

Chronique de Droit des Sûretés

NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des facultés de droit
Professeur



FRANÇOIS JACOB
Agrégé des facultés de droit
Professeur



**Centre de droit des affaires
Université Robert Schuman (Strasbourg III)**

I. Sûretés personnelles

Cautionnement – Caution – Collectivité territoriale – Délibération exécutoire de plein droit de l'organe compétent – Existence de l'engagement de caution

Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 2007, n° 17 F-P+B, Sté Crédit coopératif c/ Département de la Gironde

La délibération, exécutoire de plein droit, portant cautionnement exprès donnée par une collectivité territoriale, suffit à fonder et à établir l'engagement de cette collectivité indépendamment de sa reprise dans un acte ultérieur.

Il est fréquent que l'État ou une collectivité locale garantisse les engagements de personnes privées, et notamment de sociétés d'économie mixte ou d'associations¹. Le Tribunal des conflits a jugé que ces garanties relèvent en principe du droit privé et que les juridictions judiciaires sont en conséquence compétentes pour connaître des litiges relatifs à leur validité ou à leur exécution². À cet égard, si les garanties consenties par les collectivités locales sont jugées très sûres, il apparaît qu'elles suscitent depuis une dizaine d'années un contentieux non négligeable concernant leurs conditions de validité, et plus précisément le respect des règles prudentielles imposées par le législateur³, et la nature de l'acte engageant la collectivité publique. Aussi convient-il de relever un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16 janvier 2007⁴, qui statue très clairement sur ce dernier point.

1. V. l'encadrement de ces garanties par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des collectivités locales ; sur ces garanties, V. notamment P. Lignières, *Les cautionnements des garanties d'emprunt données par les collectivités locales*, Litec, 1994, préf. Ch. Mouly et du même auteur *Le nouveau droit des garanties et cautionnement octroyés par les collectivités locales*, Banque & Droit mai-juin 1997, p. 9 ; adde Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd. 2000, n° 67 et 182.

2. V. notamment T. conflits, 16 mai 1983, Gaz. Pal. 1985, I, p. 218, note G. Liet-Vaux ; adde Cass. 1^{re} civ., 9 février 1988, Bull. civ. I, n° 36 ; Cass. com., 10 octobre 1995, Bull. civ. IV, n° 225 ; RTD com. 1995, p. 810, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1997, Bull. civ. I, n° 109 ; JCP 1998, I, 103, n° 4, 1^{re} espèce, obs. Ph. Simler, jugeant

En l'espèce, par une délibération du 16 septembre 1980, la commission départementale de la Gironde a accordé sa garantie, à concurrence d'un certain montant, à un emprunt que devait contracter une union coopérative auprès d'un établissement devenu ultérieurement le Crédit coopératif. Aux termes de cette délibération, le préfet de la Gironde était autorisé à intervenir, au nom du département, au contrat de prêt. Après la cessation des paiements de l'emprunteur, le Crédit coopératif a réclamé au département de la Gironde le paiement des sommes lui restant dues. La cour d'appel de Bordeaux a débouté le Crédit coopératif de ses demandes au motif que la délibération de l'autorité administrative permettant à cette collectivité locale de donner sa garantie était une condition nécessaire mais non point suffisante, en l'absence du consentement du garant, manifestée en l'espèce, par le défaut d'apposition de sa signature à l'acte de cautionnement qui aurait alors rendu l'opération juridique projetée parfaite. La première chambre civile casse cette décision et énonce, au visa de l'article 2015 du Code civil, que *"la délibération, exécutoire de plein droit, portant cautionnement exprès donnée par une collectivité territoriale, suffit à fonder et à établir l'engagement de cette collectivité indépendamment de sa reprise dans un acte ultérieur... ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé"*.

La solution n'est pas nouvelle. La Cour de cassation a d'abord affirmé que les dispositions du Code des communes, exigeant la signature personnelle du maire pour les décisions prises par celui-ci en application des délibérations du conseil municipal portant délégation, n'étaient pas applicables aux garanties d'emprunt⁵. Elle a ensuite jugé que le cautionnement était constitué non par l'acte signé par le représentant de la collectivité, mais par la déli-

qu'encourt la cassation l'arrêt qui déclare la juridiction judiciaire incompétente pour statuer sur la validité de l'engagement de caution d'une commune envers une société anonyme d'économie mixte sans constater que le contrat litigieux était l'accessoire d'un contrat de prêt de caractère administratif, avait pour objet l'exécution d'une mission de service public ou comportait des clauses exorbitantes du droit commun.

3. V. notamment Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1997, JCP 1998, I, 103, n° 4, 3^e espèce, obs. Ph. Simler ; CA Paris, 17 décembre 1999, JCP 2000, I, 257, n° 3, 2^e espèce, obs. Ph. Simler.

