

4. Droit des affaires

Par **Denis VOINOT**, Professeur à l'Université de Lille II
Avec la collaboration de **Virginie FRAISSINIER**, Docteur en droit – Ancienne ATER à l'Université de La Réunion

4.1. Contrats d'affaires

Contrat de sous-traitance – compte courant – redressement judiciaire – compensation

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, ch. com., arrêt du 11 juillet 2008 (arrêt n°03/475)

Denis VOINOT, Professeur à l'Université de Lille II

Les conséquences de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire sur un compte courant.

Un entreprise de BTP et un sous-traitant avaient passé des contrats pour l'exécution de plusieurs marchés de travaux. Eu égard à leurs relations d'affaires suivies les parties « travaillaient » en compte courant ce qui est d'usage dans ce secteur d'activité. Toutefois, le sous-traitant ayant été mis en redressement judiciaire l'administrateur judiciaire réclamait le solde en sa faveur du compte courant. L'entrepreneur principal ayant commis la négligence de ne pas avoir déclaré ses créances à l'ouverture du redressement judiciaire la demande du sous-traitant a été satisfaite, la Cour d'appel énumérant, marché par marché, les sommes devant être versées par l'entrepreneur principal ;

Au-delà des faits de l'affaire, il est intéressant de revenir sur la motivation de la Cour à propos du compte courant lorsqu'intervient une procédure de redressement judiciaire. Il est ainsi précisé dans les motifs de l'arrêt que « la Société VPRM a été mise en redressement judiciaire le 20 Mars 2002 ; que cette procédure a entraîné la clôture du compte ».

Une telle motivation peut surprendre dans la mesure où le compte courant n'est pas clôturé par l'ouverture d'une procédure collective. Cette question a notamment été tranchée par deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 décembre 1987 (Cass. com., 8 déc. 1987, n° 87-11.501) dont l'attendu de principe doit être rapporté : « Vu les articles 1^{er} et 37, alinéas 1^{er} et 5, de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 ; attendu que l'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse faire de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne ; qu'il en résulte que l'administrateur doit, lorsqu'il le demande, obtenir la continuation, pendant la période d'observation, des conventions de compte courant en cours au jour du jugement de redressement judiciaire, sauf pour l'établissement financier à bénéficier des dispositions du deuxième alinéa de l'article 60 de la loi n° 84-148 du 24 janvier 1984 ». On peut ajouter que la clôture ne peut intervenir ni en sauvegarde, ni en redressement judiciaire, ni même en liquidation judiciaire. Dans ce dernier cas, cela résulte de la réforme du droit des procédures collectives intervenue par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui prévoit la possibilité, en liquidation judiciaire, la possibilité de poursuivre les contrats en cours (art. L. 641-1-11 code de commerce).

En réalité, l'absence de clôture du compte courant n'empêche pas de tirer les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective dans les relations entre les parties. C'est la raison pour laquelle, il est dressé un solde du compte pour permettre de déterminer la situation des parties au jour de l'ouverture de la procédure. C'est cette démarche qu'avaient adoptée les juges dans cet arrêt en se référant à la « clôture » du compte courant.

4.3. Droit des sociétés

Société civile. - Cession d'actif. - Extinction de l'objet social. - Dissolution

CA Saint-Denis, ch. civ. arrêt du 25 avril 2008 (Arrêt n°05/3020)

Denis VOINOT, Professeur à l'Université de Lille II

La cession des actifs d'une société n'emporte pas dissolution de celle-ci pour cause d'extinction de l'objet social.

Parmi les causes de dissolution des sociétés énumérées à l'article 1844-7 du code civil, l'extinction de l'objet social (art. 1844-7, 2° c. civ.) a donné lieu à un intéressant arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis. Cette décision a été prononcée à la suite d'une dispute familiale opposant les associés d'une SCI propriétaire d'un immeuble. Le bien en question ayant été vendu, l'un des associés avait saisi la justice afin de faire constater la dissolution de la société par extinction de l'objet et obtenir ainsi la liquidation subséquente. Il n'est toutefois pas suivi par les juges du fond qui relèvent que si la SCI « avait pour objet social "plus particulièrement l'administration et l'exploitation d'un immeuble sis au Port ZAC Développement 2000 avenue de la Compagnie des Indes et généralement toutes opérations pouvant se rattacher directement ou indirectement à cet objet, à l'exclusion de celles pouvant porter atteinte au caractère civil de la société" elle avait également pour objet "la propriété, l'acquisition, la prise à bail, la construction, l'administration, la gestion et l'exploitation de tous immeubles bâtis ou non bâtis et de tout droits immobiliers" ». Autrement dit, l'objet social avait été défini de manière suffisamment large pour permettre à la société de survivre à la cession de l'immeuble. Une telle solution ne faisait aucun doute dès lors que la Cour de cassation juge, d'une part, que « la cessation d'activité d'une société n'implique pas la disparition de l'objet social » (Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 86-40.290) et, d'autre part, que la cession de la totalité des actifs n'emporte pas dissolution par extinction d'objet (Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-18.653, P+B, Société Crystal Holding c/ Grenan-Andrieu, les actifs étaient constitués d'actions détenues par une société holding).

