Cautionnement : extension des règles du Code de la consommation aux créanciers professionnels sans but lucratif et aux contre-garants

Manuella Bourassin

▶ **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Cautionnement : extension des règles du Code de la consommation aux créanciers professionnels sans but lucratif et aux contre-garants. Gazette du Palais, 2017, 39, pp.74-76. hal-01797737

HAL Id: hal-01797737
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01797737

Submitted on 21 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Cautionnement : extension des règles du Code de la consommation aux créanciers professionnels sans but lucratif et aux contre-garants

Manuella Bourassin, professeur agrégé à l'université Paris Nanterre, directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457), codirectrice du master Droit notarial

Les règles du Code de la consommation relatives au cautionnement s'imposent aux « créanciers professionnels », que la Cour de cassation définit comme ceux dont la créance est en rapport direct avec l'une de leurs activités professionnelles. Elle précise ici, pour la première fois, que l'absence de but lucratif est indifférente. Le champ d'application des règles consuméristes se trouve, en outre, étendu au bénéfice des contre-garants personnes physiques.

Cass. com., 27 sept. 2017, no 15-24895, ECLI:FR:CCASS:2017:CO01244, M. Y c/ Association professionnelle de solidarité du tourisme, PB (cassation partielle CA Toulouse, 9 déc. 2014), M. Rémery, cons. doyen f. f. prés. ; SCP Marlange et de La Burgade, Me Haas, av.

Les dispositions du Code de la consommation relatives au cautionnement***1*** – formalisme, proportionnalité, informations – suscitent un contentieux très abondant, notamment quant à leur champ d'application qui repose sur deux critères, l'un et l'autre sujets à interprétation. Le premier a trait à la qualité de « caution personne physique », qui s'éloigne de celle de « consommateur » privilégiée dans le reste du Code de la consommation. En effet, la jurisprudence protège aussi bien les personnes physiques qui se portent cautions « à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de [leur] activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » (C. consom., art. liminaire), c'est-à-dire des cautions en général affectivement proches du débiteur principal, que des cautions intégrées dans la société débitrice, spécialement ses dirigeants ou associés. En fournit un nouvel exemple l'arrêt commenté rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 septembre 2017, dans lequel les cautions étaient les cogérants de la société garantie.
L'originalité de cette décision est ailleurs et elle est double. Elle tient, d'une part, au fait que ces cautions garantissaient, non pas les dettes de leur société vis-à-vis d'un créancier dispensateur de crédit, mais la dette de remboursement de leur société à l'égard d'un garant de premier rang. Autrement dit, les dirigeants s'étaient portés contre-garants (2). L'originalité de l'arrêt concerne, d'autre part, le second critère d'application des règles du Code de la consommation relatives au cautionnement, i.e. la qualité de « créancier professionnel » de son bénéficiaire (1).
1. Depuis 2009, la Cour de cassation décide de soumettre aux règles du Code de la consommation gouvernant le cautionnement, pour la plupart issues de la loi Dutreil n° 2003-721 du 1er août 2003, outre les professionnels du secteur bancaire***2***, tout créancier « dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles », principale ou accessoire***3***. Jusqu'à présent, ce critère n'avait été mis en œuvre que dans les relations entretenues par la société débitrice avec des