4. D. 2007, A.J., p. 499, obs. V. Avena-Robardet.

5. Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1997, Bull. civ. I, n° 106 ; JCP 1998, I, 103, n° 4, 2^e espèce, obs. Ph. Simler.

bération de l'organe de celle-ci qui a compétence pour en décider⁶. Il en résulte que l'absence d'acte de cautionnement, et *a fortiori* les éventuelles irrégularités formelles entachant celui-ci, sont indifférentes. En d'autres termes, seule importe la régularité de la délibération engageant la collectivité territoriale. Le bénéficiaire de la garantie doit en tirer les conséquences en vérifiant que l'octroi de celle-ci a été régulièrement décidé par l'organe compétent (conseil régional, général, municipal...). Mais s'il est simple de s'assurer de l'existence d'une délibération régulière en la forme, il est plus difficile de savoir si les règles prudentielles ont été respectées⁷. Or, leur inobservation peut entraîner l'annulation de la délibération et partant l'anéantissement de la garantie ainsi donnée, et ce alors même qu'elle aurait été constatée dans un acte ultérieur (par exemple délibération du conseil municipal suivie par un acte de cautionnement signé par le maire).

Il reste à savoir si le créancier peut utilement invoquer dans ce cas la théorie du mandat apparent⁸ en faisant valoir que la délibération régulière en la forme de l'organe compétent a créé l'erreur commune et que lui-même était de bonne foi dès lors qu'il n'avait pas pu avoir connaissance de l'irrégularité de la délibération. La Cour de cassation a écarté l'argument dans un cas où il était invoqué par un créancier qui n'avait pas eu connaissance de l'irrégularité de l'engagement de la commune, tenant à un dépassement des engagements cumulés envers un même emprunteur, au motif que *"la théorie du mandat apparent n'était pas applicable en pareil cas"*, sans autre précision⁹. La Cour de cassation a cependant admis récemment que la théorie du mandat apparent était applicable aux personnes publiques en jugeant que *"malgré l'absence de délibération du conseil municipal, une commune peut être engagée par son maire qui a passé des contrats de droit privé au nom de celle-ci, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisent le tiers à ne pas vérifier les limites exactes du pouvoir"*¹⁰. Cela étant, l'application de la théorie du mandat apparent au cautionnement donné par une collectivité publique peut se heurter à des objections spécifiques¹¹ qui constituent une illustration de l'intérêt que pourrait présenter la consécration d'une nouvelle source d'obligation : les attentes légitimes¹². Affaire à suivre. N. R.

Cautionnement – Caution personne physique engagée envers un créancier professionnel – Obligation annuelle d'information – Application dans le temps de l'article 341-4 nouveau du Code de la consommation.

Cass. com., 13 février 2007, n° 311, FS-P+B, Cazes c/ Société Interfimo

L'article L. 341-6 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003 ne peut entraîner la déchéance du droit au intérêts conventionnels qu'à compter de la date de son entrée en vigueur et n'est pas applicable aux situations consommées avant cette date.

Un nouvel arrêt vient d'être rendu par la Cour de cassation qui concerne l'application dans le temps de la loi Dutreil, du 1^{er} août 2003. Il n'est pas rendu par une chambre mixte cette fois, et concerne non l'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation issu de cette loi¹³, mais celle de l'article L. 341-6, issu de la même loi. Le problème ne se posait pas dans les mêmes termes. Le premier de ces textes prévoit qu'*"un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation"*. Le second met à la charge de tout créancier professionnel bénéficiaire d'un cautionnement souscrit par une personne physique l'obligation de faire connaître chaque année à celle-ci, avant le 31 mars, *"le montant du principal, des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente"*, ainsi que le terme du cautionnement¹⁴. Contrairement à l'article L. 341-4, qui est relatif aux conditions de la création d'une situation juridique efficace, quand bien même ne poserait-il pas à proprement parler une condition de validité du cautionnement, l'article L. 341-6 est donc clairement relatif aux effets du contrat. Son application aux contrats en cours ne peut donc relever

6. Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 1999, Bull. civ. I, n° 336; JCP 2000, I, 257, 1^{re} espèce, obs. Ph. Simler.

7. V. Ph. Simler, obs. préc. au JCP 1998, I, 103.

8. Sur la théorie du mandat apparent, V. Cass. ass. plén., 13 décembre 1962 (affaire Banque canadienne nationale), D. 1963, p. 277, note J. Calais-Auloy; RTD civ. 1963, p. 572, obs. G. Cornu; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^e éd. Par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, T. 2, Dalloz, 2000, n° 267, p. 559: *"Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisent le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ses pouvoirs"*; adde pour une conception nouvelle de l'apparence, A. Danis-Fatôme, Apparence et contrat, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.

9. Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1997, préc.

10. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, Bull. civ. I, n° 284, Contrats, conc., consom. 2005, n° 202, note L. Leveneur; adde sur l'application de la théorie du mandat apparent aux contrats de droit privé passés au nom des personnes publiques, CA Riom, 28 mars 1996, AJDA 1998, p. 161, note E. Fatôme et L. Leveneur.

11. V. sur ce point Ph. Simler, obs. préc. sur Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1997, *in fine*, qui estime que la collectivité publique *"ayant été directe-*

ment partie à l'acte, toute idée de mandat, donc a fortiori de mandat apparent, est absente".

