

CHRONIQUE

GARANTIES



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



EMMANUEL NETTER
Maître de conférences,
Université d'Avignon



NICOLAS KILGUS
Agrégé des Facultés de droit,
Professeur à l'Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital

Les associés des sociétés de personnes ne sont pas des garants et ne peuvent pas bénéficier du devoir de mise en garde

Seules les personnes non averties peuvent bénéficier du devoir de mise en garde et le caractère averti d'une personne morale s'apprécie, lors de la conclusion du contrat, en la personne de son représentant.

Lorsque l'emprunteur est une société civile immobilière (celle-ci ayant contracté un crédit-bail immobilier), seule celle-ci est créancière de l'obligation de mise en garde et non ses associés, même si ceux-ci sont tenus indéfiniment des dettes sociales, et le caractère averti de cet emprunteur s'apprécie en la seule personne de son représentant légal et non en celle de ses associés.

Cass. 3^e civ., 19 septembre 2019, n° 18-15938, FS-P+B+I, X c/ Sté BPIFrance Financement et al.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

D'un point de vue juridique, le crédit-bail immobilier (article L. 313-7, 2 C. mon. et fin.) associe plusieurs techniques contractuelles (achat puis location d'un bien immobilier, promesse unilatérale de vente portant sur ce bien). Mais dans la réalité économique, comme son nom l'évoque, le crédit-bail immobilier est d'abord une opération de crédit, destinée à financer l'acquisition ou la construction d'un bien immobilier, qui est assortie d'une sûreté utilisant le louage de chose et la propriété, dans la mesure où l'établissement de crédit demeure

propriétaire du bien dont il finance l'acquisition¹. La Cour de cassation en tire les conséquences en imposant au crédit-bailleur un devoir de mise en garde² (et non un devoir de conseil) lorsqu'il est face à un crédit-preneur et des cautions non averties³. À cet égard, un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 19 septembre 2019⁴, qui est destiné à une large diffusion (P+B+I), mérite d'être relevé car il apporte des précisions importantes quant au régime de ce devoir de mise en garde lorsque le crédit-preneur est une société civile immobilière (SCI), et plus généralement une personne morale.

En l'occurrence, plusieurs personnes physiques ont constitué une SCI en vue de l'acquisition d'un terrain sur lequel devait être édifié un immeuble à usage industriel et de bureaux. Par acte authentique du 11 juillet 2008, quatre sociétés (les crédits-bailleurs) ont conclu avec la SCI un contrat de crédit-bail destiné à financer l'acquisition du terrain et la construction de l'immeuble. Les parties ont conclu ultérieurement un avenant, pour financer la réalisation de travaux supplémentaires, garanti par un cautionnement solidaire souscrit par le gérant de la SCI. À

1. V. Lamy Droit des sûretés, Etude 215, « Crédit-bail immobilier : parties et objet » par N. Rontchevsky, 2018, n° 215-17; Ch. Goyet, *Le Louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, 1983, préf. D. Schmidt, n° 42, qui estime que la propriété joue le rôle d'une sûreté intrinsèque.

2. Sur le devoir de mise en garde des établissements de crédit à l'égard des emprunteurs et des cautions non averties quant au risque d'endettement excessif et au risque du cautionnement, V. notamment Lamy Droit du financement 2019 par J. Devèze, A. Couret, I. Parachkévova, Th. Poulain-Rehm et M. Teller, n° 3331 et s.

3. V. déjà Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-216, RJDA 2016, n° 472.

4. BRDA 20/19, n° 15.

la suite de la défaillance de celle-ci, une ordonnance de référé du 6 septembre 2013 a constaté l'acquisition de la clause résolutoire insérée au contrat. La SCI et ses associés ont alors assigné les crédits-bailleurs en responsabilité pour manquement à leur devoir de mise en garde et de conseil lors de la conclusion du crédit-bail et de son avenant. La SCI ayant été mise en liquidation judiciaire, les crédits-bailleurs ont appelé le liquidateur en intervention forcée et demandé reconventionnellement la fixation de leur créance au passif de la SCI, ainsi que la condamnation des associés et de la caution à leur payer les sommes dues à la suite de la résiliation du crédit-bail. Par un arrêt du 22 février 2018, la cour d'appel de Paris a rejeté les demandes de la SCI et de ses associés, en affirmant que seul le cocontractant du crédit-bailleur, à savoir la SCI, pouvait invoquer le manquement au devoir de mise en garde, et fixé la créance des crédits-bailleurs, condamné les associés à payer le montant de la dette sociale à proportion de leur part dans le capital social et enfin condamné le gérant de la SCI en sa qualité de caution.

Le pourvoi formé contre cet arrêt par les associés de la SCI et le mandataire liquidateur de celle-ci articulait différents moyens et soutenait notamment que lorsque le crédit-prenneur est une société civile, au sein de laquelle chaque associé répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, le crédit-bailleur est tenu d'un devoir de mise en garde envers chaque associé non averti sur le risque d'endettement excessif qui résulte pour lui, pris individuellement, de l'opération.

