

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

Cautionnement – Sûreté réelle consentie pour la dette d'autrui – Obligation annuelle d'information – Sanction.

Cass. com. 13 sept. 2011, pourvoi n° 10-17659.

Viole l'article 313-12 du Code monétaire et financier l'arrêt qui, pour en écarter l'application, retient que le créancier n'avait exercé ses poursuites qu'au titre de la garantie hypothécaire consentie alors que ce créancier était tenu d'une obligation légale d'information à l'égard de la caution dès la conclusion de l'acte de prêt qui contenait aussi un engagement personnel de caution.

Il est acquis depuis 2005 que la constitution d'un cautionnement réel ne donne pas automatiquement naissance à un engagement personnel de payer. La Cour de cassation en a décidé ainsi dans un arrêt du 2 décembre 2005¹, rendu par une chambre mixte². Dans la même décision, la Cour de cassation déduisait de son approche nouvelle de l'institution que le cautionnement réel – qui prenait l'appellation de « sûreté réelle consentie pour la dette d'autrui » par la même occasion – n'est pas un cautionnement, en définitive, et doit donc échapper à l'application de l'article 1415 du Code civil³, ce qui, au demeurant, était exactement le but poursuivi⁴.

Cette proposition selon laquelle le cautionnement réel n'est pas un cautionnement peut paraître contestable

voire inutile. Pour en convaincre, il a été donné à observer en premier lieu que, même en considérant qu'une partie seulement de son patrimoine est engagée (la valeur de la chose nantie, gagée, hypothéquée...), la caution réelle est bien obligée, à titre accessoire, en garantie de la dette d'autrui. Sans doute n'assume-t-elle à cet égard qu'une obligation réelle⁵, mais la mise en œuvre de la sûreté qu'elle a consentie place la caution réelle dans la situation exacte d'une caution, et ceci qu'elle laisse la saisie du bien grevé suivre son cours ou qu'elle en paie volontairement au créancier la valeur afin de pouvoir le conserver⁶. Dans tous les cas, du reste, la caution réelle aura vocation à recourir contre le débiteur principal. En second lieu, on peut faire valoir que l'évacuation de l'article 1415 pouvait être justifiée autrement qu'en bannissant la qualification de cautionnement. Il aurait été simple en effet de relever que l'article 1415 du Code civil n'est pas destiné à régir le cautionnement réel, que c'est au cautionnement personnel que le législateur pensait en rédigeant l'article 1415, comme le montre clairement la dernière proposition du texte, qui tient en la précision que l'époux qui consent au cautionnement souscrit par l'autre n'engage pas ses biens propres, précision qui n'a de sens que si le cautionnement auquel on a égard est un cautionnement personnel. En troisième lieu, il faut bien constater que le législateur, pour sa part, n'a finalement pas voulu de la possibilité pour un époux d'engager seul un bien commun pour sûreté de la dette d'un tiers. Le législateur a donc choisi, en 2006, de compléter l'article 1422 du Code civil par une formule qui impose expressément l'accord du conjoint⁷. Dans ces conditions, on pourrait avoir le sentiment que l'institution cautionnement réel a été sacrifiée pour rien.

L'article 1415, toutefois, n'est pas le seul dont l'application est remise en cause par la disqualification du cautionnement réel. Les dispositions portant obligation d'information en

1. V. D. 2006, p. 729, avis J. Sainte-Rose et note L. Aynès ; JCP 2005, II, 10183, note Ph. Simler ; Defrénois 2006, art. 38469, p. 1600, obs. G. Champenois ; Banque & Droit, janvier-février 2006, p. 55, obs. F. Jacob.
2. Dans un arrêt du 15 mai 2002 (D. 2002, p. 1780, note Ch. Barberot ; RTD civ. 2002, p. 546, obs. P. Crocq ; Rev. dr. banc. et fin. 2002, n° 129, obs. D. Legeais), la première chambre civile de la Cour de cassation avait admis que le cautionnement réel comprend une composante personnelle, une véritable obligation personnelle de garantir, fût-ce dans la limite de la valeur des biens communs irrégulièrement engagés. La chambre commerciale s'était ralliée dans un premier temps à cette solution, dans un arrêt du 13 novembre 2002 (Bull. civ. IV, n° 161 ; JCP 2003, I, 121, n° 1, obs. G. Loiseau). Dans un nouvel arrêt du 24 septembre 2004, la même deuxième chambre avait toutefois pris le parti d'affirmer finalement que le cautionnement réel (en l'espèce le nantissement d'un fonds de commerce consenti en garantie de la dette d'un tiers) « est une sûreté réelle qui n'a pas pour effet de faire peser sur le propriétaire une obligation personnelle au paiement de la dette » (JCP 2004, I, 141, n° 5, obs. Ph. Simler, RJDA 2004, n° 231).
3. Article 1415 C. civil : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »
4. Il est vrai, rappelons-le, que s'agissant du cautionnement réel simple sûreté réelle sans engagement personnel, ce n'est pas à une réduction du gage que conduit l'application de l'article 1415, mais à une inefficacité totale de l'acte, que l'on peut juger trop défavorable aux intérêts du créancier.