12. La Cour de cassation semble considérer depuis quelques années que la confiance légitime peut être une source d'obligation. Elle a ainsi jugé au visa de l'article 1371 du Code civil que *"l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer"* (Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, D. 2002, p. 2963, note D. Mazeaud; adde Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, Bull. civ. I, n° 308); sur les attentes légitimes et la notion de quasi-engagement, V. J. Calais-Auloy, *"L'attente légitime : une nouvelle source de droit subjectif? Aspects actuels du droit des affaires"*, Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, Dalloz, 2003, p. 171; R. Libchaber, obs. sur Cass. 3^e civ., 15 mars 2006, Defrénois 2006, p. 1229 et C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé (recherches sur les sources de l'obligation)*, thèse Paris II, 2005.

13. Sur l'application dans le temps de ce texte et l'arrêt de la chambre mixte du 22 septembre 2006, V. Banque & Droit, novembre-décembre 2006, p. 49.

14. *"Si l'engagement est à durée indéterminée, précise le texte, il [le créancier] rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée"*.

d'une application rétroactive de la loi. Il ne s'agit que de ce que l'on appelle une application immédiate de la loi nouvelle. Une telle application immédiate n'est certes pas le principe en matière contractuelle, domaine où l'on fait plutôt "survivre" la loi ancienne, qui est supposée continuer de régir jusqu'à leur extinction les situations contractuelles nées sous son empire. On sait que l'application immédiate peut pourtant être décidée lorsque la loi nouvelle relève de l'ordre public. C'est précisément le cas de la loi des dispositions de la loi Dutreil qui sont en cause. L'application immédiate n'est cependant qu'une application pour l'avenir, et c'est ce sur quoi l'arrêt signalé ici insiste, où on lit que "*l'article L. 341-6 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003 ne peut entraîner la déchéance du droit aux intérêts conventionnels qu'à compter de la date de son entrée en vigueur et n'est pas applicable aux situations consommées avant cette date*".

À la suite d'un précédent commentateur on profitera de l'occasion que nous donne cet arrêt pour souligner que la sanction de l'inobservation du texte, encourue donc au moins depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 341-6, à savoir le 5 février 2004, même si le cautionnement a été souscrit antérieurement, ne peut toutefois, pour la première année, qu'être limitée, "*car si l'information n'a pas été donnée au plus tard le 31 mars 2004, la déchéance ne peut avoir comme point de départ que le 5 février 2004*"¹⁵.

F. J.

Cautionnement – Sous-cautionnement. Recours de la caution contre la sous-caution – Action personnelle.

Cass. com., 16 janvier 2007, n° 5 F-P+B X c/ Sté Interfimo

La caution qui a payé le créancier devient créancière du débiteur principal et dispose contre la sous-caution, garante des engagements de ce dernier, d'une action personnelle en exécution de sa garantie.

Le sous-cautionnement est l'une des diverses contre-garanties qui sont apparues dans le commerce international avant de se développer considérablement dans les relations internes depuis une trentaine d'années¹⁶. D'une manière générale, les contre-garanties ont pour objet de protéger l'émetteur d'une sûreté personnelle contre le risque attaché à son engagement. Plus précisément, le sous-cautionnement, dont le développement est lié au cautionnement professionnel et notamment bancaire, est

le contrat par lequel une personne appelée la sous-caution (ou contre-caution) garantit la caution principale dans l'hypothèse où elle devrait payer la dette du débiteur principal¹⁷. S'il est incontestable que la caution dispose d'une action contre la sous-caution lorsqu'elle a payé le créancier, la nature de cette action et de la dette couverte par la sous-caution continuent à susciter des difficultés comme en témoigne un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 janvier 2007¹⁸ qui a le mérite de clarifier la question.

En l'occurrence, une banque a consenti à une personne physique un prêt à intérêt au taux de 7,7 % par an, majoré de trois points en cas de retard, qui était garanti par la société Interfimo. Par un autre acte, la mère de l'emprunteur s'est portée caution, tant à l'égard de la banque que de la société Interfimo, des engagements de son fils à concurrence de "200 000 francs, intérêts au taux fixe de 7,7 % l'an, commissions, frais et accessoires" et, par un acte distinct, a affecté à titre de nantissement, au profit de la banque, une somme de 300 000 francs. investie dans un contrat financier. L'emprunteur ayant été mis en liquidation judiciaire, la banque, après avoir déclaré sa créance, a réclamé à la société Interfimo le solde du prêt. Après avoir exécuté son engagement de caution, cette société a réclamé le remboursement de sa créance à la mère de l'emprunteur qui s'y est opposée. La cour d'appel de Pau a ordonné l'attribution à la société Interfimo des valeurs nanties et a considéré que celle-ci avait droit aux intérêts au taux 10,70 % à compter du 12 juin 2001, au motif qu'elle s'était acquittée de la dette garantie et avait vocation à être subrogée dans tous les droits et actions du créancier originaire et que, la mère du débiteur principal s'étant portée garante de sa dette à l'égard du prêteur et de la société Interfimo, était tenue envers cette dernière des mêmes obligations qu'envers le créancier initial, de sorte que, conformément à son engagement, elle était redevable des intérêts au taux contractuel majoré.