Ces arguments sont écartés par la troisième chambre civile. Celle-ci affirme d'abord, « qu'ayant retenu à bon droit que seules les personnes non averties peuvent bénéficier du devoir de mise en garde et que le caractère averti d'une personne morale s'apprécie, lors de la conclusion du contrat, en la personne de son représentant, et relevé que M. X avait créé le groupe Bergame en 1993 et était le dirigeant de toutes les sociétés de ce groupe, dont il connaissait la situation et les perspectives de développement, qu'il avait choisi le terrain, décidé des travaux et de l'opération dans son ensemble, qu'il avait auparavant réalisé une opération d'acquisition à effet de levier, dite de Leveraged buy out (LBO), pour procéder au rachat d'une société en 2001, avant de réaliser une autre opération de croissance externe en 2005, qu'il avait déjà procédé à des financements similaires et disposait de connaissances et d'une expérience avérées dans le domaine de la gestion, lui permettant d'appréhender le crédit contracté ainsi que la teneur et la portée de ses propres obligations en qualité de caution, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches prétendument omises, en a souverainement déduit que M. X était un emprunteur et une caution avertis et a ainsi, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ces chefs ». En réponse à un autre moyen, la Haute juridiction énonce ensuite que « lorsque l'emprunteur est une société civile immobilière, seule celle-ci est créancière de l'obligation de mise en garde et non ses associés, même si ceux-ci sont tenus indéfiniment des dettes sociales, et que le caractère averti de cet emprunteur s'apprécie en la seule personne de son représentant légal et non en celle de ses associés ».

Deux enseignements importants peuvent être tirés de cette décision de principe, du point de vue des établissements de crédit (1.) et du point de vue des associés des sociétés de personnes (2.).

1. La Cour de cassation réaffirme avec force, en des termes très généraux, que le devoir de mise en garde

des établissements de crédit ne peut s'appliquer qu'à l'égard des personnes non averties⁵ et que, s'agissant d'une personne morale, comme une SCI ou une autre société, son caractère averti s'apprécie exclusivement en la personne de son représentant⁶, au moment de la conclusion du contrat, et non au regard de l'activité de la personne morale⁷ ou d'autres éléments. Pour les établissements de crédit, cette solution a le mérite de cantonner la portée de leur devoir de mise en garde et d'en simplifier la mise en œuvre puisqu'il s'agit d'apprécier uniquement les compétences et l'expérience du représentant de la personne morale qui conclut le contrat pour le compte de celle-ci⁸. L'idée sous-jacente est sans doute que si le représentant de la personne morale est une personne avertie, il pourra et devra exposer aux associés les éventuels risques de l'endettement créé par l'opération. À cet égard, le fait que le représentant soit un dirigeant ne suffit pas à lui conférer nécessairement un caractère averti, rejaillissant sur la personne morale. De manière remarquable, la Haute juridiction approuve les juges du fond d'avoir exclu l'application du devoir de mise en garde en procédant à une appréciation *in concreto* pour déduire de différents éléments qu'ils ont relevés (expérience des affaires, choix du terrain et de l'organisation de toute l'opération, recours à des financements similaires antérieurement...) que le dirigeant était bien en l'espèce « un emprunteur et une caution avertis ». La portée de l'arrêt ne se limite donc pas au crédit-bail mais concerne toutes les opérations de crédit effectuées avec une personne morale, même lorsque ses associés répondent indéfiniment des dettes sociales.

2. En soulignant que la SCI est ici la « seule créancière » du devoir de mise en garde, la Cour de cassation réserve l'application de celui-ci aux seuls cocontractants de l'établissement de crédit et exclut catégoriquement de son bénéfice les associés de la SCI (qui ne sont pas parties au contrat de crédit-bail immobilier), alors même qu'ils répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social (art. 1857 et 1858 C. civil) et sont ainsi exposés à un risque de ruine. L'arrêt rapporté se place dans le sillage d'un arrêt antérieur de la chambre commerciale en date du 11 avril 2018⁹, qui a jugé, au sujet d'un emprunt contracté par une société en nom collectif, que « le caractère

5. En présence d'un emprunteur averti, l'établissement de crédit n'est pas tenu d'un devoir de mise en garde mais sa responsabilité peut néanmoins être mise en cause en cas de dissymétrie d'information, s'il est établi qu'il avait des informations que l'emprunteur ignorait s'agissant de la situation financière ou des risques de l'opération (V. notamment Cass. com. 27 janvier 2015, n° 13-16971; Cass. com. 22 juin 2010, n° 09-15124).

