

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

Cautonnement. Cauton des engagements d'un locataire. Vente de l'immeuble loué. Transmission de plein droit du cautionnement au bénéfice du nouveau propriétaire de l'immeuble.

Cass. ass. plén., 6 décembre 2004, n° 520 P, Société WHBL c/Sté Groupe industriel Marcel Dassault.

En cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu le 6 décembre 2004¹ un arrêt, qui était attendu par la doctrine et les praticiens, concernant l'incidence de la vente d'un immeuble donné à bail sur le cautionnement garantissant le paiement des loyers. On se souvient qu'aux termes d'un arrêt de censure du 26 octobre 1999², la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que le cautionnement solidaire souscrit au profit du bailleur ne pouvait pas être étendu en faveur de l'acquéreur de l'immeuble loué, à défaut de manifestation de volonté de la part de la caution de s'engager envers celui-ci. Cette décision avait été à juste titre très fortement critiquée³, ce qui avait sans doute incité la Cour d'appel de Rouen à refuser de reprendre cette solution dans son arrêt du 10 décembre 2002⁴, fondant la transmission du cautionnement au nouveau propriétaire de l'immeuble sur les

dispositions des articles 1743 et 1692 du Code civil.

L'Assemblée plénière, réunie en application des dispositions de l'article L. 131-2 du Code de l'organisation judiciaire, rejette le pourvoi, très développé, formé contre cet arrêt en énonçant «*qu'en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil*».

Cette décision et sa motivation doivent être pleinement approuvées. Elles appellent les quelques observations suivantes.

En premier lieu, la Haute juridiction considère que la transmission de plein droit du cautionnement au nouveau propriétaire de l'immeuble constitue le corollaire de la transmission à l'acquéreur de l'immeuble de tout bail authentique ou dont la date est certaine (cf. art. 1743 C. civil), le cautionnement étant qualifié d'accessoire de la créance de loyers. A cet égard, la Haute juridiction vise cette fois expressément les dispositions de l'article 1692 du Code civil, qui n'avaient pas été invoquées, semble-t-il, devant les juges du fond avant l'arrêt de renvoi consécutif à la décision de la Chambre commerciale du 26 octobre 1999⁵. Aussi la décision de l'Assemblée plénière ne constitue-t-elle pas à proprement parler un revirement de jurisprudence⁶. Quoiqu'il en soit, il est heureux que la résistance de la Cour d'appel de Rouen et la motivation de son arrêt du 10 décembre 2002 aient permis à la Haute juridiction de consacrer une solution claire, juste et opportune, à l'heure où de nombreux investisseurs institutionnels cèdent leur patrimoine locatif⁷.

En deuxième lieu, l'Assemblée plénière réserve le cas de la stipulation, dans le cautionnement, d'une clause

1 D. 2005, AJ, p. 71, obs. V. Avena-Robardet; p. 227, note approb. L. Aynès, spéc. n° 6-7; JCP E, 2004, 1901, note Ch. Belloc et J. de Fréminville.

2 Bull. civ. IV, n° 184; D. 2000, p. 224, note L. Aynès; RTD civ. 2000, p. 679, obs. R. Libchaber; Banque & Droit janvier-février 2000, p. 57, obs. N. R.; adde Ch. Larroumet, *L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire*, D. 2000, chron. p. 155.

3 V. l'ensemble des annotateurs précités, reprochant entre autres à la chambre commerciale d'avoir méconnu les dispositions de l'article 1692 du Code civil; comp. la réponse du conseiller P. Grimaldi au D. 2000, n° 16, p. VI, affirmant que les parties s'accordaient sur l'exclusion en l'espèce de ce texte qui était justifiée par le caractère intuitu personae du cautionnement.

4 D. 2003, AJ, p. 419 et p. 688, note Ch. Larroumet; JCP 2003, I, 124, n° 8, obs. Ph. Simler; Banque & Droit mars-avril 2003, p. 54, obs. N. R.