Deux observations peuvent cependant être formulées :

D'abord, la solution dépend évidemment de la manière dont a été rédigé l'objet social. Si celui-ci est étroit, il y aurait dissolution automatique. En ce sens l'arrêt rapporté présente un intérêt pratique fort puisqu'il rappelle aux praticiens du droit des sociétés qu'il faut bien penser à toutes les conséquences que peuvent emporter la rédaction de l'objet social. En général, il convient de privilégier un objet plus large et de limiter l'objet étroit à une société à vocation éphémère. Tel est souvent le cas lorsque deux sociétés indépendantes veulent coopérer de manière ponctuelle à une opération donnée ce qui se rencontre dans le secteur de la construction (recours à la société en participation pour la réalisation d'un ouvrage).

Ensuite la société sans activité n'est certes pas dissoute si son objet lui permet de vivre, mais son avenir est alors compté. En l'absence d'activité, le code de commerce (art. R. 123-30) prévoit en effet que lorsque le greffier constate, après un délai de deux ans, à compter de la mention de la cessation totale d'activité d'une société, l'absence de toute inscription modificative relative à une reprise d'activité, il saisit, après en avoir informé la personne morale par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à son siège social, le juge commis à la surveillance du registre, aux fins d'examen de l'opportunité d'une radiation.

Abus de minorité. - Transfert de siège social. - Sanction. - Administrateur ad hoc

CA Saint-Denis, ch. civ., arrêt du 19 sept 2008 (Arrêt n°07/02027)

Denis VOINOT, Professeur à l'Université de Lille II

Le refus d'un associé minoritaire de ratifier la décision de transfert du siège social prise par le gérant constitue un abus de minorité. Le caractère fictif du siège social résultant de ce refus est de nature à mettre la société dans une situation de péril imminent ce qui justifie la désignation d'un administrateur ad hoc chargé de voter au lieu et place de l'associé minoritaire lors de l'assemblée générale extraordinaire.

S'il est admis que l'abus de minorité peut conduire à la désignation d'un administrateur ad hoc, il est assez rare que cette même sanction soit prononcée. C'est pourtant ce qu'a pu décider la Cour d'appel de Saint-Denis infirmant ainsi une ordonnance de référé refusant la désignation d'un administrateur provisoire (sur cet arrêt v. la note de M.-L. Coquelet, Dr. Sociétés 2009, n°1, comm. 1). Les faits ayant finalement conduit la Cour à ordonner cette désignation concernait la décision d'un gérant de transférer un siège social qu'un associé minoritaire avait refusé de ratifier lors d'une assemblée générale extraordinaire.

Afin de justifier la désignation d'un administrateur provisoire, la Cour raisonne en deux temps : elle qualifie d'abord le refus d'abus de minorité, elle relève ensuite la menace d'un péril imminent pour la société.

Quant à la qualification d'abus de minorité, la Cour examine les mobiles ayant conduit l'associé à un tel refus. Elle relève ainsi que l'associé minoritaire n'était « *motivé que par des demandes d'explications sur les conditions de la résiliation du bail des locaux du siège social antérieur, explications qui lui ont été fournies* ». Elle conclut donc au caractère « *manifestement abusif* » du refus.

La Cour tire ensuite les conséquences de ce refus pour la société. Elle relève qu'en raison du refus du minoritaire le siège social est désormais « *fictif* » puisqu'il est « *situé en un lieu qui n'est plus affecté à la société et où il ne se passe rien de ce qui concerne la vie sociale* ». Or, selon la Cour, cette situation « *est de nature à mettre la société dans une situation de péril imminent* ».

