

CHRONIQUE

DROIT DES SÛRETÉS



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



FRANÇOIS JACOB
Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

Garantie autonome – Contre-garantie – Prescription de l'action en paiement de la contre-garantie – Point de départ du délai – Jour de l'exigibilité de la contre-garantie.

Cass. com. 13 septembre 2011, n° 841 FS-P+B (n° 10-19.384), S.A. Suez Canal Bank c/ Société Licorne Gestion

Ayant retenu, d'abord, que la garantie et la contre-garantie données dans les mêmes termes sont des garanties autonomes à première demande, ensuite, que le garant a avisé le contre-garant, le 9 avril 1984, de l'appel de la garantie formé par le bénéficiaire et lui a demandé l'exécution de son engagement de la contre-garantie et ayant ainsi fait ressortir qu'en l'absence de clause contraire, non invoquée en l'espèce, l'exigibilité de la contre-garantie n'était pas subordonnée à l'exécution par son bénéficiaire, garant de premier rang, de son propre engagement, la cour d'appel a décidé à bon droit que le délai de prescription de l'action en paiement de la contre-garantie avait commencé à courir du jour de l'exigibilité de celle-ci.

L'obligation de celui qui a souscrit une garantie ou une contre-garantie autonome peut s'éteindre conformément au droit des obligations, et notamment par prescription en application de l'article L. 110-4, I du Code de commerce¹. Ce texte ne précise cependant pas le point de départ du délai de prescription. À cet égard, il a été récemment souligné que notre droit positif se caractérise par une diversité des points de départ de la prescription et que la jurisprudence peine à formuler des directives précises et claires sur ce point². Il y a quelques mois, la Cour de cassation a ainsi rendu un arrêt très remarqué mais controversé, opérant un revirement de jurisprudence, sur le point de départ de la prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée en application de l'article L. 225-42 du Code de

commerce³. En matière de garantie autonome, s'agissant de l'action en paiement du garant de premier rang à l'encontre de son contre-garant, la Cour de cassation n'avait jamais pris position semble-t-il sur le point de départ de la prescription commerciale prévue par l'article L. 110-4, I du Code de commerce. Aussi convient-il de relever un arrêt de la chambre commerciale du 13 septembre 2011⁴ qui a le mérite de clarifier cette question importante pour les praticiens du droit des garanties.

En l'occurrence, un organisme de droit public égyptien a conclu avec une société française un contrat portant sur la livraison de denrées animales. La bonne fin des livraisons a été garantie, à concurrence de la somme de 484 000 dollars US par une banque qui, par acte du 25 avril 1983, s'est contre-garantie auprès d'une autre banque pour le même montant et dans des termes identiques, les deux garanties étant accordées jusqu'au 4 mai 1984. Le bénéficiaire ayant appelé la garantie, le garant de premier rang en a avisé, le 9 avril 1984, le contre-garant et lui a réclamé l'exécution de la garantie. Le 18 novembre 1987, le bénéficiaire a assigné le garant en paiement devant les juridictions égyptiennes et, aux termes d'un arrêt du 26 avril 1994, la Cour d'appel du Caire a condamné le garant et le contre-garant à exécuter leurs engagements respectifs. C'est dans ces conditions que, le 15 novembre 1995, le garant a payé au bénéficiaire la somme de 484 000 dollars US puis a assigné, en date du 31 décembre 2001, le contre-garant aux fins d'exequatur en France de l'arrêt du 26 avril 1994. Cette demande d'exequatur ayant été rejetée par un jugement devenu définitif, le garant a alors assigné le contre-garant devant la juridiction commerciale compétente en paiement de la contre-garantie.

Aux termes d'un arrêt du 18 février 2010, la Cour d'appel de Versailles a déclaré cette action irrecevable car prescrite en application des dispositions de l'article L. 110-4,

1. Rappelons que sous l'empire des dispositions antérieures à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, ce texte énonçait que « les obligations nées à l'occasion de leurs commerces entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ». Le délai de dix ans a été ramené à cinq ans par la loi du 17 juin 2008 (sur le nouveau régime de la prescription extinctive, cf. notamment Ph. Malaurie, La réforme de la prescription civile, JCP 2009, I, 134).
2. Cf. J. Klein, Le point de départ de la prescription, thèse, Paris-II, 2010 (direction N. Molfessis).