5 V. P. Grimaldi, préc.

6 V. sur ce point les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir?, Entretien avec G. Canivet et N. Molfessis, JCP E 2004, 292, dans lequel G. Canivet estime qu'*«il y a revirement de jurisprudence chaque fois que la cour, à propos d'une affaire, varie dans l'interprétation de la loi qu'elle retenait jusqu'alors»*.

7 Sur le développement de la «vente à la découpe», V. Le Monde du 11 janvier 2005, p. 12; Les Echos du 13 janvier 2005, p. 34.

écartant la transmission de la garantie au profit du nouveau propriétaire de l'immeuble loué en cas de vente de celui-ci. Mais en pratique, rares seront les cautions qui seront en mesure de faire accepter une telle clause par le bailleur...

En troisième lieu, la portée de l'arrêt du 6 décembre 2004 pourrait dépasser le cautionnement des loyers et ouvrir la voie à une réflexion d'ensemble en ce qui concerne l'incidence sur le cautionnement d'un changement de la personne du créancier⁸. La négation de l'*intuitus personae* dans les relations entre la caution et le créancier pourrait ainsi conduire à maintenir l'obligation de couverture en cas d'opération (fusion ou absorption par exemple) entraînant un changement d'identité de la personne morale créancière⁹.

N. R.

Cautionnement. Cautions non solidaires. Bénéfice du plan de redressement judiciaire du débiteur principal (oui).

Cass. com., 23 novembre 2004, n° 1679 FS-P+B+I, SCP Jegou-Jaubert c/Sté Entenial.

Il résulte de l'article L. 621-65 du Code de commerce que les cautions non solidaires peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire. A violé ce texte le tribunal d'instance qui, pour condamner une société civile professionnelle qui s'était portée caution personnelle d'une société civile immobilière ayant bénéficié d'un plan de redressement par continuation, après avoir exactement relevé que même si la caution non solidaire peut se prévaloir des dispositions du plan de redressement par application a contrario de l'article L. 621-65 du Code de commerce, les remises accordées dans le cadre de ce plan participent de la nature judiciaire des dispositions du plan arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise et ne peuvent, dès lors, être assimilées aux remises conventionnelles de dettes prévues par l'article 1287 du Code civil, avait retenu que la remise accordée par les banques à la SCI dans le cadre du plan de continuation ne libérait pas la SCP et ne relevait pas des dispositions de l'article 2013 du Code civil.

La Cour de cassation a très récemment affirmé que les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution¹⁰. Un arrêt de la chambre commerciale du 23 novembre 2004¹¹ vient de retenir la même solution au profit de la caution simple en ce qui concerne les remises obtenues par le débiteur principal dans le cadre d'un plan de redressement judiciaire.

⁸ Sur les incertitudes et incohérences du droit positif sur ce point V. L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois 2004, n° 273-274 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2004, n° 241 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd., 2004, n° 313 ; adde N. Morelli, *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion*, Bull Joly 2004, p. 933, spéc. II, critiquant l'extinction de l'obligation de couverture.

⁹ Rappelons que la Cour de cassation considère pour l'instant que toute opération ne modifiant pas la personnalité morale de la société créancière est sans incidence sur le cautionnement, sauf convention contraire, mais que toute opération entraînant un véritable changement d'identité de la société créancière libère automatiquement la caution de

