



■ **CAUTIONNEMENT : L'ABSORPTION DU CREANCIER MET FIN A LA COUVERTURE (COM., 16 SEPTEMBRE 2014 :<sup>1</sup>)**

Cet arrêt énonce une solution très importante en pratique et dissipe le doute qu'une décision récente avait pu susciter. Une banque se porte caution d'une société A envers une société B, dans le cadre d'un engagement « omnibus » couvrant les dettes futures de la première à l'égard de la seconde dans la limite de 38 000 euros environ (on se réfère, ici et plus loin, à l'arrêt d'appel : CA Lyon, 21 mars 2013, 1<sup>ère</sup> ch. civ. A, n° 11/04952). Parallèlement, la société A, société cautionnée, consent au profit de la banque un nantissement sur un compte à terme qu'elle détient dans les livres de celle-ci et qui contient une somme de 38 000 euros. Ce nantissement est vraisemblablement donné pour garantir le recours contributoire de la banque caution à l'égard de la société A, débitrice principale, même si les termes employés par l'arrêt sont un peu équivoques sur ce point.

Quelques mois plus tard, alors que l'encours de la dette de A vers B s'élève approximativement à 1 800 euros, la société B, créancière et bénéficiaire du cautionnement, est absorbée. La banque accepte toutefois de « maintenir » son engagement de caution au profit de l'absorbante. Un peu plus de deux ans plus tard, la société cautionnée A est mise en liquidation. La créance de l'absorbante est alors admise au passif à hauteur

d'un montant composé, notamment, de sommes dues par la société A *postérieurement à l'absorption*. Puis, ayant payé dans la limite du plafond prévu au cautionnement, la banque met en œuvre le nantissement pour obtenir remboursement. Le liquidateur lui réclame alors restitution de la somme ainsi prélevée sur le compte à terme, déduction faite de ce qui était dû à l'absorbée *au jour de l'absorption*, soit un solde d'un peu plus de 36 000 euros. Autrement dit, il conteste que le nantissement puisse être mis en œuvre pour le remboursement de ce qu'a payé la banque caution au titre des sommes dues par la société A postérieurement à l'absorption.

Les juges d'appel saisis du litige font droit à la demande du liquidateur et en sont approuvés par la Cour de cassation. Le raisonnement étayant cette solution tient en deux temps. D'une part, et c'est le plus important, « *la fusion-absorption de la société [créancière], entraînant sa disparition avait eu pour conséquence de limiter l'engagement de caution de la banque aux sommes dues par la société [cautionnée] à la date de cette fusion-absorption* ». D'autre part, le seul fait que la banque ait accepté de couvrir les dettes nées postérieurement à l'absorption du créancier initial, c'est-à-dire au bénéfice de l'absorbante, ne justifie pas, à défaut d'accord de la société cautionnée (et constituante du nantissement) ou de son liquidateur, la mise en œuvre du nantissement en remboursement desdites dettes payées par la banque. En d'autres termes, le nantissement ne garantissait pas le recours contributoire de la banque caution afférent aux dettes postérieures à l'absorption.

Il est donc clair, tout d'abord, que l'absorption du créancier met fin à l'obligation de couverture de la caution, de sorte que cette dernière ne garantit que les seules obligations nées avant cette absorption et non celles qui lui sont postérieures. Il se confirme ainsi que l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 janvier 2014, à propos de l'absorption de la sous-caution, n'annonçait pas de revirement par rapport à cette solution déjà retenue par le passé (v. notre Lettre, mars 2014). Quoique critiquée, ladite solution n'est pas sans mérite. Il est vrai que la personne du créancier n'est pas *toujours* déterminante de l'engagement de la caution (A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ 2010, n° 1024 et s. ; D. Houtcieff, *Contribution à l'étude de l'intuitu personae*, Remarques sur la considération de la personne du créancier, RTD Civ., 2003, p. 3.). Mais on peut légitimement présumer qu'elle l'est aux yeux d'une caution qui souscrit un cautionnement « omnibus », dont l'étendue peut varier suivant le tempérament du créancier. Certes, dans l'absolu, il serait concevable que cette présomption puisse être renversée au vu des circonstances. Reste que cette possibilité ne s'accommoderait pas avec la loi, pour laquelle le cautionnement suppose un engagement exprès (art. 2292 C. civ.). Et, précisément, rien n'interdit aux parties d'étendre de façon expresse l'engagement de la caution aux dettes postérieures à la fusion. La jurisprudence leur en reconnaît clairement la faculté : « *l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 septembre 2004, Bull. n° 214).