6. V. déjà en ce sens plusieurs arrêts de la chambre commerciale et notamment Cass. com. 22 mai 2013, n° 11-20398; Cass. com. 31 janvier 2017, n° 14-20548, Bull. Joly 2017, p. 216, note J.-F. Barbière, jugeant que « le caractère non averti de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal »; Cass. com. 11 avril 2018, n° 15-27133, FS-P+B, RJDA 2018, n° 524; RTDcom. 2018, p. 427, obs. D. Legeais.

7. Comp., à propos de l'appréciation de la qualité de non-professionnel d'une personne morale pour l'application de la prohibition des clauses abusives du Code de la consommation, Cass. 3^e civ., 17 octobre 2019, n° 18-18469, FS-P+B+I, jugeant que « la qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal ».

8. Sur la mise en œuvre de la distinction entre emprunteurs avertis et non avertis, V. Lamy Droit du financement 2019, op. cit., n° 3334.

9. Préc.

avertir de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal et non en celle de ses associés, même si ces derniers sont tenus solidairement des dettes sociales ». Ce qui a été jugé pour les associés en nom, indéfiniment et solidairement tenus aux dettes sociales (art. L. 221-1 C. com.) est logiquement étendu, a fortiori, aux associés d'une société civile dont l'obligation aux dettes sociales est indéfinie et conjointe (donc non solidaire). La solution est rigoureuse pour les associés des sociétés de personnes, dont le caractère non averti ne pourra ainsi jamais justifier la mise en œuvre du devoir de mise en garde, mais elle s'explique par deux considérations tenant à la nature spécifique de l'obligation à la dette de l'associé.

En premier lieu, l'associé d'une société de personnes n'est pas codébiteur de la société¹⁰, même s'il paye la dette de celle-ci¹¹, mais n'est qu'un débiteur subsidiaire¹². En deuxième lieu, ce caractère subsidiaire de son obligation à la dette n'en fait pas pour autant un garant de la société,

10. Obs. préc. au BRDA 20/19 sur l'arrêt rapporté, 1^o; rappr. Cass. com. 11 avril 2018, préc., rejetant le moyen qui soutenait que les associés en nom étaient de « véritables co-emprunteurs ».

11. V. Cass. 3^e civ., 6 mai 2015, n^o 14-15222, Bull. civ. III, n^o 42, jugeant que « l'associé d'une société civile, qui désintéresse un créancier social en application de l'article 1857 du code civil, paie la dette de la société et non une dette personnelle ».

12. Sur la nature de l'obligation à la dette de l'associé de société civile, V. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^e éd., 2019, n^o 1656, et la jurisprudence citée.

Fragilité des garanties obtenues dans le cadre d'une procédure de conciliation

Si, selon l'article L. 611-12 du Code de commerce, lorsqu'il est mis fin de plein droit à un accord de conciliation en raison de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du débiteur, le créancier qui a consenti à celui-ci des délais ou des remises de dettes dans le cadre de l'accord de conciliation recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissaient, il ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord dont l'échec entraîne une caducité intégrale, qui concerne les abandons de créances comme les engagements de caution.

Cass. com. 25 septembre 2019, n^o 18-15.655, FS-P+B.

Commentaire de François Jacob

La solution de cette intéressante décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 septembre dernier peut être ramassée en une proposition simple : le cautionnement consenti dans le cadre d'une procédure de conciliation ne survit pas à l'échec de l'accord intervenu et que constate l'ouverture d'une procédure collective.

En l'espèce, une banque consent une ouverture de crédit de 350 000 euros et un prêt de 800 000 euros à une entreprise, en 2005. L'ouverture de crédit est garantie par un cautionnement donné pour 260 000 euros,

comme l'ont déjà jugé plusieurs décisions ayant refusé d'étendre aux associés des sociétés de personnes différents textes applicables au cautionnement¹³. Privés radicalement du bénéfice du devoir de mise en garde, les associés, même non avertis, ne peuvent donc pas mettre en jeu la responsabilité civile de l'établissement de crédit sur ce fondement. En revanche, le caractère averti du représentant légal de la société qui a conclu un contrat de crédit-bail (ou une autre opération) préjudiciable à celle-ci et ses associés pourrait d'autant plus justifier d'engager à son encontre une action en responsabilité civile pour faute de gestion en application de l'article 1850 du Code civil¹⁴. ■

CRÉDIT-BAIL IMMOBILIER – DEVOIR DE MISE EN GARDE – SCI – EMPRUNTEUR AVERTI – APPRÉCIATION DANS LA SEULE PERSONNE DU REPRÉSENTANT LÉGAL – EXCLUSION DES ASSOCIÉS.