3. Cass. com., 8 février 2011, Bull. Joly 2011, p. 297, note C.-N. Ohl et D. Schmidt ; Rev. sociétés 2011, p. 288, note P. Le Cannu ; JCP E 2011, 1151, note B. Dondero ; Dr. sociétés 2011, n° 70, note M. Roussille ; D. 2011, p. 515, obs. A. Lienhard et p. 1314, note N. Molfessis et J. Klein, jugeant, au sujet du point de départ du délai de prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée (visée à l'article L. 225-38 du Code de commerce) conclue sans autorisation du conseil d'administration, que s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action.

4. D. 2011, Act., p. 2268, obs. X. Delpech ; JCP G 2011, 1259, n° 10, obs. Ph. Simler ; RLDC 2011 n° 4416 obs. J.-J. Ansault ; Adde l'étude très approfondie de E. Netter, « La prescription de l'action en paiement des garanties autonomes », RLDC, à paraître en 2011.

I du Code de commerce (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008).

Le pourvoi formé par le garant à l'encontre de cette décision faisait grief aux juges du fond d'avoir ainsi violé les dispositions de l'article L. 110-4 du Code de commerce, en faisant valoir que si la garantie bancaire offerte au bénéficiaire était exigible dès lors que celui-ci procédait à l'appel de la garantie, la contre-garantie offerte par la banque contre-garante à la banque émettrice n'était en revanche exigible, quant à elle, qu'au jour où cette dernière était effectivement tenue de payer la garantie.

La chambre commerciale ne retient pas l'argument et rejette le pourvoi : « attendu que l'arrêt retient, d'abord, que la garantie et la contre-garantie données dans les mêmes termes sont des garanties autonomes à première demande, ensuite, que la société Suez (le garant) a avisé la société Licorne Gestion (le contre-garant), le 9 avril 1984, de l'appel de la garantie formé par la société Estrame (le bénéficiaire) et lui a demandé l'exécution de son engagement de la contre-garantie ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'en l'absence de clause contraire, non invoquée en l'espèce, l'exigibilité de la contre-garantie n'était pas subordonnée à l'exécution par son bénéficiaire, garant de premier rang, de son propre engagement, la cour d'appel a décidé à bon droit que le délai de prescription avait commencé à courir du jour de l'exigibilité de la contre-garantie ». La Haute juridiction précise encore que la règle selon laquelle l'interruption de la prescription est regardée comme non avenue si la demande est rejetée est absolue et ne comporte aucune distinction de sorte que, en l'espèce, si le délai de prescription avait commencé à courir le 9 avril 1984 et avait été interrompu par l'assignation que le garant avait fait délivrer le 18 novembre 1987 au contre-garant devant les juridictions égyptiennes, laquelle avait donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel du Caire du 26 avril 1994, l'interruption de cette instance devait être regardée comme non avenue dès lors que l'exequatur de cette décision en France avait été refusé par le jugement du 5 mai 2004 devenu définitif.

Cette solution appelle deux séries d'observations.

1. La chambre commerciale affirme que le point de départ de la prescription de la contre-garantie est le jour de son exigibilité. La solution est clairement fondée sur le caractère autonome de la garantie et de la contre-garantie litigieuses⁵ et a vocation à être étendue à toutes les garanties du même type. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la chambre commerciale ne s'écarte pas ici, bien au contraire, du droit du cautionnement. Certes, la jurisprudence décide de manière constante que le paiement du créancier constitue le point de départ du délai de prescription de l'action en remboursement de la caution⁶. Il est cependant admis, en revanche, que le point de départ de la prescription de l'obligation de la caution à l'égard du créancier est l'exigibilité de l'obligation prin-

cipale⁷ et il est logique de considérer qu'il en va de même dans le cadre des relations entre le garant autonome et son contre-garant autonome, l'action du premier à l'encontre du second ne s'analysant pas en un recours après paiement mais en une action en exécution de l'obligation indépendante du contre-garant à l'égard du garant de premier rang. La solution retenue est du reste conforme aux nouvelles dispositions de l'article 2224 du Code civil (issues de la loi du 17 juin 2008), énonçant que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent pas cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », même si ces dispositions n'étaient pas applicables en l'occurrence.

Le garant et le contre-garant peuvent cependant aménager dans leur convention le point de départ de la prescription de l'obligation du second.