En l'espèce, la banque caution avait manifesté sa volonté en ce sens, non pas dans le cautionnement initial, mais après – sans doute une fois l'absorption réalisée. C'est le deuxième enseignement de l'arrêt que de montrer l'un des inconvénients de cette option. Dès lors que l'engagement souscrit par la caution est nouveau, la sûreté réelle constituée pour garantir son recours contributoire au titre du premier cautionnement ne peut pas être utilisée dans le cadre du second. La solution est logique. Elle découle du contrat et peut être rapprochée du principe dit de « spécialité quant à la créance garantie »<sup>1</sup>. Un nantissement garantissant le paiement de telle créance ne peut être étendu à telle autre créance qui n'aurait pas été envisagée dans l'acte constitutif.


L'arrêt semble néanmoins (semble, car il se réfère à l'analyse des juges d'appel) réserver la possibilité d'un accord même tacite du constituant (ou du liquidateur, le cas échéant) pour « transférer » le nantissement. Il paraît difficile d'appréhender cette possibilité au pied de la lettre, en ce sens que le même nantissement garantirait la nouvelle dette, à l'image de ce que permettait l'hypothèque rechargeable supprimée par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation. A tout le moins cette possibilité soulèverait-elle des questions : faut-il que ce « transfert » ait été prévu dans la convention constitutive ? quelle forme doit-il prendre ? à quelle date est-il opposable aux tiers ? En l'état, et sous l'empire du droit actuel (les faits de l'espèce sont

antérieurs à l'ordonnance de 2006 réformant le droit des sûretés), il semble indispensable de partir du principe qu'il y a un nouveau nantissement et, par conséquent, de respecter la forme écrite qui conditionne sa validité (art. 2336 C. civ.).

Pour faire l'économie de cette nouvelle opération, on peut penser à insérer dans le cautionnement initial une clause anticipant l'éventuelle fusion-absorption du créancier. Il est cependant permis de s'interroger sur la validité d'une telle clause, compte tenu de la formule jurisprudentielle précitée. Celle-ci peut en effet être comprise comme exigeant un *engagement de maintien*, pris directement envers l'absorbante le moment venu. Et la jurisprudence concernant cette clause, outre qu'elle est assez rare, n'est pas tout à fait explicite<sup>2</sup>. Mais, sous réserve de la validité de la clause, le nantissement couvrant le cautionnement devrait alors logiquement englober la période postérieure à la fusion. En dehors de ce biais, on peut aussi appréhender la question dans le nantissement lui-même. La loi prévoit en effet expressément, aujourd'hui, la possibilité de consentir un gage en garantie de créances futures, ce qui devrait inclure les créances éventuelles<sup>3</sup>. Il est donc envisageable de viser dans le gage ou le nantissement la créance de recours contributoire de la caution à raison de l'engagement de maintien susceptible d'être pris en cas d'absorption du créancier, à condition bien sûr de respecter l'exigence de déterminabilité posée par la loi (art. 2333, al. 2, C. civ.).

<sup>2</sup> v., implicitement favorable à cette clause : Com., 24 mars 1992, Bull. n° 127 ; CA Pau, 29 juin 2000, JurisData n° 2000-125329, spéc. p. 8 ; en faveur de la clause : P. Simler, *Cautionnement*, 4<sup>ème</sup> éd., n° 703

<sup>3</sup> M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 9<sup>ème</sup> éd., n° 741

■ **UNE OFFRE DE CONTRAT PEUT-ELLE ETRE RETRACTEE APRES EMISSION DE L'ACCEPTATION MAIS AVANT RECEPTION DE CELLE-CI ? (CIV. 3EME, 17 SEPTEMBRE 2014 :)**

Voilà une question bien ancienne, d'un intérêt pratique évident, et qui pourtant n'a jamais été véritablement résolue, ni par la loi (v. cep. art. 1369-5 C. civ., concernant le contrat conclu sous forme électronique), ni par la jurisprudence. Une femme consent à un homme une promesse de vente sur une maison. Le 11 février 2004, le notaire chargé de la vente notifie à la commune une déclaration d'intention d'aliéner. Par délibération du 29 mars suivant, le conseil municipal décide de préempter. Le 1<sup>er</sup> avril, le notaire adresse à la commune une lettre RAR lui indiquant que les parties ont « résilié » la promesse. Par lettre RAR expédiée le 2 avril, la commune notifie la préemption auxdites parties. Le 3 avril, la propriétaire de la maison reçoit cette notification, et la commune la lettre du notaire faisant état de la « résiliation ».