partenaires commerciaux, tels des fournisseurs de matériaux ou de services lui accordant des délais de paiement***4*** ou lui donnant à bail des locaux***5***.
Le contexte de l'affaire jugée le 27 septembre 2017 est tout à fait différent. Pour obtenir la licence d'agent de voyages, une société a adhéré à l'association professionnelle de solidarité du tourisme (APST), dont l'activité consiste à fournir la garantie financière professionnelle imposée par l'article L. 211-18, II, a), du Code du tourisme. Cette garantie, qui profite aux clients de l'agence de voyages et couvre la restitution des fonds qu'ils lui versent, ainsi qu'un éventuel rapatriement, peut être délivrée par une entreprise d'assurance, un établissement de crédit, une société de financement ou encore un groupement d'associations ou d'organismes sans but lucratif***6***, ce qui était le cas en l'espèce. En prévision de la mise en œuvre de sa garantie financière et de son recours en remboursement contre la société débitrice, l'association a obtenu la contre-garantie des cogérants de cette société, sous la forme de cautionnements solidaires. Consentis le 14 avril 2003, c'est-à-dire avant l'adoption de la loi Dutreil précitée, ces cautionnements ont été tacitement reconduits (de nouveaux contrats naissent de ce type de renouvellement***7***) un an après, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi. N'ayant pas rédigé les mentions prescrites par ce texte (C. consom., art. L. 341-2 et L. 341-3), les cautions ont opposé à la demande en paiement de l'association la nullité de leur engagement. Le succès de cette prétention dépendait de la qualification de l'association en « créancier professionnel ».
La cour d'appel de Toulouse a écarté cette qualification et validé, en conséquence, les cautionnements litigieux, au motif que « l'APST, qui agit sans but lucratif et se définit à travers ses statuts comme un garant professionnel, ne peut, de ce fait, être considérée comme un créancier professionnel au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ».
La Cour de cassation a décidé le contraire, en rappelant, au sein d'un « chapeau », le critère – privilégié depuis huit ans – du rapport direct entre la créance et l'une des activités professionnelles du créancier. Elle a considéré que ce critère était satisfait en l'espèce, car « la créance garantie par le cautionnement de M. X était en rapport direct avec l'activité professionnelle qu'exerce, même sans but lucratif, l'APST ». Il ressort clairement de cet attendu que la poursuite d'un but lucratif n'est pas un critère supplémentaire de définition du créancier professionnel. La solution est inédite, mais n'a rien de surprenant. L'évolution du droit positif à l'égard des contrats, tant de cautionnement que de consommation, la laissait présager.
En effet, il est habituel que le champ d'application des dispositions spéciales régissant le cautionnement soit interprété largement par les juges, qui trouvent dans la maxime « là où la loi ne distingue pas, on ne distingue pas » un moyen de rendre effectives les protections accordées par la loi aux cautions personnes physiques***8***. En outre, l'existence d'un but lucratif a déjà été jugée indifférente dans un autre contentieux, celui se rapportant à la notion d'« entreprise » qu'emploie l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier pour qualifier, non pas le bénéficiaire du cautionnement, mais le débiteur de la dette cautionnée***9***.
Il était également possible d'anticiper la solution adoptée par l'arrêt étudié au vu de la conception du « professionnel » qui s'est progressivement imposée en droit de la consommation, en dehors du domaine du cautionnement. Avant que la loi n'en ait donné une définition, la Cour de cassation a soumis aux règles consuméristes des personnes morales exerçant une activité économique de fourniture de biens ou services, mais dépourvues de but lucratif, telles une mutuelle d'assurance***10*** ou une association***11***. Depuis l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, l'indifférence du but lucratif ressort en creux de la définition du « professionnel » inscrite dans l'article liminaire du Code de la consommation, qui retient comme unique critère une