La chambre commerciale censure cette décision au visa de l'article 1236 du Code civil et juge que "*la caution qui a payé le créancier devient créancière du débiteur principal et dispose contre la sous-caution, garante des engagements de ce dernier, d'une action personnelle en exécution de sa garantie ; ... qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé l'autonomie des rapports existant entre Interfimo, caution, et Madame X, sous-caution, et constaté que la première avait acquitté la dette de M. X à l'égard de la banque, ce dont il résultait qu'en l'absence de convention contraire conclue entre elles, la caution n'était fondée à réclamer à la sous-caution que les intérêts au taux légal à compter de son paiement, la cour d'appel a violé le texte susvisé*".

15. V. Avena-Robardet, D. 2007, AJ, p. 651.

16. V. la remarquable étude d'ensemble de C. Houin-Bressand, *Les contre-garanties*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2006, préf. H. Synvet, spéc. la définition proposée au n° 14 : "*au sens large du terme, les contre-garanties sont elles-mêmes des garanties destinées à protéger celui qui accepte de couvrir les obligations d'autrui contre le risque de devoir payer et de ne pas être remboursé. Prise dans son ensemble, l'opération repose donc sur la constitution d'une première garantie en faveur du créancier au contrat principal, de nature personnelle et destinée à couvrir ce dernier contre le risque de défaillance de son cocontractant, à laquelle s'ajoute une seconde garantie, dont l'objet est de tenir indemne du poids de*

son obligation le garant engagé en première ligne. S'il est appelé à exécuter la garantie auprès du créancier, le garant fera appel à la contre-garantie dont la charge est supportée par le débiteur au contrat principal".

17. V. notamment Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd. 2000, n° 118 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Deffrénois, 2^e éd., 2006, n° 152 ; C. Houin-Bressand, *op. cit.*, n° 47 et 300 et s. Le sous-cautionnement doit être distingué de la certification de caution, plus rare, qui est l'engagement garantissant au créancier la bonne exécution du cautionnement (art. 2291 C. civil).

18. D. 2007, AJ, p. 499, obs. V. Avena-Robardet.

Ce disant, la Haute juridiction précise très clairement quelle est la créance couverte par la sous-caution¹⁹ : celle-ci ne garantit en principe que le recours personnel de la caution contre le débiteur principal et non la créance du créancier à l'égard du débiteur principal, fut-elle transmise à la caution par subrogation²⁰. La solution est justifiée par l'autonomie des rapports entre la caution et la sous-caution, soulignée à juste titre par les juges du fond mais sans en tirer les conséquences, et plus exactement par l'indépendance des deux relations triangulaires (créancier-débiteur-caution, d'une part, et caution-débiteur-sous-caution, d'autre part) qui met en évidence que le créancier garanti est étranger au sous-cautionnement et n'a aucun droit à l'encontre de la sous-caution²¹. La caution ne dispose donc d'un recours subrogatoire qu'à l'égard du débiteur principal et ne peut exercer qu'une action personnelle à l'encontre de la sous-caution²². Ce constat conduit à reconnaître à la caution de premier rang la qualité de créancier dans ses relations avec la sous-caution qui doit être traitée à son égard comme une caution²³, comme le souligne le visa de l'article 1236 du Code civil (dont l'alinéa 1 dispose : *"une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution"*). Ainsi, dans ses relations avec la caution, la sous-caution est tenue de payer, dans la limite de son engagement, ce que la caution a payé au créancier, avec les intérêts au taux légal à compter du paiement. Mais la réserve par la première chambre civile d'une *"convention contraire"* conclue entre la caution et la sous-caution vise sans doute à souligner que celle-ci peut aussi couvrir le recours subrogatoire en vertu d'une stipulation expresse²⁴.

N. R.

II. Sûretés réelles

Acte de cession de créance à titre de garantie – Requalification en nantissement de créance.

Cass. com., 19 décembre 2006, n° 1500, FP-P+B+R+I, Société Disques investissements audio vidéo Diva c/ Caisse fédérale du crédit mutuel du Nord

En dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur ses créances constitue un nantissement de créance.

19. Sur cette question, V. les analyses de C. Houin-Bressand, *op. cit.*, n° 300 et s., spéc. n° 311-316.

20. V. déjà Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. civ. IV, n° 288, jugeant qu'une société qui s'est portée caution au profit du Trésor ne peut se prévaloir du privilège du Trésor dans le cadre de la procédure collective de la sous-caution contre laquelle elle s'est retournée.

21. V. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 119; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd., 2004, n° 245.

22. La Cour de cassation avait déjà jugé que la sous-caution pouvait se prévaloir du défaut de déclaration par la caution de sa créance de recours personnel à l'encontre du débiteur principal (Cass. 1^{er} civ., 7 mai 2002, Bull. civ. I, n° 123; RTD civ. 2003, p. 324, obs.P. Crocq; Cass. com., 30 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 208; D. 2005, Panorama, p. 2084, obs. P. Crocq).

23. V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publi-*

Viola ainsi les articles 2075 et 2078 dans leur rédaction alors applicable la cour d'appel qui retient que la cession de créance de loyers au profit d'une banque ayant été stipulée à titre de sûreté complémentaire en garantie de toutes les sommes qui pourraient lui être dues, il en résultait que la banque avait acquis la propriété de cette créance et qu'elle pouvait elle-même transmettre cette créance.

