

# CHRONIQUE

## DROIT DES SÛRETÉS

### I. SÛRETÉS PERSONNELLES



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

#### **Cautionnement – Procédure de sauvegarde – Adoption d'un plan de sauvegarde – Conditions de la poursuite des garants personnes physiques – Mesures conservatoires provisoires.**

Cass. com., 10 janv. 2012, n° 11-11.482, FS-P+B.

**L'assignation en exécution de ses engagements délivrée à la caution personne physique d'un débiteur bénéficiant d'un plan de sauvegarde par un créancier ayant déclaré sa créance et fait inscrire une hypothèque provisoire sur les immeubles de cette caution ne peut être rejetée sans que soient violés les articles R. 622-26 du Code de commerce et 215 du décret du 31 juillet 1992.**

Aux termes de l'article L. 622-28 alinéa 2 du Code de commerce, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en faveur d'un débiteur suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou prononçant la liquidation toute action contre les garants personnes physiques du débiteur concerné. Plus loin dans le Code de commerce, à l'article L. 626-11, il est en outre prévu que ces garants personnes physiques peuvent se prévaloir des dispositions (remises et délais) de l'éventuel plan de sauvegarde. Les garants concernés, naturellement, ne peuvent que se féliciter de cette double faveur qui leur est faite. On en sait au demeurant assez bien les raisons : en la leur accordant, on entend dissiper les craintes et hésitations que ces garants personnes physiques pourraient éprouver à l'idée de se retrouver en première ligne et, puisqu'ils sont bien souvent les dirigeants des entreprises en difficultés, hâter du même coup la prise en charge de ces difficultés, tout en favorisant le choix de la procédure de sauvegarde par rapport à celui de la procédure de redressement judiciaire<sup>1</sup>.



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

Pour autant, il n'en reste pas moins expressément permis aux créanciers bénéficiaires de ces garanties souscrites par des personnes physiques, contre lesquelles toutes les actions sont donc supposées être suspendues, de « prendre des mesures conservatoires » ; c'est l'article L. 622-28 du Code de commerce pris en son troisième et dernier alinéa qui nous renseigne sur ce point... tandis que, encore ailleurs dans le même Code de commerce, à l'article R. 622-26, il est précisé que « Les instances et les procédures civiles d'exécution suspendues en application du deuxième alinéa de l'article L. 622-28 sont poursuivies à l'initiative des créanciers bénéficiaires de garanties mentionnés au dernier alinéa de cet article sur justification du jugement arrêtant le plan, selon les dispositions applicables à l'opposabilité de ce plan à l'égard des garants ».

Le moins que l'on puisse concéder, sans doute, est que l'articulation des différentes logiques qui ici s'expriment ne relève pas de l'évidence. Fort heureusement, la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a rendu le 10 janvier 2012 sur la question de la conciliation des textes évoqués une décision de censure, paraît avoir pour sa part une idée précise de la façon dont on doit comprendre les choses.

En l'espèce, le débiteur principal faisait donc l'objet d'une procédure de sauvegarde, procédure qui avait conduit à l'adoption d'un plan. Le créancier était une banque. Elle avait déclaré sa créance. Elle avait aussi fait inscrire une hypothèque judiciaire provisoire sur divers immeubles appartenant à la caution. Enfin, elle avait assigné cette caution en exécution de son engagement. Cette dernière action était cependant rejetée par les juges du fond, qui relevaient que la caution peut se prévaloir des délais et remises consenties en exécution du plan de sauvegarde, qu'il n'était pas contesté que le plan adopté ici était respecté, et que par conséquent la créance invoquée par la banque n'était pas exigible contre la caution. C'est contre cette décision qu'un pourvoi était formé.

Pour l'essentiel, le pourvoi faisait valoir qu'en ce qu'il dispose que les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir des délais et remises accordées par le plan de sauvegarde, l'article L. 626-11 du Code de commerce se borne à instaurer en leur faveur une exception dilatoire de nature à provoquer, non pas une décision de débouté, mais le prononcé d'un simple sursis à statuer sur la demande du créancier jusqu'à ce que ses créances deviennent exigibles selon les termes du plan. Le pourvoi ajoutait qu'il en est d'autant plus ainsi que l'article 215 du décret du 31 juillet 1992 sur les procédures civiles d'exécution fait obligation au créancier d'introduire une action au fond dans le mois qui suit l'éventuelle mesure conservatoire, à peine de caducité. La Cour de cassation se laisse convaincre et casse l'arrêt d'appel.