action « à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».
La solution énoncée par la chambre commerciale le 27 septembre 2017 à l'égard d'associations sans but lucratif, bénéficiaires d'un cautionnement, était donc prévisible. L'était bien moins celle tenant à la présence d'une contre-garantie.
2. Une contre-garantie couvre la créance de remboursement d'un garant de premier rang à l'encontre du débiteur principal dont il a payé la dette. Bien que très fréquente en pratique, qu'elle s'adjoigne à un cautionnement (on parle alors de sous-cautionnement***12***) ou à une garantie autonome consentie par un garant professionnel qui ne veut pas supporter le poids définitif du paiement en cas d'inefficacité de son recours contre le débiteur principal, la contre-garantie ne fait l'objet d'aucune réglementation. Il revient ainsi à la doctrine d'en préciser l'analyse***13***, et à la jurisprudence d'en fixer le régime, au cas par cas.
La plupart des arrêts assimilent les contre-garanties aux garanties de premier rang. La Cour de cassation a ainsi jugé en 2002 que, « dans les rapports existant entre le débiteur principal, la caution et la sous-caution, cette dernière doit, à tous égards, être traitée comme une caution »***14***. Toutefois, certaines protections légales des cautions ont déjà été refusées à des sous-cautions : l'information annuelle de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier***15*** et le formalisme du Code de la consommation. Un arrêt non publié en date du 11 mars 2014***16*** a en effet écarté la qualification de « créancier professionnel », partant le respect des mentions manuscrites des articles L. 341-2 et L. 341-3 de ce code, à l'égard d'une caution contre-garantie par un autre cautionnement. La portée de cette décision était incertaine : arrêt d'espèce inspiré par des circonstances de fait très particulières***17*** (la caution de premier rang, associée de la société débitrice, était une personne physique ayant obtenu la contre-garantie lors de la cession de ses parts sociales, donc à un moment où elle n'était plus un professionnel) ou arrêt annonçant l'éviction des règles consuméristes (formalisme, proportionnalité, informations) dans les relations garant de premier rang (telles les banques et les sociétés de caution mutuelle)/contre-garant***18*** ? Cette seconde voie était très critiquable, non seulement en droit au regard de la maxime Ubi lex (les textes du Code de la consommation visant le « créancier professionnel » ne distinguent pas selon l'origine de la créance garantie – crédit accordé au débiteur principal ou recours en remboursement exercé contre celui-ci), mais également en opportunité, puisque l'éviction des dispositions du Code de la consommation en présence d'une contre-garantie emportait « le risque que l'utilisation du mécanisme du sous-cautionnement devienne un moyen relativement aisé de contourner la protection légale des cautions personnes physiques »***19***.
L'arrêt du 27 septembre 2017 lève l'incertitude et dissipe ce risque, en accordant le bénéfice des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation à une caution de second rang, et ce en soulignant que la créance garantie par le cautionnement était une garantie financière. Il s'en infère que le « créancier professionnel » au sens de ces deux dispositions et, plus largement, de toutes celles du Code de la consommation régissant le cautionnement, n'est pas nécessairement celui qui octroie un crédit au débiteur principal. Il peut s'agir d'un garant professionnel, que ce soit une banque, une société de caution mutuelle, une entreprise d'assurance ou une association sans but lucratif comme ici, qui consent un cautionnement, une garantie autonome ou, à l'instar de l'espèce, une garantie financière professionnelle.
Où l'on voit que le siège du droit commun des sûretés se situe de plus en plus au sein du Code de la consommation que les créanciers professionnels, dont font partie les garants de premier rang, même sans but lucratif, doivent impérativement respecter s'ils veulent être garantis ou contre-garantis efficacement.

Notes de bas de page

1 –
C. consom., art. L. 341-1 à L. 341-6 anc. (C. consom., art. L. 331-1, L. 331-2, L. 331-3, L. 332-1, L. 333-1, L. 333-2, L. 343-1 à L. 343-6 nouv.).

2 –
Seuls visés par les premiers textes du Code de la consommation intéressant les cautionnements couvrant des crédits à la consommation ou immobiliers : C. consom., art. L. 313-7 à L. 313-10 anc. (C. consom., art. L. 314-15 à L. 314-18 nouv.).

3 –
Cass. 1re civ., 9 juill. 2009, n° 08-15910 : Bull. civ. I, n° 173. Le même critère avait déjà été adopté pour circonscrire le champ de la législation sur les clauses abusives (Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, n° 92-18227 : Bull. civ. I, n° 54).

4 –
Cass. 1re civ., 25 juin 2009, n° 07-21506 : Bull. civ. I, n° 138 – Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26630 : Bull. civ. IV, n° 2.