13. V. notamment Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 2006, n^o 03-11461, Bull. civ. I, n^o 14; JCP E 2006, 2035, n^o 8, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker, jugeant que « c'est à bon droit que la cour d'appel, ayant décidé que M. X n'avait pas été condamné en qualité de caution de la SNC Promotoit mais seulement comme associé responsable des dettes sociales d'une société de personnes, a dit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1415 du Code civil »; Cass. com. 9 décembre 2008, n^o 07-14694, écartant l'obligation d'information des cautions prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

14. Sur la responsabilité du gérant de société civile envers la société et les associés, V. notamment M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *op. cit.*, n^o 1711; rappr., à propos d'un gérant de SARL (mais transposable à un gérant de société civile), Cass. com. 8 juin 1963, Bull. civ. III, n^o 283, pour la conclusion d'un bail préjudiciable à la société, le gérant ayant abandonné une partie des locaux et accepté une augmentation des charges sans contrepartie.

tandis que le prêt est garanti par un cautionnement de (seulement...) 160 000 euros. En 2008, par un accord de conciliation destiné à régler les difficultés de cette entreprise, les créances initiales de la banque sont ramenées à 140 000 et 325 419 euros, montants garantis par de nouveaux engagements de caution pris à hauteur de 182 000 et 325 419 euros, par la même personne qu'à l'origine, à savoir le dirigeant de l'entreprise débitrice. En 2012 l'entreprise est mise en redressement puis en liquidation judiciaire. La caution est alors condamnée, sur le fondement de ses engagements de... 2008, à payer 115 894 euros en règlement de l'ouverture de crédit et 291 648 euros en règlement du prêt. La Cour d'appel de Bordeaux infirme cependant le jugement de condamnation, en retenant que l'échec de l'accord de conciliation de 2008 avait entraîné la caducité des abandons de créances mais aussi des cautionnements pris cette même année juste avant l'homologation de l'accord, ce en conséquence de quoi la caution ne pouvait sans doute être condamnée, pour le remboursement du prêt, qu'à un montant maximal de 160 000 euros. Un pourvoi est formé. Il y est souligné que les cautionnements de 2008 précisaient devoir s'ajouter « à toutes les garanties réelles ou personnelles qui ont pu ou qui pourront être fournies au profit de la banque par la caution ». La cour d'appel aurait ainsi violé une clause contractuelle et, partant, l'article 1134 du civil dans sa rédaction antérieure à la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Mais le pourvoi est rejeté. Selon la Cour de cassation, lorsqu'un accord de conciliation prend fin en raison de l'ouverture d'une procédure collective, le créancier qui a consenti des délais ou des remises dans le cadre d'un

accord de conciliation « recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissaient » mais « ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord », de sorte qu'il convenait bien ici, « pour déterminer l'étendue des engagements (du dirigeant caution), de se reporter aux deux cautionnements initiaux (les cautionnements de 2005), sans que la banque puisse opposer les stipulations contraires des engagements de 2008, devenus caducs ».

La décision de la Cour de cassation paraît peu contestable au plan du droit. L'article L. 611-12 du Code de commerce pose en effet clairement que « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué ». Or, quoi qu'il s'agisse bien de ce qui est poursuivi, cet accord ne se réduit pas nécessairement aux seuls abandons de créance et délais. Il doit être compris comme s'étendant à ce qui les a permis et, généralement, ce qui fait l'accord précisément, au-delà de la considération par les créanciers de leur intérêt bien compris (lâchons du lest si on veut que ça redécoule et conserver l'espoir d'être à peu près payés), ce sont bien les garanties qui peuvent être promises alors, là où il n'en existait pas, ou en remplacement des garanties existantes, de montants trop faibles ou, du moins, trop éloignés de celui des créances même bientôt réduites. De fait, quand l'accord procède ainsi d'un donnant-donnant, c'est dans ce que chacun donne qu'il faut voir l'accord¹. Les cautionnements nouveaux ou révisés en sont un élément, souvent même une condition *sine qua non*. Ils sont caducs comme le reste². Lorsque la conciliation avait été l'occasion de renouveler les termes du (ou des) cautionnement(s) déjà pris, on en revient, s'agissant des modalités de l'engagement de caution (des engagements de caution), à ce qui avait été convenu initialement. Lorsque la conciliation avait été l'occasion de faire souscrire un ou des cautionnement(s) qui jusque-là n'existaient (n'existaient) pas, on en revient à une situation de non garantie.

La problématique, pourtant, peut en rappeler une autre dans cette dernière hypothèse. L'accord prend fin mais le passif demeure, dira-t-on, et donc la créance qui sert de support au cautionnement pris pour la conciliation. Ne faut-il pas dès lors maintenir le cautionnement, comme on le fait, en garantie de l'obligation de restitution, lorsque le prêt cautionné est annulé³ ?

