

Actualités du droit civil des affaires

**Antoine Hontebeyrie, Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'Université d'Evry Val d'Essonne,
Avocat associé, Racine**

1) Civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, *Bull.* n° 256.

2) C. Assimopoulos, La responsabilité civile des rédacteurs d'actes : contribution à l'élaboration d'un statut, Th. Montpellier, 2010.

3) V. l'art. 22 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 sept. 1945 réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, tout de même visé à l'appui de la cassation, avec l'art. 1147 C. civ.

4) V. p. ex. Com., 30 mai 1989, *Bull.* n° 166.

5) Com., 15 octobre 1991, *Bull.* n° 285.

6) Com., 13 janvier 1987, *Bull.* n° 9.

7) V. spéc. art. L. 341-2 C. consom.

8) V. spéc. art. L. 341-6 C. consom.

9) Com., 8 janvier 2008, *Bull.* n° 1.

Le rédacteur d'une cession de droits sociaux doit informer le cédant de la persistance de son cautionnement (Com., 4 décembre 2012).

C'est ce que juge cet arrêt à propos d'un expert-comptable, rédacteur d'une cession, et cela vaut *a fortiori* pour les professionnels du droit. Deux associés d'une SARL se portent cautions de divers crédits consentis à celle-ci par des banques. Postérieurement, ils cèdent leurs titres pour un prix symbolique. La société cédée est ensuite mise en liquidation judiciaire, de sorte que les banques prêteuses se retournent contre les cédants cautions. Lesquels recherchent alors la responsabilité civile du rédacteur des actes de cession, en l'occurrence l'expert-comptable de la SARL, pour ne s'être pas assuré de la mainlevée des cautionnements lors de ladite cession. La cour d'appel saisie du litige les déboute, aux motifs que l'expert-comptable n'avait pas reçu la mission de procéder au transfert de ces cautionnements de la tête des cédants jusque sur celle des cessionnaires, qu'il n'était d'ailleurs pas établi qu'il en avait connaissance, enfin que les cédants étaient aguerris aux affaires. Son arrêt est cassé : « *L'expert-comptable, qui accepte, dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires, d'établir un acte de cession de droits sociaux pour le compte d'autrui, est tenu, en sa qualité de rédacteur, d'informer et d'éclairer de manière complète les parties sur les effets et la portée de l'opération projetée ; [il] n'est pas déchargé de cette obligation par les compétences personnelles de l'une des parties à l'acte qu'il dresse.* » Et la Cour de cassation d'en déduire « *qu'il appartenait à l'expert-comptable, rédacteur des actes de cession, d'informer les cédants de la persistance de leur engagement de cautions, peu important leur qualité de dirigeant ou d'associé au sein d'autres sociétés* ».

La formule de l'attendu de principe avait déjà été employée en 2004 (1). La réitération que l'on en trouve dans le présent arrêt lui confère un ancrage certain dans la jurisprudence, qui rapproche à cet égard la responsabilité de l'expert-comptable rédacteur d'acte de celle des professions du droit *stricto sensu* (2). On ne rentrera pas ici dans la question du périmètre des activités juridiques ouvertes aux experts-comptables (3). Qu'attend-on, alors, du rédacteur d'une cession de droits sociaux, juriste ou non, s'agissant du cautionnement du cédant ? La Cour laisse d'abord entendre qu'il doit s'enquérir lui-même de l'existence d'un tel cautionnement – voire d'une garantie d'un autre type. En effet, la cour d'appel avait relevé qu'il n'était pas démontré que l'expert-comptable ait eu connaissance du cautionnement. Or, cela n'a pas empêché la cassation. De là, une fois le cautionnement connu, il n'est évidemment pas question d'exiger du rédacteur qu'il obtienne du créancier la mainlevée. Il lui est seulement demandé d'indiquer au cédant