5 –
Cass. 1re civ., 10 sept. 2014, no 13-19426, D ; Cass. 1re civ., 15 oct. 2014, no 13-20919, D.

6 –
C. tourisme, art. R. 211-32.

7 –
C. civ., art. 1214 et 1215, issus de l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

8 –
V. supra la jurisprudence relative à la notion de « caution personne physique » et les arrêts ayant précisé la notion de « créancier professionnel ».

9 –
La Cour de cassation privilégiant, depuis 2002, le critère de l'« activité économique réelle » exercée par le débiteur principal, elle a accordé le bénéfice de l'information annuelle prévue par le Code monétaire et financier à des cautions garantissant les prêts accordés à des associations à vocation religieuse ou sportive (Cass. 1re civ., 12 mars 2002, n° 99-17209 : Bull. civ. I, n° 86 – Cass. 2e civ., 26 sept. 2013, n° 12-22743, D).

10 –
Cass. crim., 12 févr. 1990, n° 89-80815 : Bull. crim., n° 71, en matière de ventes liées.

11 –
Cass. 1re civ., 3 févr. 2011, n° 08-14402 : Bull. civ. I, n° 23 : l'association CléVacances s'est vu qualifier de professionnel devant respecter la législation sur les clauses abusives, car participant à l'industrie du tourisme.

12 –
Nous n'employons pas ce qualificatif pour désigner les cautionnements de l'espèce se rattachant à une garantie financière professionnelle, car la nature de cette dernière est encore discutée. Certaines de ses caractéristiques la rapprochent d'un cautionnement (le garant paie la dette même de l'agence de voyages couverte ; le Code du tourisme renvoie au droit du cautionnement). Mais, depuis 1999, la Cour de cassation retient le caractère autonome des garanties financières professionnelles (Cass. ass. plén., 4 juin 1999, n° 96-18094 : Bull. civ. ass. plén., n° 4). V. Cabrillac S., Les garanties financières professionnelles, 2000, Litec.

13 –

V. Houin-Bressand C., Les contre-garanties, 2006, Dalloz, Nouv. Bibl. de thèses ; Collet P., « Les spécificités du sous-cautionnement », RLDC 2015/124, n° 5759 ; Gout O., « Réflexions sur la nature juridique du sous-cautionnement », RLDC 2008/55, n° 55 ; Saintourens B., « Certificateurs de cautions et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », in Mélanges Michel Cabrillac, 1999, Dalloz-Litec.

14 –

Cass. 1re civ., 26 févr. 2002, n° 99-12299 : Bull. civ. I, n° 67.

15 –

Cass. com., 3 déc. 2003, n° 99-12653 : Bull. civ. IV, n° 188 (ce texte n'est applicable qu'aux seuls « concours financiers ». Or, « n'entre pas dans cette catégorie le cautionnement accordé par un établissement de crédit, qui constitue une garantie et non une opération de crédit ») – Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-13308 : Bull. civ. IV, n° 32.

16 –

Cass. 1re civ., 11 mars 2014, n° 12-29195, D.

17 –

En faveur de cette lecture a minima, v. ss Cass. 1re civ., 11 mars 2014 préc., les commentaires de : Albiges C., Gaz. Pal. 4 juin 2014, n° 180v1, p. 17 ; Barthez A.-S., « Un sous-cautionnement est un cautionnement comme les autres ! », RDC 2014, n° 111a6, p. 653 ; Cabrillac S., Defrénois 15 mai 2015, n° 119w2, p. 488.

18 –

En ce sens, CA Paris, 28 avr. 2011, n° 08/09307, qui a écarté le formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, ainsi que l'exigence de proportionnalité de l'article L. 341-4, au motif que « la société de caution mutuelle, qui accorde sa garantie au débiteur principal et reçoit l'engagement de sous-cautions, ne consent pas de crédit ».

19 –

RTD civ. 2014, p. 692, note Crocq P.