

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

Un concurrent pour le cautionnement, ou un cautionnement concurrent : l'aval (Com., 30 octobre 2012 : (1)).

L'aval, qui vient garantir le paiement d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, est couramment analysé en un cautionnement solidaire. Pourtant, le régime qui lui est appliqué s'écarte en plusieurs points de ce schéma de base. L'arrêt signalé en livre une illustration particulièrement significative. Une société souscrit un billet à ordre au bénéfice d'une banque. Une femme se porte avaliste dudit billet. Celui-ci n'étant pas acquitté à l'échéance, la banque assigne l'avaliste. Laquelle invoque, plus ou moins distinctement, un manquement du banquier à son devoir de mise en garde, ainsi que le bénéfice de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, aux termes duquel : «*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, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.*» La cour d'appel saisie du litige écarte son argumentation, essentiellement pour cette raison que la preuve du caractère manifestement disproportionné de l'aval n'est pas rapportée. Le pourvoi de l'avaliste est rejeté, mais par une substitution de motifs lourde de portée : «*L'aval, en ce qu'il garantit le paiement d'un titre dont la régularité n'est pas discutée, constitue un engagement cambiaire gouverné par les règles propres du droit du change, de sorte que l'avaliste n'est pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque pour manquement au devoir de mise en garde ni pour violation de l'article L. 341-4 du Code de la consommation.*»

L'avaliste ne peut donc se prévaloir ni d'un manquement au devoir de mise en garde du créancier, ni du «vice de disproportion» prévu à l'article L. 341-4 (v. déjà Com., 16 juin 2009, *Bull.* n° 79, jugeant que l'obligation d'information de la caution prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne s'applique pas à l'avaliste). Sur ce dernier point, cependant, la formule n'est pas tout à fait univoque. A la différence du manquement au devoir de mise en garde, l'article L. 341-4 ne débouche pas sur la responsabilité proprement dite du créancier, mais sur une déchéance, qui opère d'ailleurs de façon bien plus brutale (v. ci-après). Dès lors, dire que l'avaliste n'est pas fondé «à rechercher la responsabilité de la banque (...) pour violation de l'article L. 341-4 du Code de la consommation» n'implique pas, en soi, que ce texte ne s'applique pas à l'aval, car finalement, personne n'est fondé à rechercher une telle responsabilité. Mais la formule s'explique sans doute par le libellé du moyen de cassation, qui était lui-même tributaire de la position un peu ambiguë qu'avait apparemment adoptée l'avaliste devant les juges du fond. Et, du reste, la référence faite par l'arrêt aux «*règles propres du droit du change*» est assez parlante pour permettre de conclure que l'aval échappe à l'article L. 341-4. La solution est importante. Plusieurs cours d'appel s'étaient prononcées en sens contraire (v. not. Rennes, 13 septembre 2012, n° 10/05756 ; Rouen, 21 juin 2012, *JurisData* n° 2012-017354 ; Nancy, 27 octobre 2010, *JurisData* n° 2010-031113). Cela témoigne d'ailleurs d'une certaine vitalité de l'aval, spécialement de l'aval sur billet à ordre. De fait, si les lettres de change se font rares aujourd'hui, il n'en va pas de même des billets à ordre, dont l'utilisation est assez courante, en particulier dans les crédits de trésorerie (v. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., n° 403). La solution retenue par l'arrêt commenté est évidemment de nature à encourager cette pratique. Mais que faut-il en penser ?

D'un point de vue technique, cette solution paraît satisfaisante. Il est vrai que l'aval est traditionnellement considéré comme un cautionnement solidaire (v. p. ex. Com., 25 octobre 1994, *Bull.* n° 312), donc comme cautionnement, ce qui pourrait donner une prise à