1. L'article L. 631-20, qui concerne le redressement judiciaire, pose pour sa part que « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan. » Un autre texte, l'article L. 631-14 alinéa 6, relatif lui aussi au redressement judiciaire, ajoute que « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 [selon lequel les créances non déclarées à la procédure sont inopposables au débiteur et aux garants personnes physiques pendant l'exécution du plan] et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 [selon lequel le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts] ».

Les textes visés par la décision de censure que rend la Cour de cassation sont, ensemble, les articles L. 626-1, L. 622-28 et R. 622-26 du Code de commerce, et 215 du décret du 31 juillet 1992, dont la lecture fait dire à la haute juridiction que « les instances engagées par le créancier contre les coobligés et les personnes physiques ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome à une société bénéficiant d'un plan de sauvegarde, qui peuvent se prévaloir des dispositions de ce plan en application du premier de ces textes, suspendues en application du deuxième, sont poursuivies à l'initiative des créanciers bénéficiaires de garanties selon les dispositions applicables à l'opposabilité de ce plan à l'égard des garants ». Ainsi donc une conciliation est possible.

La possibilité d'une conciliation, au demeurant, entre le droit des cautions au bénéfice de certaines faveurs accordées au débiteur failli et la nécessité dans laquelle se trouvent les créanciers de préserver leurs droits contre ces cautions, avait déjà été admise par la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 24 mai 2005, en effet, il avait été jugé qu'en application de l'article 215 du décret du 31 juillet 1992 « le créancier qui a été autorisé à pratiquer une mesure conservatoire contre une caution personnelle physique doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure », le même arrêt précisant que « l'action régulièrement engagée par le créancier contre la caution et suspendue par l'effet du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du débiteur principal peut être reprise sans nouvelle assignation après le jugement arrêtant le plan de redressement ou la liquidation judiciaire ». Cette décision, naturellement, avait été remarquée<sup>2</sup>. Elle visait cependant spécialement l'hypothèse de la procédure de redressement judiciaire. Or de l'eau avait coulé depuis sous les ponts, le droit des procédures collectives avait été réformé, une nouvelle procédure créée, la procédure de sauvegarde, qui se veut plus favorable aux cautions personnes physiques (ainsi les dispositions du plan de sauvegarde leur profitent, ce qui n'est pas le cas des dispositions du plan de redressement). Il était donc important que le principe de la conciliation et les principes de cette conciliation puissent être à nouveau formulés et leur étendue précisée. C'est chose faite, et l'on comprend, avec notre arrêt du 10 janvier 2012, qu'après qu'un plan a été adopté, quel qu'il soit, que ses dispositions soient opposables ou non par la caution en d'autres termes, le créancier qui aurait pu être autorisé à prendre contre elle une mesure conservatoire provisoire est fondé à la poursuivre au fond pour l'obtention d'un titre exécutoire. Mieux, le créancier se doit même d'agir : dès l'instant que l'on est sorti de la période d'observation, le délai d'un mois n'est pas ou plus suspendu en effet ; il faut donc battre le fer, en tout cas assigner, pour éviter la caducité, quitte, dans le cas de la sauvegarde (puisque rien n'est simple), à devoir attendre ensuite le moment de l'exigibilité de la dette à l'égard de la caution pour voir le juge délivrer le titre exécutoire escompté.

F. J.

2. V. D. 2005, AJ p. 1632, obs. A. Lienhard, et Pan. p. 2084, obs. P. Crocq.

## ■ II. SÛRETÉS RÉELLES

### Hypothèque – Biens frappés d'une inaliénabilité conventionnelle – Biens hors du commerce et insusceptibles d'hypothèque.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 février 2012, n° 09-13.113 F-P+B+I, BCI c/ X et autres.

#### Les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du Code civil.

Aux termes de l'article 1128 du Code civil, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». L'article 2397 du Code civil fait une application particulière de cette règle générale en énonçant que « sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1°) les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles [...] ». On en déduit que seuls peuvent être hypothéqués les biens disponibles, aliénables et saisissables<sup>3</sup>. La doctrine classique soulignait ainsi déjà que l'hypothèque ne peut pas avoir pour objet une propriété inaliénable : « pour qu'un bien puisse être hypothéqué, il faut nécessairement qu'il soit aliénable, puisque l'hypothèque n'est pas autre chose historiquement que la concession du droit d'aliéner (jus distrahendi) conférée au créancier par le propriétaire du bien... Il en résulte que les immeubles qui, bien qu'appartenant à des particuliers sont inaliénables ou insaisissables : biens frappés de substitution, biens dotaux d'une femme mariée sous le régime dotal, bien de famille insaisissable ne sont pas susceptibles d'hypothèque. Cette condition d'aliénabilité est générale : elle s'applique aussi bien aux hypothèques légales et judiciaires, qu'à celles que le propriétaire établit lui-même volontairement<sup>4</sup>. »

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 23 février 2012<sup>5</sup> fait application de cette règle traditionnelle et mérite de retenir l'attention des praticiens du droit des sûretés.