Prétendant que la vente est parfaite, la commune assigne en réalisation forcée. Les juges d'appel ne la suivent pas, et pas davantage la troisième Chambre civile de la Cour de cassation : « *ayant relevé (...) que Mme X... et M. Y... avaient pris la décision de résilier la vente le 1<sup>er</sup> avril 2004 et que cette décision avait été notifiée par lettre recommandée postée le 1<sup>er</sup> avril 2004 et réceptionnée en mairie le 3 avril 2004, la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que l'offre de vente résultant de la déclaration d'intention d'aliéner constituait jusqu'à son acceptation par le titulaire du droit de préemption une simple sollicitation qui pouvait être rétractée unilatéralement, a pu en déduire que la décision de préempter*

*n'avait pu prendre effet puisqu'à sa notification intervenue au mieux le 3 avril, Mme X... avait rétracté son intention d'aliéner avant que la commune ne lui signifie son intention d'acquérir ».*

L'affaire était emblématique. En substance, quatre systèmes sont généralement proposés pour résoudre ce type de problème dit des « *contrats entre absents* »<sup>4</sup>. Le premier considère que l'acceptation forme le contrat dès qu'elle a été exprimée, sans qu'il soit besoin qu'elle ait été expédiée à l'offrant ni *a fortiori* reçue par celui-ci (théorie de la « déclaration »). Le contrat serait formé dès cette date et c'est donc à compter de cette date que l'offre ne pourrait plus être rétractée par le pollicitant. Le deuxième système exige que l'acceptation ait été expédiée à l'offrant (théorie de l'« émission »). Le troisième, qu'elle ait été reçue par ce dernier (théorie de la « réception »). Le quatrième, que l'offrant ait eu effectivement connaissance de l'acceptation (théorie de l'« information »).

L'espèce offrait le choix entre au moins trois de ces quatre systèmes. On pouvait considérer que le contrat était parfait à la date de l'expédition de la lettre de notification de la préemption (émission), soit à celle de la réception de ladite lettre (réception), soit plus tard dans l'hypothèse où il était établi que la propriétaire n'avait pas ouvert la lettre au jour de sa réception (information). Dans le présent arrêt, la Cour de cassation décide que les juges d'appel ont « pu », pour décider que la vente n'était pas parfaite, se fonder sur le fait que la notification était « *intervenue au mieux le 3 avril* », c'est-à-dire à la date à

laquelle la propriétaire avait reçu la notification de la préemption. La référence à la théorie de la réception est patente.

Elle l'est d'autant plus que ce « *au mieux* » laisse entendre que la date du 2 avril, date d'expédition de la lettre de notification, donc la théorie de l'émission, ne pouvait être retenue. Qui plus est, en retenant même cette dernière date, on aurait abouti à une solution identique puisque la rétractation est de toute façon intervenue le 1<sup>er</sup> avril (v. L. Leveneur, note sous l'arrêt, *Contr. conc. cons.*, décembre 2014, comm. 265). L'insistance sur la date du 3 avril est donc significative du choix qui est fait en faveur théorie de la réception. Certes, la Cour de cassation elle-même ne s'approprie pas la décision des juges d'appel, mais se borne à admettre qu'ils aient fait application de cette théorie. On peut toutefois y voir, *a minima*, une distance prise par rapport à une décision ancienne de la Chambre commerciale qui avait semblé montrer sa préférence pour la théorie de l'émission (Com., 7 janvier 1981, Bull. n° 14 ; comp. Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 juin 2011, Bull. n° 103, se référant, dans un contexte légal particulier, à la « *connaissance de l'acceptation de l'offre par le pollicitant* »).

Mieux, il est permis de voir dans l'arrêt une sorte d'anticipation sur le dernier avant-projet de réforme du droit des obligations émanant de la Chancellerie (23 octobre 2013). Un article 22 y consacre en effet sans ambiguïté la théorie de la réception : « *Le contrat est parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est parvenue.* ». L'année 2015 devrait être l'occasion d'en discuter, parmi d'autres sujets. L'avant-projet se trouve en effet de nouveau sur la rampe de lancement depuis que

l'Assemblée nationale a adopté, en nouvelle lecture, le projet de loi d'habilitation du Gouvernement à réformer le droit des obligations par ordonnance. En attendant cet événement majeur, bonnes fêtes de fin d'année à toutes et à tous !

<sup>4</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 16<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 161 et s.