2. La chambre commerciale réserve expressément le jeu de la liberté contractuelle et plus précisément d'une clause spécifique différant l'exigibilité de la contre-garantie à l'exécution par le garant de premier rang de son propre engagement, ce qui revient à retarder le point de départ de la prescription extinctive de l'obligation du contre-garant. D'autres aménagements conventionnels de la prescription sont du reste envisageables, en vertu du nouvel article 2244 du Code civil (issu de la loi du 17 juin 2008) qui a consacré et élargi la liberté contractuelle dans ce domaine⁸.

En définitive, le principe et son tempérament posés par l'arrêt rapporté reflètent parfaitement les évolutions du droit de la prescription : la fixation du point de départ du délai à la date de l'exigibilité de l'engagement du contre-garant (et non à la date du paiement par le garant de premier rang) est favorable au jeu de la prescription, ce qui est une tendance lourde du droit contemporain en la matière⁹ tandis que la réserve d'une clause différant l'exigibilité de l'engagement atteste de la place qui est désormais clairement laissée à la liberté contractuelle.

N. R

5. Rappelons que la Cour de cassation a consacré « l'indépendance de la contre-garantie à l'égard de la garantie de premier rang » (cf. notamment, en dernier lieu, Cass. com, 30 mars 2010, D. 2011, Pan., p. 406, obs. P. Crocq) ; RTD com. 2010, p. 593, obs. D. Legais ; Banque & Droit mai-juin 2010, p. 42, obs. N.R.

6. Cf. notamment Cass. req., 22 janvier 1828, S. 1829, 1 p. 35 et C. Houin-Bressand, Les Contre-garanties, Dalloz, 2006, préf. H. Synvet, n° 292.

7. Cf. notamment très clairement en ce sens Cass. com. 5 octobre 1982, Bull. civ. IV, n° 294 ; adde A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 1050.

8. Le texte prévoit que la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties (sans pouvoir être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans) et que les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi, ces dispositions n'étant pas applicables cependant dans certaines matières ; sur l'aménagement conventionnel de la prescription, Cass. 1^{re} civ, 25 juin 2002, Bull. civ. I, n° 174 jugeant que les parties pouvaient prévoir dans leur convention une cause interruptive de prescription ; adde C. Olagne-Thépot, *Le Pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la prescription*, thèse, Strasbourg, 2009 (dir. N. Rontchevsky).

9. Cf. déjà, avant la réforme réalisée par la loi du 17 juin 2008, M. Bandrac, « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », RID com. 1994, p. 359.

Privilège du bailleur – Domaine quant aux dettes garanties – Débiteur en liquidation – Indemnité d'occupation.

Cass. com. 25 oct. 2011, n° 1055, FS-P+B

Le privilège du bailleur d'immeuble s'applique à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit. Relevant que la créance d'indemnité d'occupation déclarée à la procédure de liquidation était fondée, la cour d'appel a exactement retenu qu'elle était couverte par le privilège du bailleur pour les deux années précédant le jugement d'ouverture.

L'article 2332 du Code civil nous dresse une liste des privilèges spéciaux sur les meubles. On y apprend qu'un tel privilège existe, « sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée », pour les créances de loyers échus (voire à échoir si le bail a date certaine) et que le même privilège « a lieu » également « pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail » (art. 2332, 1°, alinéa 3) et, au-delà, « pour toute créance résultant, au profit du propriétaire ou bailleur, de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit » (art. 2332, 1°, alinéa 3 toujours). La formule du Code civil est donc large. Le Code de commerce, en son article L. 622-16, précise pour sa part, et pour l'hypothèse dans laquelle le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, que le bailleur n'a privilège « que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure ». Le même code ajoute, toujours à l'article L. 622-16 alinéa 2, que « si le bail est résilié, le bailleur a en outre privilège pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages et intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux ». Les termes du Code de commerce ne sont donc pas exactement ceux du Code civil, on le voit, notamment dans la définition qu'ils donnent des créances couvertes. Cette différence n'est pas restée sans effet. Elle a contribué à entretenir l'idée qu'une créance telle que l'éventuelle indemnité d'occupation, visée expressément par le Code civil sans l'être aussi par le Code de commerce, n'est pas garantie en cas de faillite du débiteur.