En l'occurrence, aux termes d'un acte sous seing privé du 19 mai 2003, une société de construction (NRCT) établie en Nouvelle-Calédonie a acquis auprès d'une commune deux terrains à bâtir, à charge de ne pas procéder à leur revente dans un délai de dix ans sans autorisation du conseil municipal. Puis, par acte notarié du 7 octobre 2003, une banque (BCI) a consenti à la société de construction un prêt destiné au financement de l'acquisition des terrains et du projet de construction, sous diverses conditions suspensives tenant, entre autres, à la justification de l'obtention des autorisations administratives nécessaires à la réalisation du projet et de la constitution des garanties prévues (à savoir l'affectation hypothécaire, par l'emprunteur des terrains et constructions concernés et le cautionnement solidaire de personnes physiques). La société de construction ayant été mise en liquidation judi-

3. Cf. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2012, n° 385 ; rapp. Cass. com. 26 oct. 1999, *Banque & Droit*, janv.-févr. 2000, p. 59, 2<sup>e</sup> esp., obs. N. R., jugeant que le droit de rétention ne peut pas s'exercer sur des marchandises contrefaites dès lors que leur caractère illicite interdit leur commercialisation.

4. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, « Sûretés réelles, première partie », avec le concours de E. Becqué, LGDJ, 1927, n° 353.

5. Dalloz.fr, obs. Th. de Ravel d'Esclapon.

ciaire, la banque, après avoir déclaré sa créance, a engagé une action en paiement contre les cautions et une action en responsabilité civile à l'encontre du notaire ayant établi l'acte du 7 octobre 2003. Un arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 8 janvier 2009 a rejeté l'action à l'encontre du notaire en considérant qu'en l'état de la clause d'inaliénabilité assujettissant les terrains acquis, il ne pouvait lui être reproché de n'avoir pas fait prendre une inscription hypothécaire qui aurait été inefficace et inutile. Le pourvoi formé par la banque à l'encontre de cette décision faisait notamment valoir :

i. qu'une clause d'inaliénabilité d'un bien n'empêchait pas l'inscription d'une hypothèque sur ce bien, lequel serait simplement insaisissable tant que la clause produit ses effets ;

ii. qu'une telle inscription était parfaitement utile, dès lors qu'à sa date, l'hypothèque prendrait rang et serait opposable à tous et que le créancier avait la possibilité d'obtenir la levée de l'inaliénabilité conventionnelle (à laquelle la commune avait du reste renoncé ultérieurement) ;

iii. que le notaire, répondant de l'efficacité des actes qu'il reçoit, devait donc s'assurer qu'ils étaient compatibles avec les actes déjà publiés à la conservation des hypothèques ;

iv. qu'à supposer même que la clause d'inaliénabilité assujettissant les terrains litigieux ait fait obstacle à la constitution d'une hypothèque, le notaire avait commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil en recevant l'acte de prêt stipulant la promesse d'hypothéquer les terrains en question après que l'acte d'acquisition desdits terrains a déjà été publié à la conservation des hypothèques.

Mais, après avis de la troisième chambre civile et de la chambre commerciale, la première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi : « Mais attendu, d'abord, que les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du Code civil ; qu'ensuite, la cour d'appel a constaté que le notaire, qui n'était pas tenu de contrôler la véracité des informations d'ordre factuel fournies par les parties en l'absence d'éléments de nature à éveiller ses soupçons, avait établi l'acte de prêt en ignorant que la vente, dont il n'était pas le rédacteur, était d'ores et déjà conclue et qu'elle comportait une clause d'inaliénabilité rendant impossible la prise d'une hypothèque conventionnelle, situation que la BCI et la société NRCT lui avaient dissimulée et qu'il n'a découverte qu'à la fin du mois d'octobre 2003 ; qu'elle a, par ailleurs, relevé que les fonds avaient été remis à l'emprunteur, dès le 14 octobre, que par ces seuls motifs propres à démontrer que le dommage était constitué à cette date, indépendamment de l'intervention du notaire, l'arrêt est légalement justifié, peu important que par une délibération du conseil municipal postérieure à la date de la cessation des paiements interrompant le cours des inscriptions, la commune de Bourail ait renoncé au bénéfice de la clause d'inaliénabilité. »

Si la solution est au premier abord classique et cohérente, elle n'est néanmoins pas à l'abri de la critique en ce qui concerne l'impossibilité d'inscrire une hypothèque conventionnelle sur un immeuble frappé d'une clause d'inaliénabilité.