L'immixtion du juge dans la vie sociale doit être admise avec précaution sauf à porter atteinte au principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre. C'est la raison pour laquelle l'abus de minorité (comme de majorité), s'il peut être sanctionné comme tout abus de droit, doit demeurer dans des limites raisonnables. Les limites de l'abus de minorité ont été fixées par la jurisprudence et reposent sur deux critères cumulatifs de qualification. Le refus doit être motivé

par l'intérêt personnel de l'associé et se faire au détriment de l'intérêt général de la société (*Cass. com.*, 15 juill. 1992, n° 90-17.216, P+B, *Six c/ Sté Tapisseries de France* ; *Dr. sociétés* 1992, *comm.* 207, *note H. Le Nabasque* ; *JCP G* 1992, II, 21944, *note J.-F. Barbière* ; *JCP* 1992 E, II, 375, *note Y. Guyon* ; *Bull. civ.* 1992, IV, n° 279 ; *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1083, *note P. Le Cannu* ; *Rev. sociétés* 1993, p. 400, *note Ph. Merle*. - *Cass. com.*, 9 mars 1993, n° 91-14.685, P+B, *Flandin c/ Sté Alarme Service* : *JurisData* n° 1993-000497 ; *Dr. sociétés* 1993, *comm.* 95, *obs. H. Le Nabasque* ; *JCP E* 1993, II, 448, *note A. Viandier* ; *JCP N* 1993, II, 293, *note J.-F. Barbière* ; *JCP G*, 1993, 22107, *note Y. Paclot* ; *Bull. civ.* 1993, IV, n° 101 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 537, *note P. Le Cannu* ; *Rev. sociétés* 1993, p. 203, *note Ph. Merle* ; *D.* 1993, p. 363, *note Y. Guyon*. - *Adde, M. Cabrillac, De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité, Mélanges A. Colomer : Litec* 1993. - *A. Constantin, La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés, Mélanges Yves Guyon : Dalloz* 2003, p. 213). Si l'intérêt personnel de l'associé apparaît clairement à la lecture de l'arrêt, la question de l'atteinte portée à l'intérêt général de la société a été discutée (v. M.-L. Coquelet, *note précit.*) au motif qu'il ne suffit pas qu'une décision sociale soit conforme à l'intérêt social pour que le refus du minoritaire soit considéré comme abusif. Si l'on ne peut qu'approuver cette analyse il convient de la compléter en disant que, dans ce cas, c'est à l'associé minoritaire de démontrer que son refus est guidé par une motivation valable ce qu'il n'est pas parvenu à faire en l'espèce. La solution retenue par la Cour nous paraissait donc, en l'espèce, tout à fait justifiée.

4.4. Droit des entreprises en difficulté

Redressement judiciaire - profession libérale – avocat – renvoi d'une juridiction à une autre – refus – violation de l'article 524 code de procédure civile – principe du contradictoire -

Cour d'Appel de Saint-Denis, Premier Présid. Ordonnance de référé du 16 octobre 2008 (Ord. n°08/00054)

Denis VOINOT, Professeur à l'Université de Lille II

Doit être arrêtée l'exécution provisoire d'un jugement ayant violé le principe du contradictoire et dont les conséquences sont manifestement excessives

L'ordonnance rendue par le Premier Président de la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion est d'une importance qui dépasse largement les frontières de l'île intense. Elle concerne l'articulation des règles du code de procédure civile avec celle du droit des procédures collectives et plus particulièrement celles touchant à l'exécution provisoire des jugements.

Les faits ayant donné lieu à cette ordonnance étaient sensibles puisqu'il s'agissait d'une assignation en liquidation judiciaire d'un avocat et d'une société d'exercice libéral par une banque. L'avocat et la sel avaient demandé le bénéfice de l'article 47 du code de procédure civile selon lequel « *lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe* », ce bénéfice lui avait été refusé par le tribunal qui « *rejetait l'application des dispositions de l'article 47 du code de procédure civile, ordonnait la poursuite des débats à l'audience du 13 octobre 2008 à 14 heures, et ordonnait l'exécution provisoire de sa décision* ». L'avocat et la sel interjetèrent appel du jugement et assignèrent la banque devant le Premier Président de la Cour d'appel aux fins d'obtenir la suspension de l'exécution provisoire du jugement.