L'idée que les mécanismes de garantie reposant sur l'engagement des biens n'existent qu'en nombre limité, qu'en tout cas les praticiens ne sont pas forcément libres d'en forger de nouveaux, que leur imagination puisse au contraire être bridée par le juge, n'est certes pas très séduisante. Un important arrêt a été rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 décembre 2006 qui montre qu'il en est pourtant ainsi²⁵. Il ressort clairement de cet arrêt qu'en dehors des cas précis prévus par la loi – l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier par exemple, issu de la loi du 2 janvier 1981, dite loi "Dailly", et de la loi bancaire du 24 janvier 1984²⁶ – il n'est pas possible de céder une créance à titre de garantie, contrairement à ce qu'une partie significative de la doctrine s'était mise à penser.

En l'espèce, une cession de loyers avait été consentie par l'acquéreur d'un bien immobilier en garantie du prêt accordé par sa banque. La créance résultant de ce prêt avait cependant été cédée à une autre banque, qui avait signifié cette cession à l'acquéreur-emprunteur et, par la suite, assigné en paiement l'un des locataires en arguant avoir acquis les créances de loyers en même temps que la créance de remboursement du prêt. La question posée aux juges était de savoir si ces créances de loyers avaient effectivement pu être transmises à l'acquéreur de la créance résultant du prêt, en application de l'article 1692 du Code civil en vertu duquel la cession d'une créance emporte celle de ses accessoires et particulièrement des garanties dont elle est assortie. La cour d'appel de Paris répond à cette question par l'affirmative. Elle relève que la cession de la créance de loyers avait été stipulée *"à titre de sûreté"*, que la banque prêteuse *"avait acquis la propriété de cette créance"* et que *"cette créance pouvait être transmise à [la seconde banque]"* par l'acte de transfert de la créance résultant du prêt. Mais la cour d'appel de Paris est censurée par la chambre commerciale de la Cour de cassation : *"Attendu qu'en statuant ainsi, juge celle-ci, alors qu'en dehors des cas prévus par la loi l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances constitue un nantissement de créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés"*... à savoir les

cité foncière, Dalloz, 4^e éd., 2004, n° 78; C. Houin-Bressand, *op. cit.*, n° 306.

24. V. C. Houin-Bressand, *op. cit.*, n° 311 et s. L'auteur estime à juste titre qu'en l'absence de stipulation expresse, la volonté de la sous-caution de couvrir le recours subrogatoire et le recours anticipé de la caution peut prêter à discussion.

25. D. 2007, Jur. p. 343, note Ch. Larroumet; RD bancaire et financier janvier-février. 2007, p. 20, note D. Legeais; adde R. Damman et Gilles Podeur, "Cession de créances à titre de garantie: la révolution n'a pas lieu", D. 2007, Point de vue p. 319; D. Houtcieff, "A la recherche de la cession de créance effectuée à titre de garantie", Rev. Lamy Droit civil mars 2007, p. 29.

26. Sur la cession de créance à titre de garantie organisée par ce texte, v. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz 2004, 4^e éd., 2004, n° 642 et s.

articles 2075 et 2078 du Code civil alors applicables²⁷ et qui participaient de ce qui était le droit du gage²⁸.

L'hostilité de la jurisprudence à la validité de la fiducie-sûreté dont témoigne cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation n'est pas nouvelle, loin s'en faut²⁹. Elle est en outre partagée par certains auteurs, et non des moindres, qui jugent plutôt fondée la jurisprudence traditionnelle ici reprise. Ainsi a-t-il été relevé qu'il n'existe aucune disposition générale propre à autoriser la cession de créance à titre de garantie (les interventions législatives les plus récentes ayant même bien pris soin de s'abstenir d'une telle consécration³⁰), et que s'il a fallu une intervention spéciale, la loi Dailly (dispositions précitées), pour consacrer de telles cessions dans un certain domaine, c'est sans doute que leur validité ne va pas de soi³¹. On a pu souligner aussi, sur un autre plan, qu'il existe des obstacles d'ordre technique à la réalisation de véritables opérations de fiducie-sûreté sur créance³². Si l'échéance de la créance cédée à titre de garantie est plus rapprochée que la créance garantie, en effet, le cessionnaire ne peut jamais retransmettre les droits acquis puisque la créance cédée aura été éteinte par le paiement fait valablement entre ses mains³³. Le débiteur est alors certainement créancier d'une obligation de restitution portant sur une somme d'argent. Mais cela ne peut que l'inciter à ne pas payer sa propre dette, à invoquer la compensation. L'opération fiduciaire envisagée aura été alors, au fond, une dation en paiement à terme³⁴. Et quand l'échéance de la créance cédée est plus tardive que celle de la créance garantie, le débiteur n'a guère plus intérêt à acquitter sa dette : le plus simple pour lui, quitte à encourir quelques pénalités ou intérêts de retard, est d'attendre que le cessionnaire soit payé de la créance dont il est devenu propriétaire à titre de garantie³⁵.