i. La première chambre civile écarte la responsabilité du notaire aux motifs que la clause d'inaliénabilité frappant le bien excluait l'inscription d'une hypothèque conventionnelle et avait été dissimulée par les parties.

ii. S'agissant de la condition d'aliénabilité de l'immeuble,

l'arrêt rapporté se place dans le droit fil d'une décision rendue par la troisième chambre civile le 29 juin 1983<sup>6</sup>, dans une affaire similaire, qui avait déjà jugé que « les biens frappés d'inaliénabilité n'étant pas susceptibles d'hypothèque comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2118 du Code civil, les hypothèques inscrites... pendant la période d'inaliénabilité sont nulles ».

ii. Quant à la responsabilité civile du notaire, les lourdes obligations qui pèsent sur lui en matière d'hypothèque sont la contrepartie du monopole dont il bénéficie pour la constitution d'une hypothèque conventionnelle (cf. art. 2416 C. civil)<sup>7</sup>. La haute juridiction rappelle cependant à juste titre que le notaire n'est pas tenu, en principe, de vérifier les éléments d'ordre factuel qui lui sont fournis par les parties à l'acte qu'il reçoit<sup>8</sup> et qu'il peut être totalement exonéré si celles-ci lui ont dissimulé un élément essentiel, commettant ainsi une faute dolosive<sup>9</sup>. Mais si l'exonération du notaire, dans ce contexte, ne peut qu'être approuvée, il n'en va pas de même des conséquences attachées à la clause d'inaliénabilité frappant l'immeuble.

2. L'impossibilité d'hypothéquer un immeuble grevé d'une clause d'inaliénabilité affecte inutilement le crédit de son propriétaire et méconnaît la portée, somme toute limitée, des clauses d'inaliénabilité. Celles-ci ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime (cf. art. 900-1 C. civil). Aussi la jurisprudence contemporaine décide-t-elle que l'immeuble grevé d'une clause d'inaliénabilité « ne peut faire l'objet d'une saisie tant que cette clause est en vigueur »<sup>10</sup>. Il en résulte que l'immeuble peut être saisi lorsque l'effet de la clause prend fin et la Cour de cassation en avait déduit qu'une hypothèque judiciaire pouvait être inscrite sur un immeuble nonobstant une clause d'inaliénabilité<sup>11</sup>. La solution devrait être étendue à l'hypothèque conventionnelle, en considérant que la clause d'inaliénabilité fait obstacle à la réalisation de la sûreté mais non à sa constitution<sup>12</sup>, et ce d'autant plus que le bénéficiaire d'une clause d'inaliénabilité peut y renoncer (comme cela était du reste le cas dans l'espèce rapportée). ■

N. R.

6. Bull. civ. III, n° 152 ; RDI 1984, p. 221, obs. M. Dagot, à propos de l'inaliénabilité résultant de la législation applicable en Nouvelle-Calédonie qui faisait interdiction aux concessionnaires d'aliéner, pendant un certain délai, les terrains concédés.

7. Cf. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 2011, JCP 2011, 770, n° 8, obs. Ph. Simler ; Banque & Droit n° 136, mars-avr. 2011, p. 60, obs. N. R. ; Defrénois 2012, 40391, obs. S. Cabrillac ; adde M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2010, n° 908.

8. Cf. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 janv. 2009, Bull. civ. I, n° 1, jugeant que le notaire, recevant un acte en l'état de déclarations erronées d'une partie quant aux faits rapportés, engage sa responsabilité seulement s'il est établi qu'il disposait d'éléments de nature à faire douter de leur véracité ou de leur exactitude ; rapp. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 2011, n° 10-26934, jugeant que le devoir de mise en garde du notaire est fonction des éléments dont il dispose au jour de la signature de l'acte ; adde M. Thioye, « Limites au devoir de conseil du rédacteur d'actes », AJDI 2010, p. 911.

9. Cf. déjà Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, Bull. civ. I, n° 458 ; adde sur le caractère exonératoire de la faute dolosive de la victime, J.-L. Aubert, La Responsabilité civile des notaires, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2002, n° 56.

10. Cass. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1994, D. 1995, p. 342, note A. Leborgne.

11. Cass. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1985, Bull. civ. I, n° 252 ; RTD civ. 1986, p. 622, obs. J. Patarin, jugeant que l'inscription d'une hypothèque judiciaire « ne tient pas en échec une clause d'inaliénabilité en ce sens qu'elle ne permet pas la saisie tant que cette clause est en vigueur ».

12. Rapp. Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., n° 385, p. 375, note 3.