En l'occurrence, trois banques ont consenti à une société civile immobilière un prêt pour lequel une société civile professionnelle s'est portée caution personnelle et divise à concurrence d'un certain montant. Une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la SCI qui a bénéficié d'un plan de redressement par continuation, le tribunal prenant acte de la remise de dette accordée par les banques, de leur renonciation aux exigences de remboursements anticipés et de ce que la SCI reprendrait les amortissements des emprunts avec les banques, suivant le protocole d'accord annexé à la décision. Assignée par les banques en exécution de ses engagements de caution, la SCI leur a opposé les dispositions du plan. Par un jugement rendu en dernier ressort, le Tribunal d'instance de Morlaix a condamné la société civile professionnelle à payer les sommes demandées par les banques. Ce jugement est censuré par la chambre commerciale au visa de l'article L. 621-65 du Code de commerce : «*Il résulte de ce texte que les cautions non solidaires peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire... ; pour condamner la SCP, après avoir exactement relevé que même si la caution non solidaire peut se prévaloir des dispositions du plan de redressement par application a contrario de l'article L. 621-65 du Code de commerce, les remises accordées dans le cadre de ce plan participent de la nature judiciaire des dispositions du plan arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise et ne peuvent dès lors être assimilées aux remises conventionnelles de dette prévues par l'article 1287 du Code civil, le jugement retient que la remise accordée par les banques à la SCI dans le cadre du plan de continuation ne libère pas la SCP et ne relève pas des dispositions de l'article 2013 du Code civil ; que, pour les mêmes motifs, les modalités et délais de paiement aux termes desquels les banques ont accepté, dans le cadre de l'exécution du plan de continuation, de limiter leur demande en paiement à l'encontre de la SCI à la somme de 3 077 945,60 € mais en réservant leurs poursuites contre les cautions personnelles, ne profitent pas à la caution ; attendu qu'en statuant ainsi, le tribunal a violé le texte susvisé*».

Cette solution était prévisible mais pourrait être remise en cause par la prochaine loi de sauvegarde des entreprises.

L'article L. 621-65 alinéa 2 du Code de commerce dispose que «*les cautions solidaires et coobligés*» ne peuvent pas se prévaloir du jugement arrêtant le plan. Il en résulte a contrario que les cautions simples peuvent bénéficier des délais et remises accordés dans ce cadre. Les auteurs n'ont cependant pas manqué de souligner que la distinction entre les cautions solidaires et les cautions simples était dépourvue de tout fondement¹². Certains propo-

son obligation de couverture et ne laisse subsister que l'obligation de règlement des dettes nées antérieurement (V. notamment Cass. com., 17 juillet 2001, 2 arrêts, Banque & Droit septembre-octobre 2001, p. 44, obs. N. R.).

¹⁰ Cass. com., 5 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 84 ; RTD civ. 2004, p. 534, obs. P. Crocq ; Banque & Droit juillet-août 2004, p. 51, obs. N. R.

¹¹ D. 2004, AJ, p. 3220 ; Rev. Lamy Droit civil janvier 2005, p. 25, obs. A. Decoux.

¹² V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., n° 238 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement*, LGDJ, 6^e éd., 2003, n° 326-2 regrettant la solution à laquelle conduit l'interprétation a contrario du texte.

saient même de ne pas tenir compte d'une «*erreur de droit du garde des Sceaux*» et de refuser à la caution simple le bénéfice des mesures du plan de redressement¹³. Le tribunal avait fait écho à cette opinion en refusant d'assimiler les remises obtenues dans le cadre d'un plan de redressement à des remises conventionnelles (V. art. 1287 C. civil). Mais dans le droit fil de décisions antérieures concernant les associés d'une société civile¹⁴, qui sont également des débiteurs subsidiaires (V. art. 1858 C. civil), la chambre commerciale préfère quant à elle s'en tenir à une interprétation littérale du texte, considérant sans doute qu'il ne lui appartient pas de modifier le sens d'un texte clair, alors même qu'il opère une distinction infondée. La rareté des cautionnements simples en pratique n'est peut-être pas étrangère non plus à la solution.

Celle-ci devrait du reste être abandonnée par la loi de sauvegarde des entreprises. En l'état, le projet (art. 102) prévoit en effet que «*les cautions personnelles, coobligés et les personnes ayant consenti une garantie autonome ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan*», supprimant ainsi toute distinction entre les cautions simples et les cautions solidaires¹⁵. Il ne faut pas désespérer du législateur...