que la perte de la qualité d'associé et/ou de dirigeant ne met pas fin à ce cautionnement. Ce qui implique principalement de faire comprendre deux choses au cédant. D'une part, il doit savoir que les dettes nées dans la période où il était encore dans la société demeurent garanties par lui, pour autant, bien sûr, qu'elles entrent dans l'objet du cautionnement. En d'autres termes, la cession ne met pas fin aux obligations de règlement qui existaient au seuil de celle-ci. D'autre part, et c'est là sans doute le point le plus important, car le moins évident, le cédant doit avoir conscience de ce que la cession n'empêche pas que le cautionnement puisse continuer de couvrir les dettes de la société nées postérieurement. Plus précisément, dans l'hypothèse où le cédant a consenti un cautionnement portant sur les engagements à venir de la société, le seul fait qu'il se sépare de ses titres ne le délie pas de l'obligation de couvrir les dettes que la société viendrait à contracter par la suite. Autrement dit, la cession ne met pas fin non plus à l'obligation de couverture résultant d'un cautionnement de dette future. C'est ce que décide une jurisprudence constante, rendue principalement, il est vrai, à propos de la cessation des fonctions du dirigeant caution (4). Pour que ce principe cède, il faut l'écartier par une stipulation expresse (5). En l'absence d'une telle stipulation, il appartient au cédant qui souhaite mettre fin à la couverture de procéder positivement à la résiliation du cautionnement, si du moins celui-ci est assorti d'une durée indéterminée. A défaut de résiliation, la couverture pourrait, dans l'absolu, se poursuivre jusqu'au décès de la caution, lequel décès y mettrait fin nonobstant toute clause contraire (6). Cette solution, rude pour la caution, est toutefois un peu contrebalancée par les dispositions qui, dans certains cas, imposent de limiter la durée du cautionnement (7) et font obligation au créancier d'en rappeler l'existence à la caution (8). Reste que, selon la Cour de cassation, ni le devoir d'information, ni la bonne foi n'imposent à la banque d'avertir l'ancien dirigeant caution de l'octroi d'un nouveau prêt consenti à la société après la cessation de ses fonctions (9). En somme, la position de la jurisprudence est particulièrement rigoureuse pour la caution « sortante ». On peut ainsi comprendre l'obligation qui est faite aux rédacteurs d'actes de la connaître et d'en informer leurs clients, pour leur permettre de prendre leurs dispositions. La leçon, plus générale, qu'il faut tirer de cet arrêt est qu'un professionnel qui décide d'accomplir une mission ne ressortissant pas directement à sa profession doit présenter un degré de compétence équivalent à celui qui est attendu d'un professionnel de la discipline ainsi investie. Bonne pour « le client », la solution est aussi juste dans le contexte de compétition que l'on sait. Une responsabilité différente à mission égale créerait une distorsion inopportune.

L'engagement de se substituer dans un cautionnement, souscrit par une société anonyme, nécessite l'autorisation du conseil d'administration (Com., 15 janvier 2013).

Précisément pour les raisons qui ont été envisagées ci-dessus, une cession de titres peut s'accompagner de la reprise, par le cessionnaire, du cautionnement que le cédant avait consenti en garantie d'un ou plusieurs engagements de la société cédée. Pour que cette reprise produise pleinement son effet, il faut évidemment l'accord du créancier. Lorsque cet accord ne peut être obtenu au moment de la cession, les parties ont généralement recouru à un acte aux termes duquel le cessionnaire s'oblige à se substituer au cédant dans les obligations issues du cautionnement. Si donc le cessionnaire est une société anonyme, faut-il s'assurer du respect de l'article L. 225-35, alinéa 4, du Code de commerce, qui subordonne la délivrance des « *cautions, avals et garanties* » à l'autorisation préalable du conseil d'administration ? C'est la question dont la Cour avait ici à connaître. Une société se porte caution solidaire d'une autre société dont elle est actionnaire, en garantie d'un emprunt. Postérieurement, elle cède ses titres à deux sociétés, qui s'obligent à se substituer à elle dans son engagement de caution. Vient la « faillite » de la société cédée, débitrice principale. Le prêteur poursuit alors la caution cédante, qui prétend à son tour se faire garantir par les cessionnaires en exécution des engagements de substitution. Puis, le prêteur se désiste de sa demande contre cette caution et obtient, notamment, la condamnation de l'une des sociétés cessionnaires à lui payer des dommages-intérêts pour avoir manqué son obligation d'exécuter l'engagement de substitution. A l'appui de cette condamnation, la cour d'appel relève que ce manquement, contractuel à l'égard de la société caution cédante, constitue également une faute délictuelle envers le prêteur. Elle écarte par ailleurs, et sans que l'on sache vraiment pourquoi, l'argument de la société cessionnaire qui faisait valoir que l'engagement de substitution n'avait pas été autorisé par son conseil d'administration. L'arrêt est cassé, au visa de l'article L. 225-35, alinéa 4 : en l'absence d'autorisation, « *cet engagement était inopposable à [la] société et ne pouvait faire peser sur elle aucune obligation* ».