Ces dernières années pourtant les voix se sont multipliées qui ont plaidé pour que soit clairement reconnue la possibilité de généraliser la pratique de la cession de bien à titre de garantie. Il est vrai que si aucune consécration générale n'est jamais intervenue la concernant, elle n'a

jamais non plus été formellement condamnée par un texte. De fait, de telles cessions interviendraient en pratique de plus en plus fréquemment, en dehors même des hypothèses où elles sont censées pouvoir être pratiquées, ce qui attesterait d'ailleurs de leur utilité³⁶. On peut souligner en outre aujourd'hui que "l'environnement législatif a changé"³⁷, qu'il paraît plus favorable à la fiducie-sûreté, en raison au moins de la suppression de la prohibition du pacte comissoire que la cession à titre de garantie aurait souvent eu pour but de contourner. On dira que l'argument n'est pas aussi déterminant en vérité qu'il peut sembler puisque s'il est vrai que l'on peut désormais valablement convenir lors de la constitution du gage "qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé" (art. 2348 nouveau C. civil), il faut aussi se souvenir qu'un tel pacte (comissoire) ne peut toutefois plus être mis en œuvre dès lors qu'une procédure collective est ouverte (art. L. 622-7 nouveau C. com.). Mais l'hypothèse de la cession de créance à titre de garantie est particulière dès lors que le risque que la prohibition du pacte comissoire peut chercher à prévenir (à savoir le risque que le créancier minore la valeur de l'objet du gage au moment où il met en œuvre le pacte) n'existe pas. La Cour de cassation l'avait du reste concédé, finissant par admettre la licéité du pacte comissoire dans le cas d'un nantissement de créance³⁸.

Quoi qu'il en soit, la chambre commerciale a fait le choix de ne finalement pas céder aux invitations qui peuvent lui avoir été adressées d'admettre de manière générale la possibilité de céder la propriété d'une créance à titre de garantie. On peut ne pas en être étonné. Il se trouve en effet des raisons à la volonté de limiter le recours à ce type de garantie. On peut ainsi considérer que seule la loi peut fixer les conditions de validité et d'opposabilité d'une telle sûreté³⁹. On peut considérer est qu'il n'est pas forcément souhaitable que les praticiens puissent à leur guise bouleverser les règles du jeu du droit des sûretés⁴⁰, "court-circuiter" l'ordre des paiements⁴¹, les équilibres délicats voulus et forgés parfois difficilement par le législateur, celui-là

27. L'article 2078 est celui dont résultait la prohibition du pacte comissoire (clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage). Ces textes sont aujourd'hui abrogés.

28. Rappelons qu'avant la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, on appelait gage le nantissement d'une chose mobilière (ancien art. 2071 C. civil). Aujourd'hui, on ne doit utiliser le terme de gage que lorsque la garantie porte sur un meuble corporel, tandis que l'on doit parler de nantissement lorsque la garantie porte sur un meuble incorporel (v. art. 2329 nouveau C. civil).

29. MM. Mestre, Putman et Billiau renvoient dans leur traité consacré au droit commun des sûretés réelles (LGDJ, 1996, n° 44) à un arrêt rendu le 3 juillet 1834 par la Cour de cassation (ch. req.) et où il est jugé déjà que constitue un simple nantissement l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier tous ses droits à des créances qu'il lui remet pour en disposer comme des choses lui appartenant mais sous la réserve, de la part du débiteur, de reprendre tous ses droits à ces créances en remboursant son créancier. Dans un autre arrêt, rendu le 21 mars 1910 et cité dans le même ouvrage (loc. cit.), la chambre civile de la Cour de cassation jugeait, après avoir relevé que les juges du fond avaient souverainement interprété la convention litigieuse pour en déduire la qualification de transport en garantie, qu'ils en concluaient "à bon droit" que la créance prétendument cédée était restée la propriété du cédant et faisait partie de son actif, si bien que le syndic de ce dernier pouvait en poursuivre le recouvrement, sauf au cessionnaire "à faire valoir, s'il y a lieu, ses droits sur le prix de vente".

30. L'ordonnance du 23 mars 2006 qui réforme le droit des sûretés s'est refusé à consacrer la fiducie-sûreté (il n'est question dans le Code civil que de la propriété réservée, aux articles 2329 puis 2367 et s.), préférant s'en remettre aux conclusions de la commission spécialement

constituée pour préparer une réforme globale de la fiducie. De fait, une proposition de loi relative à la fiducie vient effectivement d'être votée par le Sénat... mais il se trouve qu'elle ne dit rien de la fiducie-sûreté : seule la fiducie gestion y est envisagée.

31. C'est en substance ce qu'explique M. Legeais, note préc. ; adde D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 5^e éd., 2006, n° 739. La fiducie-sûreté existe toutefois ailleurs. Sur les aliénations fiduciaires consacrées par le droit des marchés financiers, V. toujours D. Legeais, *op. cit.*, n° 740 et s. ; V. aussi L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2^e éd., 2006, n° 756. Ces derniers soulignent le développement important de la fiducie-sûreté mais concèdent qu'"il est cependant difficile de voir dans cette évolution législative une consécration générale de la fiducie-sûreté en raison de la particularité des biens grevés et des opérateurs".

32. V. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 45.

33. V. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *loc. cit.* L'obligation de restitution inhérente au mécanisme de la cession à titre de sûreté est ici impossible par nature, expliquent les auteurs.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

36. M. Larroumet juge incontestable l'utilité de la cession de créances à titre de garantie (Ch. Larroumet, note préc., n° 4).