N. R.

II Sûretés réelles

Nantissement. Cession par la banque créancière, sans ordre du constituant, des valeurs mobilières nanties. Refus d'annuler cette cession malgré les dispositions de l'article 2078 du Code civil.

Cass. com., 5 octobre 2004, n° 1457 D, X c/BNP Paribas.

Les formalités prévues par l'article 2078 du Code civil, ayant pour finalité la protection du débiteur, sont sanctionnées par une nullité d'intérêt privé à laquelle celui-ci peut renoncer. Au demeurant, les dispositions de l'article 2078 du Code civil ne font pas obstacle à ce que, postérieurement à la constitution du gage, le débiteur donne mandat au créancier gagiste de procéder pour son compte à la vente de la chose donnée en gage.

«*Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage*». La règle est posée à l'article 2078 alinéa premier du Code civil. Le texte précise que la réalisation du gage suppose une saisie du juge et une vente aux enchères ou du moins la désignation d'un expert chargé d'apprécier la valeur du bien lorsque le créancier, plutôt que le choix de l'exercice de son droit de préférence, a fait

celui de demander au juge qu'il lui attribue le bien gagé en propriété. Et on lit à l'alinéa 2 de ce même article 2078 du Code civil que «*Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle*». Tels sont les principes qui, dictés par la nécessité de protéger le constituant, se traduisent, concrètement, par la prohibition du pacte commissaire, que l'on peut définir comme étant la convention par laquelle le créancier deviendrait automatiquement propriétaire du bien gagé en cas de non-paiement¹⁶, et de la clause de voie parée, par laquelle le créancier serait autorisé à vendre de gré à gré le bien gagé, sans avoir à demander cette vente en justice. La clause de voie parée, si elle était permise, ferait courir au constituant du gage le risque que le créancier vende la chose à un prix même inférieur à sa valeur, pourvu que ce prix soit au moins égal au montant de la créance garantie. Avec le pacte commissaire, le risque pour le constituant, évident, serait que le créancier y trouve le moyen de devenir définitivement propriétaire d'une chose dont la valeur est supérieure au montant de sa créance.

La protection du débiteur connaît cependant certaines limites. L'arrêt rendu le 5 octobre 2004 par la chambre commerciale de la Cour de cassation fournit de cela une belle illustration¹⁷.

En l'espèce, une banque avait consenti à une société un crédit garanti par un nantissement pris sur ses actions (la société détenait une partie de ses propres actions, dont l'acquisition avait été financée, précisément, grâce au crédit garanti). Pour son remboursement, mais sans ordre du dirigeant de la société constituante, la banque procéda, en plusieurs fois, à la cession d'un peu plus de 700 de ces actions. Dans un premier temps, le dirigeant de la société protesta. Dans un second temps cependant il négocia et finit par donner l'ordre à la banque, quatre mois plus tard, de céder quelques 5 000 autres titres. Se prévalant de l'article 2078 du Code civil, il demanda par la suite l'annulation des différentes cessions intervenues. Cependant, il n'obtint satisfaction ni devant les juges du fond ni devant la Cour de cassation.

La validité de la cession intervenue en dernier lieu (celle portant sur les 5 000 titres), à vrai dire, ne faisait guère de doute. Depuis longtemps en effet on admet que la nullité de l'article 2078 ne doit pas concerner la convention qui serait passée librement, après la constitution du gage, et par laquelle le constituant déciderait d'abandonner la propriété de la chose gagée au créancier ou l'autoriserait finalement à vendre cette chose en dehors des formes prévues, à l'amiable, et donc à moindre frais. La Cour de cassation reprend ici cette solution en jugeant clairement qu'effectivement «*Les dispositions de l'article 2078 du Code civil ne font pas obstacle à ce que, postérieurement à la constitution du gage, le débiteur donne mandat*

¹³ M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 291.

