

Le juge au secours du législateur : comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du code de la consommation

Yves Picod, Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Perpignan,  
Responsable du Centre de droit de la concurrence Yves Serra

1 - Lorsque la lumière tarde à venir de la part du législateur, la Cour de cassation vole parfois à son secours... Aussi, quand le texte est obscur, la jurisprudence recherche-t-elle la volonté du législateur. La Cour de cassation a ainsi récemment exercé son pouvoir d'interprétation - de façon téléologique - à propos de la non-application de la mention manuscrite exigée par l'article L. 341-3 du code de la consommation à l'acte authentique<sup>(1)</sup>. Mais, lorsque le texte est clair, il n'y a pas lieu de l'interpréter. Encore faut-il qu'il ne soit pas absurde<sup>(2)</sup> ou, comme dans cette affaire, incohérent et contraire aux principes...

2 - En l'espèce, la BNP Paribas avait consenti à la SARL Bertrand Frank un découvert en compte dont le remboursement était garanti par le cautionnement solidaire de son gérant, M. Bertrand. La société ayant été mise en redressement judiciaire, l'organisme bancaire avait poursuivi M. Bertrand en exécution de son engagement. Or, par une lecture littérale du texte, le tribunal de commerce de Châteauroux avait considéré que l'engagement de caution était nul, la mention manuscrite de l'article L. 341-3 du code de la consommation ne figurant pas sur l'acte. Le jugement avait cependant été infirmé par la cour d'appel de Bourges qui avait considéré la solidarité comme une simple modalité de l'engagement de caution et non une condition de validité. Rejetant le pourvoi contre cette décision, l'arrêt de la chambre commerciale du 8 mars 2011 constate que l'engagement de caution a été souscrit dans les conditions imposées par l'article L. 341-2 du code de la consommation. La Cour de cassation considère, en revanche, que la sanction de l'inobservation de la mention manuscrite concernant l'engagement de solidarité, exigée par l'article L. 341-3 du même code, ne pouvait conduire qu'à l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité. En d'autres termes, l'engagement demeure valable en tant que cautionnement simple, sans la moindre contamination. La requalification sauve l'engagement de l'annulation.

3 - Depuis la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>(3)</sup>, les cautions personnes physiques s'engageant envers un professionnel par acte sous seing privé doivent, à peine de nullité, faire précéder leur signature de la mention manuscrite suivante : « *En me portant caution de X... dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* ». Or, si le créancier exige un cautionnement solidaire, la caution doit également, à peine de nullité de l'engagement, ajouter la mention suivante : « *En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X...* ».

4 - On constatera que le nouvel article L. 341-3 reproduit toutes les maladresses de l'article L. 313-8 du code de la consommation relatif aux opérations de crédit soumises au droit de la consommation, pourtant pointées du doigt par la doctrine au cours de ces dernières années.

Tout d'abord, le législateur réduit le cautionnement solidaire au seul bénéfice de discussion en continuant à ignorer le bénéfice de division, second effet essentiel de la solidarité. Il a oublié que la consécration du bénéfice d'ordre (ou de discussion) de Justinien avait été précédée par le bénéfice de division d'Hadrien ; il néglige de ce fait son importance.

Ensuite, ce qui est plus grave, la mention manuscrite de l'article L. 341-3 est exigée, à l'instar de l'article précédent sur la mention principale, « à peine de nullité de son engagement » ; en d'autres termes, l'engagement de la caution est rendu totalement inefficace par la loi, la modalité de solidarité et le corps du cautionnement formant en quelque sorte un tout indivisible. On procède comme si la solidarité était devenue la cause impulsive et déterminante de l'engagement (4), alors qu'il ne s'agit que d'une modalité.