37. M. Legeais le concède (note préc.), bien qu'il approuve la solution retenue par l'arrêt commenté.

38. Cass. com., 19 janv. 1999, RJD 1999, n° 477.39. R. Dammann et G. Podeur, préc.

40. V. D. Legeais, note préc.

41. R. Dammann et G. Podeur, point de vue préc., p. 320.

même qui vient de revoir le droit du gage et du nantissement, de le moderniser⁴², pour en renforcer l'attractivité, dans le temps même où il prenait soin de s'abstenir de consacrer le droit de mettre en œuvre tous azimuts la fiducia-sûreté. Aussi bien la solution de la chambre commerciale de la Cour de cassation peut-elle être regardée comme la seule qui garde à la réforme du droit des sûretés sa cohérence⁴³. C'est aussi la seule qui garde sa cohérence au droit des procédures collectives, lui-même récemment réformé : "une entreprise dont la quasi-totalité des actifs serait grevée de sûretés de nature fiduciaire risquerait de compromettre ses chances de bénéficiaire d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire"⁴⁴.

Reste à mesurer l'importance pratique de la "requalification" à laquelle procède l'arrêt. Cette importance n'est pas aussi considérable qu'on pourrait l'imaginer, ce qui devrait atténuer la déception à laquelle peut conduire la rigidité (ou ce que d'aucuns verront comme tel) de la chambre commerciale. Le droit du gage et du nantissement a beaucoup évolué. Le nouveau système se veut plus simple, plus efficace et plus souple⁴⁵ et les différences entre la cession de créance à titre de garantie telle que la pratique la conçoit et le nantissement de créance ne sont pas si grandes. Ainsi n'est-il plus nécessaire que l'écrit exigé pour la validité du nantissement soit enregistré s'il s'agit d'un simple acte sous seing privé. L'exigence d'une signification du nantissement au débiteur de la créance nantie à peine de nullité a disparu pour être remplacée par une simple faculté de notification dont la réalisation n'est nécessaire que pour rendre le nantissement opposable au débiteur de la créance nantie (avantage ici au nantissement donc). Les difficultés tenant à la réalisation du nantissement ont par ailleurs été résolues. Il est clair désormais (art. 2363 et 2364 nouveaux C. civil) que même si la créance nantie vient à échéance avant la créance garantie, seul le créancier nanti (bien que ses droits ne soient pas exigibles) reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement (il doit simplement alors conserver les fonds reçus sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité, à charge de les restituer si l'obligation garantie est exécutée). En cas de défaillance de son débiteur, le créancier peut en outre demander l'attribution de la créance nantie (art. 2365 nouveau C. civil). Ces simplifications, ces améliorations qui concernent la constitution et l'efficacité du nantissement de créances rapprochent son régime de celui de la cession de créance à titre de garantie. Elles auraient d'ailleurs pour corollaire "une diminution de l'attrait que pouvait exercer jusqu'alors la

cession de créances à titre de garantie"⁴⁶. Il faut former des vœux pour cela soit vrai, car c'est bien du nantissement de créance que les praticiens devront pour le moment se contenter, en attendant que le législateur finisse tout de même, peut-être, par consacrer la cession de créance à titre de garantie, puisque cela reste une possibilité⁴⁷.

F. J.

Crédit-bail immobilier – Clause résolutoire – Suspension des effets de la clause par le juge – Application des dispositions particulières en matière de baux d'habitation et de baux commerciaux (non).

Seules des dispositions particulières, qui existent en matière de baux d'habitation et de baux commerciaux, permettent au juge qui accorde des délais de paiement de suspendre, pendant leur cours, les effets de clause résolutoire et de telles dispositions n'existent pas en matière de crédit-bail immobilier.

C.A. Paris, 14^e ch. A., 4 octobre 2006, n° 06-1403, SARL L'immobilière de l'Huisne c/ SA Fructicom.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 octobre 2006⁴⁸ mérite d'être signalé dans la mesure où il réaffirme⁴⁹ que le juge des référés ne peut suspendre les effets de la clause résolutoire stipulée dans un contrat de crédit-bail immobilier sur le fondement des dispositions propres aux baux commerciaux et aux baux d'habitation.

En l'espèce, des sociétés de crédit-bail immobilier ont assigné un crédit-preneur devant le juge des référés pour voir constater, avec ses conséquences de droit, la résiliation du contrat de crédit-bail immobilier après la délivrance d'un commandement de payer visant la clause résolutoire et demeuré infructueux. Le juge des référés a fait droit à la demande et a ordonné l'expulsion du crédit-preneur, en le condamnant en outre à payer une certaine somme à titre de provision sur les loyers impayés et une indemnité provisionnelle d'occupation légale au montant du loyer contractuel augmenté des charges à compter de la résiliation et jusqu'à la libération des lieux. Le crédit-preneur faisait valoir au soutien de son appel contre cette décision que le juge des référés avait considéré à tort qu'il n'était pas prévu

42. Le chapitre "Du nantissement" est probablement "ce qu'il y a de plus neuf dans le projet de réforme du droit des sûretés", écrit M. Synvet (H. Synvet, "Le nantissement des meubles incorporels", dossier consacré à la réforme du droit des sûretés, Droit et Patrimoine 2005).