Précisons, à titre liminaire, que la cessionnaire n'était pas une société anonyme, mais une société coopérative agricole. La nécessité même de l'autorisation du conseil d'administration était étrangère à la question soumise à la Cour. Les juges d'appel l'avaient en effet tenue pour acquise, ce que l'arrêt prend soin de relever. On peut toutefois s'étonner du visa sur lequel est fondée la cassation (10). En effet, les dispositions régissant les sociétés coopératives agricoles ne renvoient pas à l'article L. 225-35 (11), qui n'était d'ailleurs nullement invoqué dans le moyen de cassation. Est-ce à dire que ce texte soit applicable par défaut dans les cas où la nécessité de l'autorisation du conseil d'administration (statutaire, par exemple) d'une caution personne morale n'est pas assortie d'un

régime légal dédié ? La question est intéressante à deux titres. D'abord, cette application impromptue de l'article L. 225-35 débouche(ra)it sur une simple inopposabilité de la garantie litigieuse, et non sur sa nullité, contrairement à ce qui semblait ressortir d'un arrêt rendu à propos d'une coopérative viticole (12). Cette différence de sanction peut avoir une incidence, notamment sur la prescription (13). Ensuite, et de façon plus générale, la méthode qui pourrait se trouver à la base de l'arrêt attire tout particulièrement l'attention en droit des sûretés, où la politique juridique conduit parfois le juge à étendre le domaine d'un texte au-delà de sa stricte lettre (14). De fait, c'est encore cette méthode qui se dessine, en filigrane, sur le point de savoir si l'engagement de substitution de cautionnement relève, ou non, de l'article L. 225-35. L'affirmative ne faisait guère de doute, ne serait-ce que parce qu'elle avait déjà été retenue (15). Pourtant, à lui seul, l'engagement de substitution dans un cautionnement ne constitue pas une garantie *stricto sensu*. Sauf à y découvrir, souvent artificiellement, une stipulation pour autrui, un sous-cautionnement ou un engagement de contre-garantie, il n'oblige pas en lui-même son souscripteur à payer la dette d'un tiers, mais à conclure un accord avec le créancier bénéficiaire du cautionnement (16), ce qui est autre chose. Reste qu'il tend à la constitution (ou à la reprise) d'une telle garantie et qu'à défaut d'y aboutir, il peut se résoudre en dommages-intérêts, soit au profit de la caution *solvens*, soit même peut-être au profit du créancier, comme la cour d'appel l'avait ici décidé en recourant à la jurisprudence sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers (17). Dès lors, même si l'acte n'est pas une garantie *stricto sensu*, son effet potentiel est analogue à celui d'une garantie. L'engagement de substitution expose la société à devoir supporter tout ou partie du poids économique de la dette d'un autre (18). Du reste, il ne fait guère de doute qu'ayant payé la caution *solvens* ou le créancier, le souscripteur disposera d'un recours contributoire contre le débiteur principal dans toute la mesure où ce dernier se trouve libéré par son paiement. Mais il se heurtera, bien souvent, à son insolvabilité. Or, c'est principalement ce risque que l'article L. 225-35 a en vue, et qui en justifie donc l'application. Un autre arrêt rendu le même jour par la Chambre commerciale fournit d'ailleurs une contre-épreuve de la logique qui a prévalu ici (19). La question se posait de savoir si une délégation de créance souscrite par une société anonyme nécessite l'autorisation du conseil. *A priori*, un tel engagement constitue bien une garantie car il oblige le délégué à éteindre, totalement ou partiellement, la dette du délégant envers le délégataire, qui reçoit ainsi, sauf libération du premier, un second débiteur. Mais la Cour juge que cet engagement ne tombe pas sous le coup de l'article L. 225-35 lorsque le délégué ne s'est obligé qu'à concurrence de ce qu'il devait lui-même au délégant. La délégation n'est alors qu'un moyen d'éteindre une dette par hypothèse ordinaire, dette qui communique en quelque sorte son « innocuité » à la délégation. On le voit, la nature de l'engagement n'est pas absolument déterminante. Ce sont surtout ses effets qu'il faut scruter pour savoir si, oui ou non, l'autorisation du conseil d'administration s'impose.

10) B. Dondero, note sous l'arrêt au *D.* 2013, jur. p. 624, spéc. n° 14 et s.

11) V. art. L. 529-1, al.2, c. rur. p. m. ; *adde* art. R. 524-31, al. 3.

12) Com., 26 mars 2008, n° 07-11941, *Droit rural* n° 364, Juin 2008, comm. 118, note J.-J. Barbérié.

13) P. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 4^e éd., *Litec*, n° 181.

14) V. p. ex. Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, *Bull.* n° 313.

15) Com., 24 juin 2003, *Bull.* n° 109, à propos, toutefois, d'un engagement de substitution formellement sanctionné par une obligation de contre-garantie.

16) M. Mignot, *La clause de substitution de caution, P.A.*, 7 avril 2006, spéc. n° 10 et s.

17) V. not. A. P., 6 octobre 2006, *Bull.* n° 9.

18) *Rappr. Com.*, 25 février 2003, n° 99-10107.

19) Com., 15 janvier 2013, n° 11-28173, note à paraître au *D.*