¹⁴ La Cour de cassation avait déjà jugé que les associés d'une société civile pouvaient se prévaloir des dispositions du plan conformément à l'article L. 621-65 alinéa 1 du Code de commerce (V. Cass. 3^e civ., 23 février 2000, RTD com. 2000, p. 681, obs. M.-H. Monsérié-Bon et Cass. com., 23 janvier 2001, RTD com. 2001, p. 472, obs. M.-H. Monsérié-Bon).

¹⁵ En revanche, dans le cadre d'un plan de sauvegarde (art. 77), qui est une innovation majeure de la réforme concernant les débiteurs qui ne

sont pas en état de cessation des paiements, «*les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une caution personnelle ou une garantie autonome*» pourraient se prévaloir des dispositions du plan (V. A. Lienhard, obs. préc., p. 3221).

¹⁶ Quand bien même la valeur de cette chose serait-elle supérieure au montant de la créance, ce qui serait évidemment préjudiciable aux intérêts du constituant.

¹⁷ Sur cet arrêt, v. Ph. Delebecque, JCP 2004, I, 188, n° 17.

au créancier gagiste de procéder pour son compte à la vente de la chose donnée en gage»¹⁸. La solution, bien qu'elle ne puisse se recommander de la lettre de l'article 2078, est pleinement justifiée. Une fois le contrat de gage conclu, en effet, et le crédit obtenu, le risque n'existe plus, normalement, que le débiteur-constituant soit tenté de se soumettre à n'importe quelle exigence du créancier¹⁹.

La validité des premières cessions, qui, celles-là, n'avaient pas été autorisées, était en revanche moins évidente. La question de fond posée était celle de savoir si l'on peut renoncer au bénéfice de la nullité encourue par une vente faite au mépris des dispositions de l'article 2078 du Code civil. Une autre question était évidemment de savoir si l'on pouvait admettre qu'une telle renonciation était ici intervenue. A ces deux questions les juges répondent par l'affirmative. Ainsi la Cour de cassation fait-elle valoir que les formalités prévues par l'article 2078 du Code civil ayant pour finalité la protection du constituant, elles «sont sanctionnées par une nullité d'intérêt privé à laquelle celui-ci peut renoncer». Ensuite la Cour relève que les premières cessions et la cession intervenue en dernier lieu «tendaient au même but», qu'en le soulignant la cour d'appel avait fait ressortir que le constituant «avait eu la volonté de réparer le vice» affectant les cessions initiales, et qu'elle avait ainsi pu décider que ce dernier «avait couvert» l'irrégularité de ces cessions.

La réponse donnée à la question de savoir s'il doit être possible de renoncer à invoquer une nullité encourue par application de l'article 2078 du Code civil peut être approuvée. L'intérêt général n'est guère en cause ici. L'intérêt du constituant est bien celui qui est protégé par l'article 2078 (v. cependant l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 7 mai 2004 et signalé au paragraphe suivant). Ajoutons que si l'on admet, pour la (bonne) raison que nous avons rappelée, que les parties puissent s'entendre après coup pour que le créancier vende à l'amiable, il faut permettre aussi que le constituant puisse confirmer une vente intervenue, certes irrégulièrement, mais qui ne contrevient pas à ses intérêts²⁰. Adopter une solution contraire manquera de logique.

On peut en revanche se montrer quelque peu réservé s'agissant de la réponse donnée par les juges à la seconde question. Il est certes admis qu'une confirmation puisse intervenir tacitement (art. 1338, al. 2 C. civil). La confirmation doit néanmoins être certaine²¹ et ne se déduire que d'actes non équivoques (l'exécution volontaire de l'obligation nulle par exemple, qui est sans doute un geste significatif). On se gardera donc de considérer que l'autorisation donnée à une seconde vente, à un moment où, peut-être, les circonstances ont évolué,

18 Dans le même sens antérieurement, v. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1959, Bull. civ. I, n° 480, où il est question formellement du pacte commissaire mais dont les termes sont suffisamment larges pour que soit visée également en vérité, la clause de voie parée («il n'y a pacte commissaire prohibé par l'article 2078 du Code civil que si c'est au moment où le nantissement est constitué pour la garantie d'un prêt qu'une clause du contrat autorise le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités légales»).