5. Le Doyen Simler souligne que, si l'obligation personnelle constitue la norme, l'existence d'obligations réelles, confirmée du reste par le droit positif, qui en donne diverses illustrations, n'est guère contestable (Ph. Simler, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, Litec, 4^e éd., 2008, n° 22).
6. Ph. Simler, note préc. V. aussi et surtout, du même auteur, « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », RJDA 2001, p. 235.
7. Article 1422, al. 1 C. civil 422 : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté » ; al. 2 (datant de l'ordonnance du 23 mars 2006) : « Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers ».

sont d'autres, dont les formules visent spécifiquement le cautionnement ou la caution. C'est le cas de l'article 2293 alinéa 2 du Code civil (sur l'obligation d'informer annuellement la caution personne physique de l'évolution du montant de la créance), de l'article L. 313-9 du Code de la consommation (sur l'obligation d'informer la caution personne physique de la défaillance du débiteur dès le premier incident de paiement), de l'article L. 341-6 du même code (sur l'obligation qui pèse sur les créanciers professionnels de faire connaître chaque année à la caution personne physique le montant et le terme des engagements du débiteur) ou encore de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier (qui oblige l'établissement financier créancier d'une entreprise à la même obligation que le texte précédent mais sans la réserver à la caution personne physique). Ces textes, ainsi, devraient ne pouvoir bénéficier au constituant de ce cautionnement qui n'est plus un cautionnement : le cautionnement réel. Les créanciers y verront peut-être un avantage, dont le bénéfice leur a du reste déjà été expressément reconnu parfois s'agissant précisément de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier⁸.

Cette solution, cependant, ne doit pas en faire oublier une autre, qui vient de servir de fondement à un arrêt de censure rendu le 13 septembre 2011 par la chambre commerciale de la Cour de cassation : l'information est naturellement bel et bien exigible dès l'instant que le cautionnement réel est souscrit en complément d'un engagement personnel.

En l'espèce, un acte authentique est dressé qui constate le prêt consenti par une banque à une société, d'une part, le cautionnement souscrit en garantie de ce prêt par le dirigeant de la société, d'autre part, et, enfin, l'affectation hypothécaire consentie sur leur maison commune par ce dirigeant et son épouse pour la garantie du même prêt. Restée impayée, la banque fait adresser au dirigeant et à son épouse un commandement de payer valant saisie immobilière. Ceux-ci se défendent en invoquant l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier et la déchéance du droit aux intérêts que le texte prévoit pour sanction du défaut d'information. La cour d'appel, pour écarter cette déchéance, retient en substance que lorsqu'un tiers affecte un bien en garantie d'un prêt il consent une sûreté réelle n'impliquant aucun engagement personnel et que la banque avait poursuivi le dirigeant et son épouse au titre de la seule garantie hypothécaire. La Cour de cassation censure cette décision en faisant simplement valoir que la banque était bien tenue d'une obligation l'information et que l'article 313-12 du Code monétaire et financier a donc été violé.

La solution du maintien de l'obligation d'information dans une telle hypothèse n'est évidemment pas contestable, quelle que puisse être la façon dont le cautionnement réel et le cautionnement personnel s'emboîtent. On regrettera cependant que l'arrêt ne fasse pas clairement apparaître le type exact de la juxtaposition ici mise en place. Dans certains cas, on le sait, les deux sortes de sûretés se

cumulent : pour la garantie d'une même dette, une personne souscrit un cautionnement personnel et consent une sûreté réelle sur l'un de ses biens ; « *Le tiers garant est à la fois tenu personnellement et réellement, chacune des deux sûretés produisant ses effets propres* »⁹. Dans d'autres cas, en revanche, un engagement de caution est pris qui est contre-garanti par une sûreté réelle consentie par la même personne ; les deux sûretés dans cette hypothèse « *se superposent, en ce sens que la seconde consolide la première* »¹⁰. Une information n'en est alors pas moins due. Dès lors que l'opération de garantie comprend une dimension personnelle, le type de juxtaposition choisi n'est pas déterminant de l'existence ou non de l'obligation d'information. Cependant, il pourrait avoir un impact sur l'efficacité de la sanction du défaut d'information. La difficulté et l'intérêt de la question que l'arrêt avait à régler tiennent à cela¹¹.