En vérité les situations ne se rejoignent pas. Dans le cas du prêt annulé, en admettant que ce prêt et le cautionnement, forcément liés, procèdent d'un accord qui les englobe, ce n'est pas lui que frappe directement (de « plein droit ») la sanction mais un seul de ses éléments *a priori*, à savoir le prêt, dont les effets ne sont toutefois concrètement effacés que par la remise en état, et donc la restitution des sommes prêtées. On peut concevoir, dans ces conditions, que la dis-

parition du cautionnement puisse attendre aussi un peu⁴. Ajoutons que, dans le cas qui nous occupe, celui à propos duquel se prononce l'arrêt commenté, c'est la réduction de la dette ainsi que les délais nouveaux, et non la dette elle-même, qui procèdent de l'accord, dont le cautionnement est l'autre élément (la contrepartie). Il n'est par conséquent pas illogique que l'effacement de cette réduction et le retour aux délais initiaux entraînent caducité, cette fois immédiate, du cautionnement.

Observons au demeurant que les juges motivent leur solution de façon tout ce qu'il y a de plus explicite. La Cour de cassation relève ainsi, à la suite de la décision déférée, et très expressément, que le cautionnement jugé caduc avait été consenti « en contrepartie des abandons de créances », « dans le cadre du même accord de conciliation », et la Cour fait cela sans avoir aucunement égard au fait que le « protocole de conciliation » portait la date du 28 avril, tandis que le cautionnement avait été pris, certes juste avant l'homologation de la conciliation, mais seulement le 15 juin suivant, décalage dont il n'a été tiré aucune conséquence, ce qui ne fait sans doute que révéler plus encore que l'on ne peut dissocier les remises et les garanties.

Quoi qu'il en soit, il apparaît que le créancier partie à un accord de conciliation qui ne serait respecté que de façon approximative pourra ne pas avoir intérêt à le dénoncer et à l'ouverture d'une procédure collective. Il a certes le droit de la demander mais il devra y bien réfléchir. Pour les mêmes raisons, il n'aura pas forcément intérêt non plus à demander la résolution de l'accord qui, comme c'est le propre d'une résolution, ne peut qu'avoir un effet rétroactif.

Ceci dit, c'est le débiteur, aussi bien, qui aura l'initiative. Ses difficultés persistant, il peut demander l'ouverture d'une procédure collective. Il le doit, d'ailleurs, s'il est finalement en cessation des paiements ou s'il l'est à nouveau malgré la conciliation, spécialement parce que des dettes nouvelles ont pu s'ajouter au passif existant. Le sentiment que ce débiteur peut avoir, ou que son dirigeant peut avoir, qu'il y aurait dans une telle procédure une issue éventuellement favorable ne pourra qu'être renforcée par l'arrêt commenté. Chaque fois que ce dirigeant sera aussi, depuis la conciliation, caution des dettes de l'entreprise débitrice, ou engagé pour des montants supérieurs à ce qui était initialement, l'ouverture de cette procédure collective – sauvegarde ou redressement judiciaire voire (puis) liquidation – sera une planche de salut personnelle. Sous cet angle, la solution consacrée est, pour les créanciers, problématique, ou du moins de nature à faire perdre à leurs yeux de son intérêt à l'étape tentative de conciliation. ■

CAUTIONNEMENT – ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ – ACCORD
DE CONCILIATION – ABANDONS DE CRÉANCE – GARANTIES NOUVELLES
– ÉCHEC DE L'ACCORD – PROCÉDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE – MISE
EN LIQUIDATION JUDICIAIRE – CADUCITÉ DES CAUTIONNEMENTS NOUVEAUX.

1. Rapp. C. Saint-Alary Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., 2018, LGDJ : « L'accord prenant fin, les actes qui l'ont précédé et qui lui sont liés sont caducs ».

2. C. civ., art. 1186 nouveau : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. »

3. A l'origine de cette solution particulière, qui consiste à maintenir le cautionnement du prêt annulé « tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée », v. Cass. com. 17 nov. 1982, JCP 1984, II, 20216, note Ph. Delebecque et Ch. Mouly.

4. Sur les critiques sérieuses dont la solution peut faire l'objet, voir toutefois Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis 2015, n° 242 et 243.

Détermination du solde en cas de nantissement de compte

L'affectation de sommes sur lesquelles portaient des saisies conservatoires sur un compte spécialement ouvert par la banque à cet effet est une simple opération comptable destinée à les isoler dans l'attente du sort qui leur serait réservé, sans incidence sur les droits des parties, de sorte qu'en l'absence de conversion des saisies conservatoires avant l'ouverture de la procédure collective, ces sommes sont réputées figurer sur le compte nanti au jour du jugement ayant mis la société en liquidation judiciaire.

Cass. com. 25 septembre 2019, n° 679, F-P+B (n° 18-16.178), M. B. V. c/ société Caisse de crédit mutuel Aix Europe et al.

Commentaire de Nicolas Kilgus

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 25 septembre 2019, apporte d'utiles précisions quant à la détermination de la créance nantie lorsque celle-ci concerne un compte bancaire¹. Ce compte, qui peut quotidiennement recevoir de très nombreuses écritures, devra se voir figé afin de déterminer les droits des parties. Cela n'est pas, parfois, sans poser de difficultés.