19 V. par exemple H., L. et J. Mazeaud, *Sûretés, Publicité foncière*, 7^e éd. par Y. Picod, Montchrestien 1999, n° 77 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 4^e éd., LGDJ, 2004, n° 428 ; L. Aynes et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2003, n° 516 ; adde M. Storck, *L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisa-*

constitue nécessairement, comme en l'espèce, au prétexte qu'elles ont le « même but », une approbation de celle intervenue irrégulièrement quelques mois plus tôt. Il faut donc recommander aux créanciers de s'entourer de précautions et d'éviter les trop fortes pressions, d'autant que les juges du fond se montrent parfois sourcilleux, certains allant jusqu'à voir dans la violation des formalités de l'article 2078 du Code civil une cause de nullité absolue²².

F. J.

Cautionnement réel. Étendue de l'engagement personnel sous-jacent. Régime.

Cautionnement réel pris sur un bien commun par un époux agissant seul.

Application de l'article 1415 du Code civil. Prescription de l'action en inopposabilité.

Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, n° 1602 F-P+B, *Bernadas c/Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Lot et Garonne*.

Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2004, n° 1623 F-P+B, *Bernard c/Crédit lyonnais*.

Celui qui se constitue, par acte authentique, caution solidaire et hypothécaire d'un emprunteur envers un prêteur et qui, en outre, dans le même acte, déclare garantir de manière solidaire et indivisible le paiement de toutes les sommes qui seront dues en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires, à raison du crédit consenti, ajoute à la garantie constituée par l'affectation de l'immeuble, garantie nécessairement limitée à la valeur dudit immeuble, un cautionnement emportant engagement personnel de répondre du paiement de l'intégralité de la dette (1^{re} espèce).

L'action en inopposabilité du cautionnement réel pris par une épouse sur un immeuble dépendant de la communauté existant entre elle et son conjoint n'est pas de celles qui se prescrivent par le délai de cinq ans édicté par l'article 1304 du Code civil (2^e espèce).

Le cautionnement réel est une sûreté dont l'importance a été souvent soulignée. C'est aussi une sûreté qui donne lieu à un contentieux assez abondant et les décisions sont nombreuses qui, ces dernières années, ont été l'occasion d'apporter des précisions concernant la nature et le régime de l'institution.

S'agissant de sa nature, ce que l'on sait depuis 2002 c'est que le cautionnement réel n'est pas une pure sûreté réelle, contrairement à ce qui avait pu être jugé,

tion du gage, Petites Affiches, 8 juillet 1987, p. 20.

20 Sur la notion de confirmation, son domaine et ses conditions, v. par exemple F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 398 et s.

21 Cass. civ., 27 avril 1953, Bull. civ. I, n° 138.

22 V. en ce sens CA Paris, 7 mai 2004, arrêt signalé déjà par Ph. Delebecque au JCP 2004, I, n° 16, et où l'on lit que «la nullité du pacte commissaire, qui prend sa source dans l'interdiction de se faire justice soi-même et de bénéficier d'un traitement de faveur qui serait lourd de conséquences pour les autres créanciers et à pour but d'assurer la protection du débiteur malheureux, s'avère absolue» (en l'espèce, la question était de savoir quelle prescription appliquer à l'action en annulation ; en conséquence de ses affirmations la Cour de Paris retient la prescription trentenaire).

mais une sûreté mixte en vérité, qui comporte en principe, sous-jacent, un engagement personnel de payer dont répond l'ensemble du patrimoine de la caution, quand bien même cet engagement serait-il limité à la valeur du bien spécialement engagé²³. Cette analyse du cautionnement réel qu'a retenue la Cour de cassation a été critiquée²⁴. Mais elle paraît ne pas devoir être remise en cause dans l'immédiat. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il soit impossible de faire d'autres choix que celui du cautionnement réel tel qu'il est aujourd'hui conçu par les juges. Ainsi doit-il être permis de constituer sur son patrimoine une sûreté réelle pour la dette d'un autre, en apportant la précision selon laquelle il sera interdit au créancier d'exercer des poursuites sur d'autres biens que celui ou ceux qui lui ont été affectés²⁵. En d'autres termes, il est certainement possible de consentir pour autrui une garantie qui ne soit que réelle. Il y a fort à parier cependant que ce choix sera moins fréquent qu'un autre, inverse, qu'illustre un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 novembre 2004.