Dans la première hypothèse en effet, celle du cumul, si l'information due n'est pas délivrée, l'engagement de caution personnel ne pourra certes pas être mis en œuvre pour les intérêts, mais le cautionnement réel en revanche pourra l'être, si tant est qu'il a été prévu qu'il les garantissait. Les deux sûretés sont autonomes¹². Sans doute est-ce à cette autonomie que les juges de la cour d'appel entendaient confusément renvoyer en l'espèce. Mais la décision de la Cour de cassation ne permet pas de le vérifier.

Dans la seconde hypothèse en revanche, celle de la superposition, le cautionnement réel ne peut être mis en œuvre que pour ce qui est dû au titre de l'engagement personnel, qui constitue l'obligation garantie. Aussi bien, si la caution, envers laquelle le créancier n'aurait pas correctement satisfait à son obligation d'information, est libérée des intérêts au titre de son engagement personnel, ces intérêts ne pourront davantage être réclamés à l'occasion de la mise en œuvre du cautionnement réel adjoint. La sanction du défaut d'information s'imposera dans toute son efficacité, conformément à ce que la chambre commerciale a voulu ici qui, saisie par un pourvoi qui, de fait, faisait valoir que le cautionnement réel était l'*accessoire* du cautionnement personnel, casse l'arrêt d'appel « *en ce qu'il a rejeté la demande [...] tendant à voir constater la déchéance du droit aux intérêts* ».

Il reste, ainsi qu'on l'aura compris, que la dimension personnelle de son engagement ne suffira pas toujours à assurer à la caution (par ailleurs caution réelle) le bénéfice de la sanction de l'information non conforme et à faire perdre au créancier la garantie des intérêts. D'un autre côté... pour peu que la qualité de cautionnement (réel) de la sûreté réelle donnée pour autrui vienne à ne plus être niée (et l'ajout fait à l'article 1422 a quasiment supprimé les raisons qu'elle le soit¹³), l'obligation d'informer pourrait ne plus dépendre de cette dimension personnelle. Après tout, « *la caution réelle assume pareillement une dette qui n'est*

8. V. Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006 : D. 2006, p. 1543, note V. Bonnet ; Cass. com. 7 mars 2006, Bull. civ. IV, n° 59 ; D. 2006, AJ, p. 782, obs. A. Lienhard ; et antérieurement v. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2000, D. 2001, somm. 694, obs. L. Aynès ; JCP 2000, I, 257, n° 9, obs. Ph. Simler ; RTD civ. 2000, p. 366, obs. P. Crocq ; Banque & Droit mai-juin 2000, p. 45, obs. F. Jacob.

9. V. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 20.

10. Ph. Simler, *loc. cit.*

11. M. Ansault le souligne, dans son importante thèse sur le cautionnement réel : dans le nouvel état du droit positif, lorsque le juge se prononce en faveur d'un cumul d'engagements, il doit toujours veiller à distinguer entre les différents montages possibles. V. J.-J. Ansault, *Le Cautionnement réel*, Deffrénois 2009, coll. « thèses » dirigée par B. Beignier, t. 40, n° 120, spéc. note 256.

12. *Ibid.*

13. V. toutefois M. Mignot, *Droit des sûretés*, Montchrestien, 2^e éd., 2010, n° 1239.

pas la sienne, et l'information ne lui est pas moins utile qu'à la caution personnelle »¹⁴.

F. J.

Cautionnement – Procédure collective du débiteur principal – Vérification des créances – 1. État des créances déposé au greffe du tribunal de commerce – Qualité de personne intéressée – Caution (oui). Tierce opposition (non) – 2. Autorité de chose jugée de l'admission de la créance – Concentration des moyens – Rejet de l'action en dommages-intérêts de la caution en raison de la faute commise par le créancier.

Cass. com. 25 octobre 2011, n° 1054 FS-P+B (n° 10-21.383), X c/ Société Lyonnaise de Banque.

Cass. com. 6 décembre 2011, F-P+B (n° 10-25571), X et autres c/ Banque Populaire Provençale et Corse.