L'ordonnance du Premier Président fait droit à la demande de suspension de l'exécution provisoire en se fondant sur le dernier alinéa de l'article 524 du code de procédure civile qui précise que « *le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.*

L'ordonnance mérite d'être commentée d'une part sur l'application de l'article 524 du code de procédure civile et d'autre part sur les conditions d'application de l'article 524 du code de procédure civile.

Quant à l'application de l'article 524 du code de procédure civile celle-ci n'était pas évidente dans la mesure où il existe en droit des procédures collectives des règles spéciales en matière d'exécution provisoire. On sait que le principe de l'exécution provisoire l'emporte en cette matière et que ce n'est qu'à certaines conditions seulement que le Premier Président peut arrêter l'exécution provisoire. Plus précisément l'article R. 661-1 du code de commerce précise que « *par dérogation aux dispositions de l'article 524 du code de procédure civile, le premier président de la cour d'appel, statuant en référé, ne peut arrêter l'exécution provisoire que des jugements mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 661-1 et au deuxième alinéa de l'article L. 661-9, et lorsque les moyens invoqués à l'appui de l'appel paraissent sérieux* ». C'est dire que le texte en question ne se réfère aucunement aux décisions refusant l'application de l'article 47 du code de procédure civile. Ainsi au regard du droit des procédures collectives, il n'était pas possible au Premier Président d'arrêter l'exécution provisoire du jugement.

Quant aux conditions de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit celle-ci peut être obtenue en application de l'article 524 du code de procédure civile s'il y a eu violation du principe du contradictoire ou de l'article 12 du même code et qu'il y a un risque de conséquences manifestement excessives. Par comparaison l'article R. 661-1 du code de commerce pose le critère unique « **des moyens apparemment sérieux de l'appel** » (C. com., art. R. 661-1, al. 3). A dire vrai, il était sans doute plus facile de caractériser la condition de l'article R. 661-1 du code de commerce que les conditions de l'article 524 du code de procédure civile. Plus précisément si le risque de violation du principe d'impartialité du tribunal était aisément perceptible dans cette affaire, il était plus difficile de convaincre sur la violation du principe du contradictoire.

Quoiqu'il en soit, le Premier Président était confrontée à une difficulté dont il lui fallait sortir. D'un côté le tribunal de grande instance n'aurait pas du refuser l'application de l'article 47 du code de procédure civile conformément à la jurisprudence récente de la Cour de cassation (Cass. com. 28 octobre 2008 n° 07-20.800) qui fait primer les règles du code de procédure civile (article 47) sur les règles de compétence territoriale en matière de procédures collectives. Mais d'un autre côté, il n'est guère juste d'admettre que l'on ne peut empêcher l'exécution provisoire d'un jugement dont on sait qu'il a de forte chance d'être infirmé en appel et ce d'autant que les conséquences de l'exécution provisoire risquent en effet de s'avérer irréparables.

En conclusion : il ne paraissait pas infondé de s'appuyer sur le droit fondamental à un tribunal impartial pour ouvrir le domaine d'application de l'article R. 661-1 du code de procédure civile et ce d'autant que la condition « des moyens apparemment sérieux de l'appel » était remplie.

4.7. SÛRETÉS

4.7.3. Nantissement

Nantissement – inscription – point de départ du délai – défaut d’inscription – nullité du nantissement - forclusion du créancier

Cour d’Appel de Saint-Denis, ch. com. arrêt du 19 mai 2008 (Arrêt n°06/402)

Denis VOINOT, Professeur à l’Université de Lille II

N’avait pas à être averti personnellement un créancier dont le nantissement est frappé de nullité pour n’avoir pas été inscrit dans le délai de quinze jours à compter de la signature de l’acte constitutif du nantissement.

Une banque titulaire d’un nantissement conventionnel n’avait pas déclaré, dans le délai légal, sa créance à la procédure collective du débiteur. Elle introduisit une action en inopposabilité de la forclusion au motif qu’en tant que créancier titulaire d’un privilège elle aurait dû être avisée personnellement d’avoir à déclarer sa créance ce qui n’avait pas été le cas.