l'article L. 341-4. Mais on s'accorde généralement à admettre qu'il s'en distingue par certains traits (sur cette question : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les Sûretés personnelles*, 2010, n° 191 ; N. Montout-Roussy, *La situation juridique ambiguë du donneur d'aval*, *D* 1974 chr. p. 197). Spécialement, alors que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette (art. 2313, al. 1^{er}, C. civ.), l'avaliste reste tenu «*alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme*» (art. L. 511-21, al. 8, C. com.). Pour autant, en supposant même ainsi que l'aval ne soit pas un cautionnement, ou pas un cautionnement *stricto sensu*, il aurait été imprudent de conclure à l'éviction de l'article L. 341-4 sous prétexte que cette disposition ne vise littéralement que le cautionnement. En effet, la lettre d'un texte peut parfois être dépassée au nom de son esprit. On en trouve d'ailleurs un exemple topique dans un arrêt rendu à propos de l'article 1415 du Code civil qui limite l'effet du cautionnement consenti par un époux commun en bien sans l'autorisation de son conjoint. Alors que ce texte ne vise que le cautionnement, la Cour de cassation a décidé qu'il s'appliquait également aux garanties autonomes, dès lors que sa raison d'être, qui est de protéger la communauté, se retrouve *a fortiori* lorsque celle-ci est exposée à de telles garanties (Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, *Bull.* n° 313). Le même raisonnement aurait pu être suivi en l'occurrence, l'aval renfermant une menace au moins équivalente à celle du cautionnement *stricto sensu*.

Aussi la justification de la solution doit-elle plutôt être recherchée, comme y invite l'arrêt, dans les règles du droit du change qui gouvernent les effets de commerce, c'est-à-dire dans le droit cambiaire. De ce côté, plusieurs raisons viennent l'expliquer. On pense d'abord, de façon globale, au caractère traditionnellement dérogatoire du droit cambiaire, cet affranchi. On sait également que ce droit est particulièrement soucieux de la sécurité juridique des porteurs, qui favorise elle-même la circulation du titre. Permettre à l'avaliste de se prévaloir de l'article L. 341-4 aurait fragilisé d'autant cette sécurité. Certes, même dans ce cas, le «vice de disproportion» aurait dû rester inopposable à un porteur de bonne foi, conformément à la règle reçue en droit cambiaire (art. L. 511-12 C. com., auquel renvoie l'art. L. 512-3). Mais, justement, une telle solution était-elle vraiment compatible avec l'article L. 341-4 ? Cela n'est pas certain. Pris dans sa lettre, ce texte aurait pu justifier que le vice de disproportion soit opposable même à un porteur de bonne foi («*Un créancier professionnel ne peut...*»). Enfin, l'application de l'article L. 341-4 à l'aval aurait dû, logiquement, annoncer celle des autres dispositions du Code de la consommation qui régissent le cautionnement des personnes physiques envers un créancier professionnel, en particulier des règles qui imposent une mention manuscrite (art. L. 341-2 et 3 C. consom.). Alors que l'aval se suffit de quelques mots suivis d'une signature, voire d'une signature seulement (art. L. 511-21, al. 4 et 5, C. com.). Et, de fait, l'arrêt ne laisse guère de doute sur l'inapplicabilité de ces mentions à l'aval (v. déjà, très implicitement : Com., 5 juin 2012, n° 11-19627).

S'agissant de la proportionnalité, cependant, il faut rester prudent, car l'article L. 341-4 n'est pas le seul fondement susceptible de remettre en cause une sûreté personnelle disproportionnée aux facultés contributives du garant. Bien avant l'adoption de ce texte, dans un célèbre arrêt «Macron», la Cour de cassation a en effet admis qu'un créancier ayant sollicité un tel engagement puisse être condamné à des dommages-intérêts sur le terrain de la responsabilité civile pour faute (Com., 17 juin 1997, *Bull.* n° 188), solution ensuite réservée à la caution profane (Com., 8 octobre 2002, *Bull.* n° 136). Dans ces conditions, il n'est pas totalement exclu que la responsabilité civile puisse, en matière d'aval, prendre le relais de l'article L. 341-4. Certes, on estime parfois que la responsabilité du créancier pour disproportion se rattache désormais au devoir de mise en garde (v. not. Com., 3 mai 2006, *Bull.* n° 103). Or, l'arrêt commenté exclut

précisément un tel devoir s'agissant de l'aval. Une décision toute récente laisse néanmoins entendre que cette responsabilité est en réalité autonome du devoir de mise en garde et qu'elle conserve une valeur, au moins résiduelle, en dehors de l'article L. 341-4 (Com., 2 octobre 2012, n° 11-28331). D'ailleurs, dans l'arrêt Macron, c'est un aval qui était en cause.