Il appartenait à la caution, défenderesse à l'action en paiement, de présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble des moyens qu'elle estimait de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande. Sous le couvert d'une demande en paiement de dommages-intérêts et en compensation, l'action en responsabilité de la caution à l'encontre du créancier ne tendait qu'à remettre en cause, par un moyen nouveau, la condamnation irrévocablement prononcée et la cour d'appel en a exactement déduit que la demande se heurtait à l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt irrévocable rendu antérieurement sur recours contre la décision du juge-commissaire statuant sur l'admission de la créance.

Ayant relevé que la caution a eu la possibilité de faire valoir ses droits auprès du juge-commissaire, statuant sur l'admission de la créance, qu'elle a été reçue par le juge-commissaire et qu'elle n'a pas exercé de recours, la cour d'appel a fait ressortir que la caution pouvait, dès la première instance, présenter le moyen invoqué à l'appui de son action 1^{re} espèce).

Les cautions, pouvant former réclamation contre l'état des créances déposé au greffe du tribunal de commerce par le juge-commissaire, en qualité de tiers intéressés conformément aux dispositions de l'article R. 624-8 du Code de commerce, la tierce opposition ne leur est pas ouverte (2^e espèce).

Deux arrêts récents de la chambre commerciale de la Cour de cassation mettent en évidence la portée, à l'égard de la caution, de la vérification des créances dans la procédure collective du débiteur principal. En pratique, la vérification des créances est souvent hâtive et peu rigoureuse, surtout lorsque le débiteur s'en désintéresse, et l'on peut craindre que toutes les créances bénéficiant d'une décision d'admission n'aient pas été sérieusement vérifiées¹⁵. Comme le soulignent des auteurs, « il y a donc de fortes présomptions que le brevet judiciaire de certitude de la

créance que permet d'obtenir l'admission au passif puisse ne pas refléter l'exacte réalité »¹⁶. Aussi la caution a-t-elle tout intérêt à être vigilante et à opposer en temps utile ses contestations relatives à la créance, comme en témoignent les deux décisions rapportées.

I. Dans la première espèce, une caution, qui était poursuivie par une banque en exécution d'un arrêt irrévocable du 11 février 2005 l'ayant condamnée au paiement d'une créance déjà vérifiée et admise (par un autre arrêt irrévocable du 11 juin 1998) dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire du débiteur principal, a assigné le créancier en responsabilité, en paiement de dommages et intérêts et en compensation des sommes dues réciproquement. Mais, aux termes d'un arrêt du 25 octobre 2011¹⁷, la chambre commerciale approuve la cour d'appel de Paris d'avoir rejeté ses demandes : « attendu, d'une part, qu'il appartenait à la caution, défenderesse à l'action en paiement, de présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble des moyens qu'elle estimait de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande ; qu'ayant relevé que l'arrêt du 11 février 2005 avait retenu le principe de la condamnation de la caution... et que, sous le couvert d'une demande en paiement de dommages-intérêts et en compensation, l'action de la caution ne tendait qu'à remettre en cause, par un moyen nouveau, la condamnation irrévocablement prononcée, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande se heurtait à l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt irrévocable du 11 février 2005 ; attendu, d'autre part, que par motifs adoptés, l'arrêt relève que la caution a eu la possibilité de faire valoir ses droits auprès du juge-commissaire, statuant sur l'admission de la créance, qu'elle a été reçue par le juge-commissaire et qu'elle n'a pas exercé de recours, faisant ainsi ressortir que celle-ci pouvait, dès la première instance, présenter le moyen invoqué à l'appui de son action ».

Cette solution, sévère pour la caution, se situe dans le sillage de l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006¹⁸ qui a jugé qu'« il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ». En matière de cautionnement, la première chambre civile de la Cour de cassation en avait déjà déduit que la caution définitivement condamnée à payer le créancier n'était plus recevable à agir ensuite à son encontre en responsabilité dans le cadre d'une nouvelle instance¹⁹. La chambre commerciale adopte à son tour la même position²⁰, en étendant cette fois la solution à la procédure de vérification des créances. Il en résulte que tous les moyens et demandes qui auraient pu être invoqués par la caution dans le cadre de l'instance initiale se heurtent semble-t-il à l'autorité de chose jugée (art. 1351 C. civil), ce qui est contestable²¹.

16. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 268.

17. RJDA, 2012, n° 88 ; *Procédures* 2012, n° 15, note B. Rolland.

18. JCP 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *Procédures* 2006, n° 201, note R. Perrot.

19. Cf. notamment Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2010, *Banque & Droit* septembre-octobre 2010, p. 61, 1^{re} esp., obs. N. R. ; comp. Cass. 2^e civ., 23 septembre 2010, *Bull. civ. II*, n° 157, considérant que « l'action en responsabilité intentée contre la banque n'avait pas le même objet que l'action en paiement exercée par celle-ci » et était par suite recevable.