En l'espèce, en 2013, une banque avait consenti à une société deux prêts. Ils étaient garantis par un nantissement sur un fonds de commerce, la caution personnelle des dirigeants et – l'objet du litige – un nantissement sur le compte courant de la société ouvert dans les livres de la banque. La société fut mise en liquidation judiciaire le 16 février 2015, la banque ayant sollicité, le 20 mars de la même année, l'attribution judiciaire du compte nanti. Par une ordonnance du 30 mars, devenue définitive, le juge-commissaire autorisait l'établissement de crédit à appréhender le solde créancier du compte courant à la date du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire.

Les choses semblaient limpides à ce stade : la créance nantie correspondrait au solde créancier du compte à la date du 16 février 2015. Une difficulté supplémentaire provenait toutefois de deux mouvements particuliers effectués sur le compte. Deux saisies conservatoires avaient été pratiquées par le bailleur de la société. La banque avait alors débité les sommes visées afin de les créditer sur un compte spécial ouvert à cet effet. Or, les saisies conservatoires ayant ultérieurement fait l'objet d'une mainlevée, l'établissement bancaire avait crédité à nouveau ces sommes sur le compte courant de la société, postérieurement au 16 février 2015. Son solde s'élevait dès lors à la somme de 32 409,25 euros.

La banque a demandé l'attribution judiciaire de ces fonds. Par une ordonnance du 8 octobre 2015, le juge-commissaire a rejeté cette requête. La solution fut confirmée par un jugement du 21 mars 2016, au motif que le jugement

d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice des créanciers tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent². La logique poursuivie est donc simple : les droits de la banque, créancier nanti, ne pouvaient porter que sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire. Elle n'avait aucun droit sur les sommes ultérieurement créditées sur le compte.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 8 mars 2018, a cependant censuré l'analyse. Elle s'appuie pour ce faire sur l'article 2360 du Code civil, lequel dispose que « lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créancier, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution ». Partant, elle considère que la rétrocession effectuée par la banque lors de la mainlevée des saisies conservatoires doit s'entendre comme la régularisation d'opérations en cours. L'établissement de crédit se voit de la sorte attribuer les sommes litigieuses.

Le liquidateur judiciaire a formé un pourvoi en cassation. Il reproche aux juges du fond d'avoir qualifié la mainlevée d'une saisie conservatoire d'« opération en cours ». Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation approuve la critique mais confirme la solution retenue. Celle-ci ce trouve justifiée par un motif de pur droit, substitué aux motifs critiqués, à savoir « que l'affectation des sommes sur lesquelles portaient les saisies conservatoires sur un compte spécialement ouvert par la banque à cet effet était une simple opération comptable destinée à les isoler dans l'attente du sort qui leur serait réservé, sans incidence sur les droits des parties, de sorte qu'en l'absence de conversion des saisies conservatoires avant l'ouverture de la procédure collective, ces sommes étaient réputées figurer sur le compte nanti au jour du jugement ayant mis la société en liquidation judiciaire ».

Deux enseignements ressortent de la décision. D'une part, les « opérations en cours » doivent certes être intégrées au solde créancier d'un compte lorsqu'il s'agit de définir l'assiette de la créance nantie. Néanmoins, la mainlevée d'une saisie conservatoire – et la rétrocession subséquente – ne peut recevoir une telle qualification. D'autre part, la Cour de cassation qualifie de « simple opération comptable » l'affectation sur un compte spécial de sommes sur lesquelles portent des saisies conservatoires.

Les deux affirmations méritent d'être approuvées. Le nantissement de compte, lorsqu'il concerne un compte en cours de fonctionnement, présente la particularité de ne pas porter une atteinte excessive aux pouvoirs du constituant. Si celui-ci ne peut plus disposer de la créance du solde, il reste libre de faire fonctionner son compte³. Deux conséquences en résultent. D'abord, il faut admettre que, du point de vue du créancier titulaire de la sûreté, cette dernière « est donc fragile [...] puisqu'elle dépend de la position du compte [...] rarement favorable si le débiteur est en difficulté »⁴. Ensuite, et surtout, le solde d'un compte est

1. Sur l'évolution à venir du nantissement de monnaie scripturale, et sur le fait que l'avant-projet proposé fin 2017 par l'Association Henri Capitant n'envisage que le nantissement d'un compte bloqué, cf. notamment, L. Bougerol, « Le nantissement de monnaie scripturale », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La Réforme du droit des sûretés*, Institut universitaire Varennes, 2019, p. 211. Cf. également, F. Lemaitre, *La Monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, 2017, n° 161 et s.