Des décisions anciennes, il est vrai, allaient dans ce sens. Un arrêt rendu le 18 juin 1975 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, en particulier, avait ainsi très clairement souscrit à la solution selon laquelle le bailleur qui réclame une indemnité d'occupation du fonds de commerce « ne peut prétendre, au titre de cette indemnité, au privilège prévu à l'article 2102-1°, alinéa 3, du Code civil » (devenu l'article 2332, alinéa 3, du Code civil)¹⁰. Mais un autre arrêt pouvait être invoqué¹¹, restrictif lui aussi, rendu par la Cour d'appel de Paris le 15 novembre 1995¹². Il y avait été jugé que le droit d'entrée, encore appelé « pas-de-porte », qui oblige le locataire à verser au propriétaire une somme souvent importante à la signature d'un bail commercial, n'est pas couvert par le privilège du bailleur,

bien que le versement dont il s'agit soit évidemment en rapport avec l'exécution du bail¹³.

Que penser de ces décisions ? Sans doute pouvaient-elles se recommander du principe d'interprétation stricte des privilèges¹⁴, voire de l'exemple que fournit la jurisprudence relative au cautionnement (garantie qui normalement ne couvre pas les conséquences de la faute que commet le preneur en se maintenant sans droit dans les lieux après résiliation¹⁵, l'hypothèse mise à part dans laquelle l'engagement vaut pour « toutes les sommes » que pourrait devoir le preneur¹⁶), ou encore, sur le terrain de l'opportunité, de l'idée qu'il convient d'éviter que le bailleur n'absorbe une trop grande part du prix de vente des actifs du débiteur failli¹⁷. Mais ces éléments n'étaient pas suffisants ou forcément pertinents. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 octobre 2011, vient en tout cas de revenir sur l'exclusion de l'indemnité d'occupation du domaine du privilège du bailleur.

En l'espèce, une société avait occupé sans titre un terrain avant d'être mise en liquidation judiciaire. L'un des copropriétaires du terrain (indivis) avait alors déclaré une créance au titre de « loyers impayés ». En réponse à une lettre du liquidateur, il fut précisé par la suite qu'il s'agissait exactement d'une créance d'indemnité d'occupation. Cette créance n'en fut pas moins admise, et elle le fut à titre privilégié, au moins pour la partie de l'indemnité d'occupation due au titre des deux années ayant précédé l'ouverture de la procédure. C'est précisément cette décision d'admission qui était contestée, par le liquidateur. Celui-ci, jusque dans un pourvoi qu'il formait en cassation, faisait valoir que les privilèges ne peuvent être établis que par la loi, que les dispositions qui les établissent doivent être interprétées restrictivement, que le privilège du bailleur ne s'applique pas aux indemnités d'occupation et qu'en décidant néanmoins que le déclarant pouvait prétendre à ce privilège pour partie de sa créance on violait les articles 2332 du Code civil et L. 622-16 du Code de commerce. Mais l'argumentation est rejetée par la Cour de cassation, qui considère pour sa part « qu'ayant énoncé que le privilège du bailleur d'immeuble s'appliquait à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit et relevé que la créance d'indemnité d'occupation déclarée était fondée, les juges du fond ont exacte-

13. Quelle que soit d'ailleurs l'analyse que l'on retient de la nature du fameux pas-de-porte : supplément de loyer destiné à compenser l'éventuelle différence entre ce que pourra être à terme la valeur locative réelle des locaux et les hausses de loyer qui pourront être permises ; indemnité compensatrice de la dépréciation de la valeur des locaux découlant du fait que le propriétaire ne pourra les reprendre sans verser lui-même une indemnité d'éviction ; ou encore compensation due pour les éléments constitutifs d'avantages commerciaux sans rapport avec le loyer...

14. V. notamment Cass. soc., 30 novembre 1951, D. 1952, p. 121, note P. Voirin, où il est décidé que le privilège de la sécurité sociale ne s'étend pas aux majorations de retard, puisque « les privilèges ne peuvent être établis que par la loi et les dispositions qui les établissent doivent être interprétées restrictivement », principe ancien – v. déjà Cass. req., 18 mai 1831 : D. 1831, 1, p. 221, qui fait valoir qu'« il n'est pas permis d'étendre (les dispositions qui établissent les privilèges) à d'autres cas par voie d'analogie » – et régulièrement réaffirmé : v. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 237.