20. Sur l'application du principe de concentration des moyens à la caution n'ayant pas invoqué des moyens dans le cadre de l'action en paiement engagée par la banque, cf. déjà Cass. com. 6 juillet 2010, *Banque & Droit* septembre-octobre 2010, p. 61, 2^e esp., obs. N. R.

21. Cf. B. Rolland, note préc., qui critique à juste titre cette transformation du principe

14. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 423.

15. Sur la nature de la décision d'admission d'une créance et son opposabilité, cf. notamment B. Bouloc, note sous Cass. com. 18 novembre 1988 : D. 1989, p. 82, spéc. I, B, soulignant que « la décision du juge-commissaire est une véritable décision judiciaire ».

2. Dans la seconde espèce, la créance d'une banque, garantie par des cautions, à l'encontre d'une société en redressement judiciaire avait été admise par une ordonnance du juge-commissaire (rejetant la contestation de la société) qui avait été confirmée par un arrêt d'appel du 21 novembre 2007 sans que les cautions aient usé de la faculté de contester l'état des créances. Les cautions ayant ensuite formé tierce-opposition contre cet arrêt, la chambre commerciale précise dans un arrêt du 6 décembre 2011²² que cette action était irrecevable : « Les cautions, pouvant former réclamation contre l'état des créances déposé au greffe du tribunal de commerce par le juge-commissaire, en qualité de tiers intéressés conformément aux dispositions de l'article R. 624-8 du Code de commerce, la tierce opposition ne leur est pas ouverte ».

La Haute Juridiction applique ainsi en quelque sorte le principe selon lequel les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales pour affirmer que la caution qui n'a pas présenté une réclamation devant le juge-commissaire, dans le cadre spécifique et le délai particulièrement court d'un mois à compter de la publication de l'état des créances au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, prévus par l'article R. 624-8 du Code de commerce, ne peut plus exercer quelque recours que ce soit pour contester l'état des créances²³. L'admission définitive

de la créance à la suite d'une décision du juge-commissaire statuant en dernier ressort s'impose ainsi à la caution qui se trouve définitivement privée de toute possibilité de contestation quant à l'existence, le montant et la nature de la créance²⁴.

3. Le rapprochement des deux décisions rapportées conduit même à la conclusion que la chambre commerciale veut placer la créance définitivement vérifiée à l'abri de toute contestation de la caution dans une autre procédure. La position du créancier et l'efficacité du cautionnement sont ainsi renforcées mais au prix d'une atteinte au droit d'accès effectif au juge²⁵, garanti par l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (qui était pourtant habilement invoqué par les cautions dans la seconde espèce). Il reste que la caution qui n'a pas contesté en temps utile l'état des créances devrait pouvoir encore invoquer dans une autre instance au moins la fraude (du créancier ou du débiteur principal)²⁶ et les moyens de défense qui lui sont personnels.

N. R.

Code de commerce n'est qu'une variété de tierce opposition.

24. Sur les effets de la décision d'admission de la créance, cf. notamment A. Lienhard, *Procédures collectives*, Delmas, 3^e éd., 2009, n° 1118.

25. Cf. sur ce point les réflexions critiques de M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, loc. cit.

26. Cf. notamment Cass. 1^{re} civ., 14 février 1990, Bull. civ. I, n° 42, jugeant au visa du principe *Fraus omnia corrumpit*, ensemble les articles 1208 et 1351 du Code civil, qu'« il résulte de la combinaison de ce principe et de ces textes que la caution solidaire peut, nonobstant l'autorité de la chose jugée, opposer au créancier les faits de fraude ou de collusion entre celui-ci et le débiteur principal ».

de concentration des moyens en un « principe de concentration des demandes » ; Comp. Cass 3^e civ., 11 janvier 2012, n° 10-23.141, Dalloz.fr, obs. G. Forest, refusant d'assimiler concentration des moyens et concentration des demandes.

22. D. 2012, Act., p. 7, obs. A. Lienhard.

23. Comp. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2012-2013, n° 683-31, considérant que la réclamation prévue par l'article R. 624-8 du



ESPACE CARRIÈRE et EMPLOI
Pour évoluer au cœur
de la banque et de la finance

DÉCOUVREZ
La nouvelle rubrique
sur revue-banque.fr