2. Cf. C. com., art. L. 622-21, al. 2.

3. H. Synvet, « Le nantissement de compte », *Droit et patr.* 2007, n° 161, p. 62.

4. J. Devèze, A. Couret et alii (dir.), *Lamy Droit du financement*, 2019, n° 4560. Contre ce danger, des clauses dites de « blocage » du compte sont envisageables (cf. Ch.

par définition évolutif. Hormis l'hypothèse où la sûreté se réaliserait au même instant que sa clôture, voire après, établir ce solde peut s'avérer délicat.

En cas d'ouverture contre le constituant d'une procédure collective (ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers), le Code civil entend résoudre la difficulté en évoquant « le solde du compte à la date du jugement d'ouverture ». Ce faisant, la créance nantie est « gelée »⁵ quant à son montant afin que le créancier ne puisse pâtir des écritures débitrices postérieures. Cela écarte également tout risque relativement à l'application des règles de la continuation des contrats en cours. Le créancier pourra obtenir paiement de ce solde, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective.

S'il a droit au paiement du solde, il n'a cependant droit qu'au paiement de ce solde. Deux approches peuvent dans ce cas être retenues pour en fixer le montant. Une vision purement comptable consisterait à prendre en compte ce solde tel qu'il figure dans les livres de l'établissement de crédit à une date donnée. Ce n'est pas ce qu'a retenu le législateur puisqu'il évoque la « réserve de la régularisation des opérations en cours »⁶. Et les spécialistes de droit bancaire connaissent bien la différence : le solde comptable ne correspond pas nécessairement au solde réel du compte. En d'autres termes, seul ce solde réel doit être appréhendé.

Cette « réalité » n'est pourtant pas laissée à la libre appréciation des juges du fond, ce que rappelle opportunément ici la Cour de cassation. Sans doute par économie de moyens, l'ordonnance du 23 mars 2006 évoque « la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution ». Il est donc renvoyé aux règles relatives à la saisie des comptes bancaires, soit l'ancien article 47 de la loi du 9 juillet 1991, désormais l'article L. 162-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Or, ce texte énumère les opérations concernées de manière limitative. Parmi celles pouvant être portées rétroactivement au crédit du compte figurent uniquement « les remises faites antérieurement, en vue de leur encaissement, de chèques ou d'effets de commerce, non encore portées au compte ». En outre, le solde provisoire ne peut être « régularisé » que durant un délai de quinze jours ouvrables.

La rétrocession effectuée par la banque lors de la mainlevée de saisies conservatoires n'est pas une opération en cours au sens de l'article L. 162-1 précité, auquel renvoie l'article 2360 du Code civil. Cette solution, outre ses fondements textuels, se justifie au regard de la définition même desdites « opérations en cours ». Il s'agit, notamment pour le crédit du compte, « des opérations antérieures à la date à laquelle un solde doit être calculé, qui ne se sont pas encore traduites par une écriture ou qui ne sont pas encore dénouées »⁷. L'opération en cours fait ici référence à des considérations purement comptables. Ce n'est pas une opération nouvelle qui trouverait sa raison d'être dans un fait antérieur à la fixation

du solde, par exemple une rétrocession faisant suite à la mainlevée d'une saisie conservatoire mise en œuvre avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. Il doit s'agir, au contraire, d'une opération antérieure à la date du solde provisoire, laquelle n'a pas encore été traduite d'un point de vue comptable. Les rétrocessions litigieuses ne peuvent correspondre à cette définition.

Il n'en demeure pas moins, et c'est le second enseignement de l'arrêt du 25 septembre 2019, que les sommes correspondant à ces rétrocessions doivent être attribuées au créancier nanti. La justification, énoncée sous la forme d'un moyen de pur droit substitué à ceux critiqués, se veut simple : l'affectation des sommes litigieuses sur un compte spécialement ouvert par la banque « était une simple opération comptable destinée à les isoler dans l'attente du sort qui leur serait réservé, sans incidence sur les droits des parties ». À nouveau, on le voit, c'est une approche réaliste et non comptable qui est mise en œuvre en l'espèce. Celle-ci se justifie par le mécanisme même du nantissement de compte et, plus précisément, la nature juridique du mode de réalisation du nantissement d'un compte bancaire.

Le nantissement ne peut être compris comme le transfert de la créance que détient le titulaire du compte sur l'établissement bancaire au profit du créancier nanti. Sa réalisation se distingue de la sorte d'une saisie-attribution⁸ ou d'un avis à tiers détenteur⁹. Suivant cette analyse, ce serait sinon le solde du compte – appréhendé au regard de son titulaire – qui devrait profiter au titulaire de la sûreté. Or, puisque le compte bancaire, au jour de l'ouverture de la procédure collective, ne comprenait pas la rétrocession litigieuse, il ne saurait être question de réintégrer ces sommes par la suite. À l'inverse, « le créancier nanti est investi d'un véritable droit à paiement direct contre le teneur de compte. La défaillance du débiteur confère au créancier nanti le droit d'exiger du teneur de compte le règlement du solde créancier au jour de la demande de réalisation, conformément à l'article 2362 du Code civil »¹⁰. Dans le même sens, les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, proposé fin 2017, énoncent : « la réalisation du nantissement de monnaie scripturale s'opère par paiement direct de l'établissement teneur du compte au profit du créancier nanti »¹¹.