15. V. par exemple Cass. com. 3 avr. 1990 : Bull. civ. IV, n° 106 ; RTD civ. 1990, p. 528, obs. M. Bandrac.

16. V. par exemple Cass. com. 17 juill. 2001 : Bull. civ. IV, n° 138 ; JCP G 2001, I, 356, n° 3, obs. Ph. Simler.

17. V. A. Lienhard, obs. préc.

10. Bull. civ. IV, n° 172.

11. V. A. Lienhard, sur Dalloz Actualité (<http://www.dalloz-actualite.fr/>).

12. CA Paris 14 novembre 1995, D. Affaires 1996, p. 77.

ment retenu que (le créancier déclarant) pouvait prétendre au privilège du bailleur pour les deux années précédant le jugement d'ouverture ». Cette solution doit être approuvée.

La solution doit être approuvée d'abord parce que l'idée selon laquelle les privilèges sont d'interprétation stricte n'est jamais fondée que sur le principe d'interprétation stricte des exceptions¹⁸. Or il est bien des exceptions que l'on n'interprète pas si strictement que cela¹⁹, ce qui est heureux. En effet, les exceptions aussi ont leur logique, et il convient de les interpréter conformément à leur but, de les admettre dans toute la mesure de leur raison d'être, sans forcément se laisser enfermer dans une vue formelle²⁰. En d'autres termes, « il ne faut pas avoir une conception trop... stricte du principe d'interprétation stricte »²¹.

La solution doit être approuvée ensuite parce que ce qui est vrai en matière de cautionnement, domaine où la solution restrictive peut se recommander de la nécessité de respecter la volonté de celui qui s'oblige, et de l'exigence d'un engagement exprès, ne l'est pas forcément ici, compte tenu de l'origine légale de la garantie.

La solution doit être approuvée enfin parce qu'il n'est même pas impossible de voir dans la garantie des indemnités d'occupation une application de l'article L. 622-16 du Code de commerce, la complexité des formules aidant. Le texte ne renvoie certes pas clairement à ce qui peut être dû pour « l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit », au contraire de l'article 2332 du Code civil. L'article L. 622-16 commence par nous dire que sont couverts par le privilège les loyers des deux dernières années échues

au jour du jugement d'ouverture. C'est l'alinéa premier. Mais on peut considérer que ce texte nous renseigne là uniquement sur ce qui est dû au titre des loyers antérieurs à la procédure (à savoir seulement deux ans de loyers et non tout ce qui est échu), sans exclure qu'autre chose puisse être garanti. À l'alinéa deux il est ajouté qu'en cas de résiliation le bailleur a « en outre » privilège pour « l'année courante ». On comprend que lorsque l'ouverture de la procédure conduit à la résiliation du bail, le bailleur a encore droit tout de même au montant des loyers de l'année de l'ouverture de cette procédure et bénéficie d'un privilège pour leur recouvrement. Il est renvoyé cependant à cet alinéa deux non seulement à « tout ce qui concerne l'exécution du bail » mais aussi aux « dommages et intérêts » qui pourraient être dus au bailleur. Or l'indemnité d'occupation a précisément cette nature de dommages et intérêts. Elle doit donc être considérée comme couverte par le texte... sans que l'on puisse considérer que cette indemnité n'est couverte par le privilège que dans la mesure où elle se rapporte à une période postérieure à l'ouverture de la procédure puisque ces dommages et intérêts particuliers qui prennent le nom d'indemnité d'occupation viennent en remplacement de loyers... qui sont eux-mêmes privilégiés pour la période antérieure. C'est finalement l'addition des alinéas un et deux de l'article L. 622-16 qui condamne la solution de l'exclusion de l'indemnité d'occupation qui était due ici du domaine du privilège du bailleur. ■

F. J.

18. Sur cette maxime, V. notamment J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 26^e éd., 1999, n° 157.

19. Pensons par exemple à celle que pose l'article 1415 du Code civil (V. l'application de l'article 1415 du Code civil au cautionnement réel).

20. V. G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 10^e éd., 1999, n° 416.

21. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *loc. cit.* Les auteurs renvoient notamment, pour illustrer leur propos, au cas de l'extension du privilège du Trésor aux majorations des impôts.