Cela étant, même si la responsabilité conservait une vocation résiduelle en matière d'aval disproportionné, l'éviction de l'article L. 341-4 présenterait toujours un intérêt pour le créancier, car cette responsabilité opère de façon moins brutale. Il est en effet acquis que les dommages-intérêts alloués à la caution doivent être limités à l'excès dont souffre l'engagement (Civ. 1^{re}, 20 décembre 2007, *Bull.* n° 393), lequel peut donc subsister en-deçà. Au contraire, la Cour de cassation a jugé que la déchéance prévue par l'article L. 341-4 ne s'appréciait pas à la mesure de la disproportion (Com., 22 juin 2010, *Bull.* n° 112, *D* 2010, jur. p. 1985, note crit. D. Houtcieff). Il en résulte que la sûreté n'est pas réduite à due proportion de l'excès, ce qui permettrait au créancier d'en bénéficier pour le reste, mais tout entière privée d'efficacité. Sans préjudice de l'argument qui pourrait être tiré de la dernière partie de l'article L. 341-4, c'est la logique du «tout ou rien» qui règne ici (P. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 4^e édition, n° 463). Et c'est donc à cette logique que l'aval permet *a minima* d'échapper.

La transmission d'une créance issue d'une garantie de passif (Com., 9 octobre 2012 : (2)).

Elle ne va pas toujours de soi ! Pour preuve, cet arrêt. Une cession de droits sociaux contient, comme d'ordinaire, une garantie contractuelle. Plus précisément, le cédant s'engage à dédommager le cessionnaire, au *pro rata* du nombre de parts cédées, de tout amoindrissement de l'actif ou de tout accroissement du passif survenu après la cession et ayant une origine antérieure à celle-ci. Quelques mois plus tard, le cessionnaire cède à son tour les titres, dans un acte qui prévoit expressément la transmission de l'intégralité des engagements souscrits par le cédant initial. Après avoir fait signifier la cession dans les conditions de l'article 1690 du Code civil, le second cessionnaire prétend mettre en œuvre la garantie à l'encontre dudit cédant. La cour d'appel saisie du litige le déboute, aux motifs, d'une part, que cette garantie n'est pas une garantie de passif mais une garantie de valeur, consentie au premier cessionnaire et à lui seul faute de faculté de transmission prévue dans la première cession, et d'autre part, que la clause de transmission contenue dans la seconde cession est inopposable au cédant initial. Et c'est la cassation : «*En se déterminant par de tels motifs, impropres à établir que [le second cessionnaire] ne pouvait se prévaloir de la cession de la créance [du premier cessionnaire], signifiée [au cédant initial], dès lors que l'absence de stipulation, dans l'acte de cession initial, d'une faculté de transmission de la garantie contractuelle ne faisait pas par elle-même obstacle à ce que le bénéficiaire de celle-ci cède la créance en résultant au sous-acquéreur de ses droits sociaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.*»

La solution n'a rien de vraiment étonnant. L'argument tiré de l'inopposabilité de la clause de transmission ne pouvait prospérer. Certes, le débiteur cédé [ici, le cédant initial] est par hypothèse un tiers à la cession de créance. Mais la cession ne lui est pas moins opposable, en tout cas lorsqu'elle a fait l'objet de l'une des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil ou de celles que la jurisprudence considère comme équivalentes (ex. : l'acceptation par acte sous seing privé). Il n'est pas question d'invoquer ici l'article 1165 du même Code. Ce texte exclut simplement que l'on puisse créer à la charge d'un tiers une dette ou une créance (réserve faite de la stipulation pour autrui). Il ne subordonne en aucune façon la cession d'une créance au consentement du débiteur cédé.

Reste la nature de la garantie convenue en l'occurrence. La cour d'appel y a vu une «garantie de valeur», type de garantie que l'on distingue généralement de la garantie de passif proprement dite (v. B. Lecourt, *Rép. Dalloz Droit des sociétés*, v° Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, n° 33 et s. ; F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, 2010-2011, n° 93-13 et s.). Dans la première, que l'on assimile souvent à une clause de révision de prix, le cédant s'engage à indemniser le cessionnaire de la baisse de valeur que pourraient subir les titres à raison de la survenance d'un passif ou d'une diminution

