenti une garantie de passif en faveur de l'acquéreur ne peuvent pas utilement soutenir qu'ils ne pouvaient pas être

9. Sur cette appréciation, v. notamment les analyses de Y. Picod et H. Davo, *op. cit.*, n° 82 et 255.

10. *Bull. civ*, n° 7 ; *JCP* 2005, II, note Ph. Simler ; *D.* 2006, p. 729, avis J. Sainte-Rose et note L. Aynès ; *Banque & Droit*, janvier-février 2006, p. 55, obs. F. Jacob.

11. *RJDA* 2009, n° 781.

12. Sur cette qualification concevable de la combinaison d'un engagement personnel et d'une affectation d'un bien en garantie, cf. notamment L. Aynès et P. Crocq, « Droit civil, Les sûretés », Defrénois, 3e éd., 2008, n° 149.

poursuivis au titre de la garantie au-delà du prix qu'ils avaient reçu, faute de respect dans l'acte de garantie des prescriptions de l'article 1326 du Code civil.
• Les dispositions de l'article 1415 du Code civil visent expressément le cautionnement et l'emprunt. Si la jurisprudence les a étendues notamment aux garanties à première demande, qui constituent des garanties autonomes, tel n'est pas le cas de la garantie de bilan qui intervient dans le cadre d'obligations réciproques. En conséquence, les souscripteurs de la garantie ne peuvent pas non plus soutenir que leurs épouses, n'ayant pas donné leur consentement à ladite garantie, ils ne pouvaient être poursuivis que sur leurs biens propres[13].

La convention de garantie de passif en vertu de laquelle le cédant de droits sociaux s'engage à prendre à sa charge tout ou partie des dettes de la société existant antérieurement à la cession mais qui apparaîtraient postérieurement à celle-ci[14] ne correspond pas au concept de sûreté et ne peut pas être assimilée à un cautionnement ou à une autre garantie personnelle. Si la distinction entre la garantie de passif et les sûretés personnelles a été soulignée par la doctrine [15], elle n'avait pas suscité semble-t-il de jurisprudence. Aussi faut-il relever un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 février 2009 [16] qui refuse clairement d'assimiler une convention de garantie de passif à un cautionnement.

La cour écarte d'abord l'application à la garantie de bilan litigieuse des dispositions de l'article 1326 du Code civil, au motif que celles-ci concernent l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent et que tel n'est pas le cas d'une garantie de bilan, qui n'est pas un acte unilatéral tel un cautionnement, puisqu'elle participe à l'économie d'une cession et s'inscrit dans un jeu d'obligations réciproques. En conséquence, les cédants d'actions qui ont consenti une garantie de passif en faveur de l'acquéreur ne peuvent pas utilement soutenir qu'ils ne pouvaient pas être poursuivis au titre de la garantie au-delà du prix qu'ils avaient reçu, faute de respect dans l'acte de garantie des prescriptions de l'article 1326 du Code civil.

De manière plus remarquable, la cour exclut ensuite l'application à la garantie de bilan des dispositions de l'article 1415 du Code civil, selon lesquelles, dans un régime de communauté, « *chacun des époux ne peut engager que ses biens propres ou ses revenus par un cautionnement ou un emprunt* ». Si ces dispositions sont applicables à d'autres garanties personnelles que le cautionnement[17], la cour d'appel de Paris refuse à juste titre leur extension à la garantie de passif. Elle considère que « *si la jurisprudence les a étendues notamment aux garanties à première demande, qui constituent des garanties autonomes, tel n'est pas le cas de la garantie de bilan qui intervient dans le cadre d'obligations réciproques* ». Elle en déduit que « *les souscripteurs de la garantie ne peuvent pas non plus soutenir que leurs épouses, n'ayant pas donné leur consentement à ladite garantie, ils ne pouvaient être poursuivis que sur leurs biens propres* ».

Cette solution ne peut qu'être pleinement approuvée et se situe dans le droit fil des arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 janvier 2006[18] qui ont jugé que le contrat de société civile (ou de société en nom collectif), qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment du passif social, ne saurait être assimilé à un cautionnement au regard de l'article 1415 du Code civil. ■

N. R.

13. *RJDA* 2009, n° 753.
14. Sur ces conventions, cf. notamment Ph. Merle, « Droit commercial, Sociétés commerciales », Précis Dalloz, 13e éd., 2008, avec la collaboration d'A. Fauchon, n° 655-1 ; « Garanties de passif, Recours légaux et clauses de garantie », Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2006.
15. Cf. notamment Ph. Simler, « Cautionnement, Garanties autonomes, garanties indemnitaires », Litec, 4e éd., 2008, n° 42.
16. *RJDA* 2009, n° 753.
17. Cf. notamment F. Jacob et N. Rontchevsky, L'application de l'article n1415 du Code civil aux garanties, « Mélanges AEDBF III », éd. Banque 2001, p. 197.
18. Cass. 1re civ., 17 janvier 2006, *Bull. civ.* I, n° 14 et 15 ; *Rev. sociétés* 2006, p. 450, note D. Legeais ; *Banque & Droit* mars-avril 2006, p. 63, obs. F. Jacob.