On pourrait considérer que l'*engagement* vise - dans l'esprit d'un législateur peu rigoureux - celui que prend la caution aux termes de la mention manuscrite, selon laquelle la caution s'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger que le créancier poursuive préalablement le débiteur. Mais le rapprochement de l'article L. 341-3 avec l'article L. 341-5, issu de la même loi, peut en faire douter : de façon à décourager le cautionnement indéfini, ce dernier texte prévoit en effet que les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion sont *réputées non écrites* dans le contrat souscrit si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global. Ici, le législateur prend bien soin de limiter la portée de la nullité à la seule modalité du cautionnement. La sanction est ainsi clairement dégagée de l'engagement de caution lui-même : tel n'est pas le cas dans l'article L. 341-3, lequel reprend la même formule que l'article L. 341-2 concernant la sanction de la violation du formalisme de la mention manuscrite, c'est-à-dire la *nullité de l'engagement*, comme il l'avait fait en 1989 à propos du cautionnement d'un contrat de crédit soumis au code de la consommation (art. L. 313-7 et L. 313-8).

5 - Le droit de la consommation nous a habitués aux sanctions brutales, somme toute dissuasives, à l'instar des sanctions de nature répressive. Mais il alimente parfois l'esprit de chicane, d'autant que le texte consumériste bénéficie sans distinction à toute personne physique, même commerçante, ou, comme en l'espèce, gérant de la société cautionnée ; en d'autres termes, les cautions non profanes peuvent tirer parti de la protection du faible.

C'est la raison pour laquelle l'arrêt de la chambre commerciale du 8 mars 2011 considère que la sanction du non-respect de l'article L. 341-3 ne peut concerner que la modalité de solidarité ; l'engagement de la caution demeure valable en tant que cautionnement simple, à partir du moment où l'engagement de caution a été souscrit dans les conditions imposées par l'article L. 341-2 du code de la consommation, à savoir la stricte mention manuscrite indiquée, à l'exclusion de nulle autre (5).



6 - La Cour régulatrice corrige ainsi une maladresse que le Doyen Simler a qualifiée de « *bévue législative* » (6). Celle-ci a été introduite par la loi du 31 décembre 1989 pour le cautionnement du crédit et reprise à l'identique - malgré des critiques doctrinales unanimes - par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'ensemble des crédits souscrits par acte sous seing privé entre professionnels et personnes physiques. La chambre commerciale semble s'affranchir d'un texte relativement clair à notre sens, mais qui conduisait à une solution inadaptée et juridiquement inacceptable. Elle passe ainsi d'une fonction classique d'interprétation à un véritable pouvoir d'adaptation lui permettant de mettre fin à une incohérence, sans attendre une loi de simplification et de clarification ou encore l'éventuelle grande réforme législative du cautionnement qui tarde à venir depuis les pertinentes propositions de la commission Grimaldi.

Georges Braque disait aimer non seulement « *la règle qui corrige l'émotion* », mais aussi « *l'émotion qui corrige la règle* ». On peut ici partager son noble sentiment...

#### **Mots clés :**

CAUTIONNEMENT \* Caution \* Mention \* Acte sous seing privé \* Cautionnement solidaire \* Créancier professionnel



(1) Com. 6 juill. 2010, Dr. et proc. 2010. 261, avec nos obs. ; solution identique antérieure fondée sur les textes sur le crédit régi par le droit de la consommation : Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 2004, n° 01-13.930, Bull. civ. I, n° 60 ; D. 2004. 805 (6), obs. V. Avena-Robardet ; AJDI

2004. 648 , obs. F. Cohet-Cordey .

(2) H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, coll. Leçons de droit civil, par F. Chabas, 12<sup>e</sup> éd., 2000, n° 110.

(3) L. Aynès, La réforme du cautionnement par la loi Dutreil, *Dr. et patr.*, nov. 2003. 28.

(4) Sur cette question, cf. nos obs. *in* Nullité, *Rép. civ.* Dalloz, n° 96 s., et *Droit des sûretés*, PUF, coll. Thémis, 2008, n<sup>os</sup> 73 et 77.

(5) La Cour de cassation a logiquement estimé que la simple omission de la conjonction « et » entre la mention du montant de l'engagement et celle de sa durée n'affecte ni le sens ni la portée de la mention manuscrite prescrite par l'art. L. 313-7 c. consom. : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2004, n° 02-17.028, *Bull. civ. I*, n° 254 ; D. 2005. 2836 , obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; JCP E n° 5, 2005. 183, note D. Legeais ; RDC 2005. 403, obs. D. Houtcieff.

(6) *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2008, n° 258.