La Cour d’appel écarte cet argument, reléguant ainsi la banque au rang de simple créancier chirographaire. Pour justifier cette solution les juges du fond s’appuie sur l’article L. 142-4 du code de commerce qui répute le nantissement nul, de nullité absolue, si l’inscription n’en a pas été prise dans les 15 jours suivant l’acte constitutif du nantissement. Elle reprend ensuite les solutions jurisprudentielles antérieures en précisant « que le délai court à compter de la signature de l’acte et ce n’est que lorsque celui-ci ne porte pas de date qu’il y a lieu de se référer à la date de l’enregistrement » (Com. 17 sept. 2002 : *Bull. civ. IV, n° 127 ; D. 2002. AJ. 2800 ; ibid. Somm. 3338, obs. Aynès ; JCP 2003. I. 124, n° 19, obs. Delebecque ; ibid. 2004, n° 5, p. 178, note Kéïta ; RTD com. 2003. 57, obs. Saintourens ; Banque et Droit nov.-déc. 2002. 48, obs. Rontchevsky ; RJDA 2003, n° 76 ; Civ. 1^{re}, 18 févr. 1997 : *Bull. civ. I, n° 64 ; D. 1997. Somm. 252, obs. S. Piedelièvre ; RTD com. 1997. 628, obs. Derruppé*). Or comme la signature avait précédé de plus de quinze jours la date d’inscription, le nantissement est effectivement déclaré nul. Il y a peu d’observations à faire sur cette décision d’une grande orthodoxie tant au regard de la lettre de la loi que des solutions jurisprudentielles antérieures. Il convient seulement d’inviter les praticiens des sûretés à bien tenir compte de la date de signature de l’acte de nantissement et à ne pas perdre de vue que la sanction retenue par les textes est une nullité qui ne permet pas, contrairement à l’inopposabilité, à se prévaloir de la connaissance qu’avaient les tiers de l’acte en cause.*

4.7.1. Cautionnement

Qualification du contrat - cautionnement – nature civile (OUI) – nature commerciale (NON)

Cour d’appel de Saint-Denis, chambre commerciale, 17 mars 2008 (Arrêt n°07/01164)

Virginie FRAISSINIER, Docteur en droit – Ancienne ATER à l’Université de La Réunion

Contrat entre « ami » ou de « bienfaisance », le cautionnement est, en principe, un contrat de nature civile (Cass. req., 21 mai 1906, DP 1907. I. 20 ; Cass. com., 24 novembre 1966, *D.*, 1967, p. 65). Il se teinte cependant de commercialité dans certaines circonstances. Commercialité par la forme (cautionnement d'un effet de commerce), commercialité par nature (cautionnement bancaire ; V. Art. L.110-1-7 du Code de commerce qui répute actes de commerce par nature les opérations de banques), commercialité par accessoire, bien que difficilement admise (cautionnement par un commerçant pour les besoins de son activité ; V. Cass. com., 11 octobre 1978, *Bull. civ. IV n°223*) ou encore commercialité par intérêt personnel de la caution. En ces occasions, le cautionnement « passe » sous la houlette du droit commercial.

L'une des conséquences principales de la nature du cautionnement est que celle-ci détermine la juridiction compétente lorsque le créancier entend se retourner contre la caution. Cette question était au centre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis. En l'espèce, dans le cadre d'une opération de défiscalisation, la société J contracte deux prêts auprès d'une banque afin de financer l'achat de deux autocars. Les deux autocars sont ensuite loués à la société E. Les deux actionnaires majoritaires de la société E se portent cautions solidaires du remboursement des deux prêts. Les échéances n'étant pas respectées, la banque a fait assigner les deux cautions devant le Tribunal Mixte de Commerce de Saint-Denis en remboursement des prêts. Les cautions opposent alors le caractère civil de leur engagement et soulèvent l'exception d'incompétence d'attribution ce qui est rejeté par le Tribunal Mixte de Commerce. Saisie sur contredit du jugement rendu, la Cour d'appel de Saint-Denis rappelle un principe aujourd'hui déjà bien établi selon lequel « *le cautionnement est par nature un contrat civil ; qu'il ne devient un contrat commercial que lorsque la caution a un intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'opération commerciale qui a nécessité sa caution* » (V. en ce sens Cass. com., 28 octobre 1968, *Bull. civ. IV n°291* ; Cass. com., 7 juillet 1969, *D.* 1970, p. 14 ; Cass. com., 21 janvier 1980, *Bull. civ. IV n°33* ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1982, *Bull. civ. IV n° 17* ; Cass. com. 25 mai 1982, *Bull. civ. IV n° 197* ; CA Paris, 16 juin 1993, *D.*, 1993, p. 213 ; V. Ph. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 2000, n° 43).