Dans ce schéma, un seul acteur fait figure de débiteur, à savoir le teneur du compte bancaire. C'est à lui que le bénéficiaire du nantissement peut exiger le paiement, à

8. Le principe de l'effet attributif attaché à la saisie-attribution est exprimé par l'article L. 211-2, al. 1^{er}, du Code des procédures civiles d'exécution, lequel énonce : « l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires ». Cf. également, Ch. Lefort et L. Boudour, « Saisie-attribution », *Rép. proc. civile Dalloz*, mai 2019, n° 228.

9. Il est en ce sens précisé que l'avis à tiers détenteur a pour effet de transporter la créance du contribuable contre le tiers dans le patrimoine du Trésor et non de conférer à celui-ci une créance d'impôt sur ce tiers (Com. 16 juin 1998, n° 95-16.864 ; *Bull. civ. IV*, n° 201).

10. H. Synvet, *op. et loc. cit.* *Contra*, analysant plutôt le mécanisme comme un droit de rétention, cf. A. Aynès, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301, n° 6 ; G. Piette, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA*, mars 2007, p. 90, spéc. p. 91. Plus largement, sur le débat quant à la nature juridique du solde d'un compte bancaire (créance contre la banque ou bien incorporel spécifique), cf. L. Bougerol, *op. cit.*, note n° 8 et les références citées.

11. Association H. Capitant, « Avant-projet de réforme du droit des sûretés », 2017 : <http://henricapitant.org>, p. 85.

Gijsbers et M. Julienne, « La clause de blocage conservatoire du compte nanti », *RLDC* 2015, n° 122, n° 5690.

5. H. Synvet, *op. et loc. cit.*

6. C. civ., art. 2360.

7. H. Synvet, *op. et loc. cit.*

la place du débiteur défaillant. C'est donc du seul point de vue de ce débiteur qu'il faut déterminer le montant de la créance en jeu. La réserve déjà citée de la « régularisation des opérations en cours » prend ici tout son sens : le débiteur, s'il doit se libérer entre les mains du créancier nanti, ne doit le faire qu'à hauteur « de ce qu'il doit vraiment (et non pas du solde apparent) »¹². Imaginons en ce sens un chèque déjà déposé mais non encore inscrit en compte lors du jugement d'ouverture de la procédure collective. À cette date, la créance du titulaire du compte sur sa banque ne comporte pas (encore) la somme correspond audit chèque. En revanche, si l'on raisonne à partir de l'établissement de crédit, le montant du chèque sera, en tout état de cause, dû.

En l'espèce, la rétrocession litigieuse peut être analysée suivant le même prisme. Il ne s'agit certes pas d'une « opération en cours ». Néanmoins, pour la banque, les sommes réservées et gelées dans le cadre d'une saisie conservatoire ne le sont qu'à titre provisoire. S'agissant du titulaire du compte, il serait éventuellement possible de soutenir qu'il en est effectivement – provisoirement – privé, tout le moins en attendant la mainlevée de la saisie¹³. Si l'on

accepte de raisonner au niveau du débiteur de la créance, soit l'établissement bancaire teneur de compte, une seule logique est envisageable. Peu importe que des sommes soient placées provisoirement sur un « compte bis »¹⁴, il ne s'agit que d'une présentation et d'une précaution de nature comptable. La somme figure dans les livres de compte tel un actif (gelé) du client. Tant que la saisie ne devient pas définitive, il ne saurait devenir un passif. L'affectation de ces sommes sur un compte spécial est une opération comptable, « sans incidence sur les droits des parties ». Partant, lesdites sommes sont dues par le titulaire du compte au profit du créancier nanti¹⁵. ■

SÛRETÉ RÉELLE MOBILIÈRE – NANTISSEMENT D'UN COMPTE BANCAIRE
– AFFECTATION DE SOMMES SUR UN COMPTE SPÉCIAL (ABSENCE D'INCIDENCE).

12. H. Synvet, *op. et loc. cit.*

13. Sans prétendre trancher ce débat, il convient de remarquer que la position pourrait être défendue : la somme, qui figure dans le patrimoine de la banque, est provisoirement exclue de la créance exigible liée au solde du compte que le client détient sur son établissement de crédit, dès lors que celui-ci ne peut en demander le paiement (le but du compte bis étant justement de « geler » temporairement ces avoirs).

14. Sur la pratique bancaire du « compte bis », cf. notamment, Ch. Lefort et L. Boudour, *op. cit.*, n° 323.

15. Il convient ici de ne pas confondre les qualités en présence, même si elles sont confondues en fait : la banque était à la fois teneur du compte nanti et bénéficiaire de la sûreté.