43. En ce sens, V. D. Legeais, note préc., qui souligne que si "la cession de créance de droit commun à titre de garantie" avait été consacrée, aucun nantissement ne serait plus souscrit. "Il n'existe ainsi pratiquement aucun nantissement de créances professionnelles", ajoute l'auteur. V. aussi, auparavant, H. Synvet (art. préc.) pour qui "il est clair que la coexistence d'un nantissement de créance rénové et d'une cession de créance inchangée serait source d'un certain nombre d'incohérences". "Par exemple, on aurait quelque peine à justifier que le nantissement soit opposable à un cessionnaire dès la date de l'acte, tandis qu'un cessionnaire devrait, pour l'emporter sur le créancier nanti, avoir signifié la cession au débiteur cédé avant l'établissement de l'acte de nantissement". M. Synvet en tire toutefois la

conclusion qu'il faut une réforme du droit des opérations sur créances, réforme dans le cadre de laquelle... on pourrait consacrer "enfin, en droit commun, la cession de créance à titre de garantie".

44. R. Dammann et G. Podeur, préc.

45. V. H. Synvet, art. préc.

46. L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 525, et aussi n° 533 et s.

47. Le rapport Catala sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations comprend une proposition d'article 1257-1 ainsi rédigée : "Une créance peut être cédée en propriété sans stipulation d'un prix à titre de garantie. Elle fait retour au cédant lorsque le cessionnaire a été rempli de ses droits ou lorsque l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause".

48. RJD 2007, n° 282.

49. V. déjà TGI Nîmes, ord. réf., 6 mars 2002, Banque & Droit mai-juin 2002, p. 45, obs. N. R.

en la matière de faculté pour le crédit-preneur de réclamer des délais pendant lesquels les effets de la clause résolutoire seraient suspendus. La cour d'appel de Paris écarte cet argument en affirmant que *“seules des dispositions particulières, qui existent en matière de baux d'habitation et de baux commerciaux, permettent au juge qui accorde des délais de paiement de suspendre, pendant leurs cours, les effets de la clause résolutoire; qu'à défaut de telles dispositions en matière de crédit-bail immobilier, la cour ne peut que confirmer l'ordonnance entreprise, qui a constaté l'acquisition de la clause résolutoire”*.

Cette solution s'impose car si, en matière de baux commerciaux, des dispositions particulières encadrent la mise en œuvre de la clause résolutoire et permettent au juge, saisi d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, en accordant des délais, de suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation lorsque la résiliation

n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée, de telles dispositions ne sont pas prévues en matière de crédit-bail immobilier et la Cour de cassation a déjà jugé à diverses reprises qu'en raison de sa spécificité, la convention de crédit-bail immobilier, en ce qu'elle tend essentiellement à l'acquisition des murs, n'est pas soumise au statut des baux commerciaux⁵⁰. Le crédit-preneur ne peut donc tenter de neutraliser l'application de la clause résolutoire qu'en arguant de la nullité du contrat de crédit-bail⁵¹ ou d'un manquement du crédit-bailleur à l'obligation de bonne foi (art. 1134 al. 3 C. civil)⁵². Mais si l'argument tiré de la mauvaise foi du créancier dans la mise en œuvre d'une clause résolutoire de plein droit est souvent invoqué en pratique, il est rarement accueilli et il faut rappeler que la bonne foi du débiteur est quant à elle sans incidence sur le jeu de la clause résolutoire⁵³. ■

N. R.

50. V. notamment Cass. 3^e civ., 10 juin 1980, Bull. civ. III, n^o 113; D. 1980, p. 566, note Y. Guyon; RTD com. 1982, p. 249, obs. M. Pédamon; Cass. 3^e civ., 7 mai 1997, Contrats, conc. consom. 1997, n^o 144, note L. Leveneur; sur cette jurisprudence, V. Lamy Droit des sûretés, Étude 216, Crédit-bail immobilier par N. Rontchevsky, spéc. n^o 216-13.

51. La nullité d'un contrat prononcée par le juge a pour conséquence de le priver rétroactivement de tout effet et il importe peu qu'il ait été résilié entre-temps (V. notamment Cass. com., 2 juillet 2002, inédit, n^o 00 14939) et la décision du juge des référés constatant la résiliation d'un contrat par le jeu d'une clause résolutoire n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée (Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, Bull. civ. III, n^o 62).

52. V. notamment Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 1995, Bull. civ. I, n^o 57, D.

1995, p. 389, note Ch. Jamin, jugeant qu'*“une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier”*.

53. Cass. 3^e civ., 24 septembre 2003, Bull. civ. III, n^o 163; Contrats, conc., consom. 2003, n^o 174, note L. Leveneur: *“en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur, sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire”*. Comme le souligne M. Leveneur (note préc.), *“sanctionner la mauvaise foi du créancier, c'est une chose, sauver une convention inexécutée en raison de la bonne foi du débiteur, c'en serait une autre, qui n'entre pas dans les prévisions de ce texte: l'article 1134 alinéa 3 du Code civil n'attache aucune conséquence à la bonne foi du débiteur dans l'inexécution”*.