Si le cautionnement peut prendre les atours de la commercialité soulignons qu'il ne suffit pas, comme le soulevait la société créancière, que la dette soit commerciale pour que le cautionnement soit lui aussi commercial (CA Paris, 19 décembre 1979, *Gaz. Pal.*, 1981, somm., p. 83 ; CA Paris, 16 juin 1993, *D.*, 1993, p. 213). Il faut, comme le rappelle la Cour d'appel, que la caution ait un intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'opération commerciale qui a nécessité sa caution.

Encore faut-il caractériser l'intérêt patrimonial personnel. La notion est difficile à cerner et laisse parfois planer des incertitudes critiquées par une partie de la doctrine (V. notamment M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Petel, *Droit des sûretés*, Litec, 2007, n°81 ; Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2000, Litec, n°75). Pour tenter de circonscrire l'intérêt personnel, la jurisprudence s'est attachée à la qualité de la caution, au pouvoir qu'elle exerce éventuellement dans l'entreprise « cautionnée » et enfin au profit retiré par l'opération garantie.

Au regard de la première et de la seconde proposition, la Cour de cassation a reconnu que la qualité de dirigeant fait présumer l'intérêt patrimonial et par voie de conséquence le caractère commercial du cautionnement (Cass. com., 5 octobre 1993, *D.*, 1994, p. 47 ; Cass. com., 7 avril 2004, *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 1090). Ainsi, a un intérêt personnel le dirigeant d'une société qui cautionne cette dernière (Cass. com., 4 juin 1973, *Bull. civ. IV n°191* ; CA Paris, 16 juin 1993, *D.*, 1993, p. 213) ou encore le dirigeant en même temps actionnaire majoritaire de la société débitrice (CA Paris, 14 février 2001, *BRDA* 2001, n°9, p. 3). En revanche, le seul fait que la caution possède un nombre important de parts de la société cautionnée est insuffisant pour impliquer le caractère commercial, même si cela reste un indice tendant à caractériser l'existence de l'intérêt personnel (Cass. com., 15 mai 1984, *Bull. civ. IV n°164*). Pour faire pencher la

balance du côté de la commercialité, les tribunaux tiennent compte de la participation de l'associé à la gestion de la société (CA Paris, 25 janvier 1995, *D.*, 1995, p. 80). Dans l'espèce soumise aux juges dionysiens, les deux cautions faisaient remarquer très justement que ni l'une ni l'autre n'était associée ou gérante de la société J débitrice. Totalement extérieures à cette société et à la gestion de celle-ci, elles n'avaient à cet égard aucun intérêt personnel. Par ailleurs, l'argument de la banque créancière selon lequel les cautions, associés majoritaires de la Société E., avaient intérêt à faire financer l'acquisition des autocars qui lui étaient destinés, ne tient pas. En effet, bien que majoritaires de la société E., elles ne possédaient aucun pouvoir de direction pouvant conduire à une extension de commercialité de leur engagement. La Cour d'appel a opéré une appréciation *in concreto*, prenant en compte l'ensemble des éléments en présence. Elle retient une position similaire à celle de la Cour d'appel de Paris qui, depuis quelques années, procède à un « resserrement qui a pour effet de réserver la commercialité aux seuls garants intégrés aux affaires » (F.-X., Vincensini, *LPA n°103*, 24 mai 2000, p. 15).

La troisième proposition conduit à considérer que l'intérêt personnel est caractérisé lorsque la caution retire un profit de l'opération garantie. Autrement dit, l'intérêt personnel de la caution doit prendre sa source dans l'opération garantie. Or, en l'espèce, le prêt garanti a été fait dans le cadre d'une opération de défiscalisation qui, si elle profite aux associés de la société J, ne concerne en aucun cas les deux cautions étrangères à la dite société. De même, si le prêt garanti a servi à l'acquisition des deux autocars, donné en location à la société E. (dont les deux cautions sont associés majoritaires), la Cour d'appel de Saint-Denis juge qu'il « *n'est pas démontré que les cautions avaient un intérêt patrimonial déterminant dans cette opération* ». En effet, si les deux associés de la société E. sont intéressés par les profits réalisés par l'entreprise, ils ne le sont pas par l'opération de prêt ayant donné lieu au cautionnement.

Toutes les observations tendaient à la conclusion qu'aucune des cautions n'avait d'intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'opération commerciale. Dès lors, la nature du contrat ne pouvait qu'être civile. La Cour d'appel de Saint-Denis se prononce en ce sens : elle déclare le Tribunal Mixte de Commerce incompétent et renvoie l'affaire devant le Tribunal de Grande Instance.