d'actif. Dans la seconde, il s'oblige à assumer le passif social survenu postérieurement à la cession, suivant des modalités variables. Face à cette distinction classique, on s'explique mal le raisonnement mené par l'arrêt cassé. Autant la cession d'une créance issue d'une garantie de passif *stricto sensu* peut faire difficulté, pour cette raison que le créancier est généralement la société cible elle-même ou le tiers titulaire de la créance à l'origine du passif. Dans ce cas, en principe, le cessionnaire n'est pas lui-même créancier, mais plutôt acteur d'une stipulation pour autrui, dans laquelle il occupe la position de stipulant. C'est alors tout au plus le droit conféré par cette position qu'il peut transmettre, et spécialement le droit d'exiger l'exécution de l'engagement (v. O. Deshayes, note sous Com., 11 mars 2008, *D* 2008, p. 1801, spéc. n° 6), mais non la créance même, qui ne lui appartient pas. En revanche, s'agissant d'une garantie de valeur, les choses se présentent de façon bien plus simple. Le cédant intermédiaire étant créancier du cédant initial, rien ne s'oppose à ce qu'il cède sa créance, comme tout créancier peut le faire en principe (sur la question, v. not. H. Dubout, *Le sort des garanties de passif en cas de revente de la société cible en droit français*, *Bull. Joly* 1998, p. 1250 ; H. Lécuyer et D. Poracchia, *La circulation de la garantie de passif et de la clause compromissoire*, *Dr. et patr.*, janv. 2008, p. 67). Sans doute la Cour de cassation décide-t-elle qu'une garantie de valeur ne bénéficie, sauf clause contraire, qu'au cessionnaire (v. Com., 3 avril 2007, n° 04-15532 ; Com., 11 mars 2008, n° 06-20738, préc. ; rapp. Com., 11 septembre 2012, n° 11-13167). Mais le raisonnement a ici pour seule finalité d'écartier la thèse voulant que le cessionnaire puisse être privé de la garantie du *seul fait* qu'il a revendu ses titres. Il n'exclut donc nullement la possibilité, pour un cessionnaire, de céder avec ses titres la créance qu'il détient contre son propre cédant à raison de la garantie.

On terminera en observant toutefois que cette cessibilité n'est pas nécessairement acquise en toute hypothèse. Cela résulte de l'arrêt commenté, qui ne condamne pas la position de la cour d'appel en elle-même, mais l'estime insuffisamment justifiée en l'occurrence. La Haute juridiction n'exclut donc pas que la cession d'une créance afférente à une garantie de valeur puisse être sujette à contestation. Dans quels cas le sera-t-elle ? On peut d'abord s'interroger sur l'efficacité d'une cession intervenue avant toute survenance d'un sinistre générateur de la garantie. Pareille cession ne pourrait-elle pas être querellée, au motif qu'elle porte sur une créance simplement éventuelle ? Probablement pas (v. égal. N. Borga, note sous l'arrêt, *D* 2012, jur. P. 3021, spéc. n° 6 ; comp. P. Mousseron, *JCP E* 2012, 1654 ; G. Wicker et F. Deboissy, *JCP* 2012, 1777). Il est vrai que la cession des créances éventuelles est discutée (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10^e éd., n° 1278 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Le rapport d'obligation*, 6^e éd., n° 340). Mais il est généralement admis qu'une créance ayant un support contractuel peut, sous réserve d'être suffisamment identifiée, faire l'objet d'une cession (v. les auteurs préc. et, très nettement en ce sens : Civ. 1^{re}, 20 mars 2001, *Bull.* n° 76, *D* 2001, jur. p. 3110, note L. Aynès). Or, en l'occurrence, un tel support existe par hypothèse, et il appartiendra aux parties à la cession de prendre soin à identifier la ou les créances cédées(s).

Mais on peut encore songer à l'hypothèse dans laquelle la garantie contient une clause rendant la créance incessible, clause dont l'opposabilité au second cessionnaire peut faire difficulté (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, n° 340, et les réf.), mais dont la validité est admise sauf disposition contraire (ex. : art. L. 442-6, II, c, C. com.). A lire l'arrêt, d'ailleurs, on a l'impression qu'une telle incessibilité conventionnelle pourrait peut-être même s'évincer de l'économie du contrat, car la Cour ne dit pas que seule une clause contraire pouvait justifier la position des juges d'appel. C'est dire que, si l'absence de stipulation d'une faculté de transmission de la garantie n'empêche pas à elle seule la cession, comme le dit l'arrêt, les parties ont cependant tout intérêt à envisager clairement la question lors de la rédaction de ladite garantie.

1) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026573356&fastReqId=1869746179&fastPos=1>

2) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026486464&fastReqId=1461415104&fastPos=1>