En l'espèce, sous une rubrique intitulée «*Intervention cautionnement solidaire et hypothécaire*», le garant avait déclaré «*se constituer caution solidaire et hypothécaire de l'emprunteur envers le prêteur*». L'acte contenait plus loin la formule «*La caution confirme expressément l'affectation hypothécaire*». Enfin, l'acte contenait la clause suivante : «*En outre, la caution déclare garantir de manière solidaire et indivisible le paiement de toutes les sommes qui seront dues en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires, à raison du crédit consenti*». De ces stipulations, la cour d'appel déduisit que le garant avait ajouté à la garantie constituée par l'affectation de l'immeuble hypothéqué et nécessairement limitée à la valeur dudit immeuble, un cautionnement emportant «*engagement personnel de répondre du paiement de l'intégralité de la dette*». Saisie d'un pourvoi qui contestait l'importance que les juges du fond semblaient avoir accordé à la formule «*En outre*», la Cour de cassation juge que la cour d'appel a légalement justifié sa décision. On ne saurait être surpris, compte tenu des termes de l'acte. Les juges semblent s'être parfois contentés de moins, ainsi que certaines affaires en attestent²⁶. En effet, la pratique n'est pas nouvelle qui consiste à faire ainsi garantir une dette par un cautionnement personnel en même temps que par un cautionnement réel. Et l'analyse dorénavant retenue concernant le cautionnement réel n'enlève pas à cette pratique son intérêt, puisque si le

cautionnement réel (selon l'analyse en question) emporte engagement personnel de payer, ce n'est donc que pour un montant limité à la valeur de la chose. Ajouter qu'un classique cautionnement personnel à ce cautionnement réel permet, si ce n'est de renforcer la garantie, du moins de l'étendre.

S'agissant maintenant du régime du cautionnement réel, une solution elle aussi parfaitement acquise est celle de l'application à cette garantie des principes posés à l'article 1415 du Code civil²⁷. Le cautionnement réel souscrit sur un bien commun par un époux agissant seul est donc irrégulier. Et l'on sait depuis 2002 que cette irrégularité peut être dénoncée par l'époux constituant aussi bien que par son conjoint²⁸. La règle avait un temps été inverse, le droit de critique étant alors réservé au conjoint dont le consentement fait défaut²⁹. L'article 1415 posant cependant une règle de pouvoir, et non une condition de validité du cautionnement réel, il était sans doute opportun d'abandonner cette logique trop inspirée des principes de mise en œuvre des nullités relatives³⁰.

Les principes de mise en œuvre des nullités relatives, précisément, sont ceux dont les juges du fond s'étaient inspirés bien à tort dans l'affaire ayant donné lieu à l'autre arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 9 novembre 2004, relativement au cautionnement réel³¹. La question en cause était cette fois celle de la prescription du droit de critique.

Agissant seule, une personne mariée avait consenti un cautionnement réel sur un immeuble dépendant de la communauté. La dette garantie n'ayant pas été remboursée, la banque bénéficiaire de ce cautionnement fit pratiquer sur l'immeuble une saisie. Le constituant fit alors valoir que le cautionnement qu'il avait souscrit sans le consentement de son conjoint ne pouvait avoir engagé l'immeuble saisi. Invoquant la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil, applicable aux actions en nullité relatives, la cour d'appel valida cependant la saisie. «*En se déterminant ainsi, dit la Cour de cassation, alors que (le constituant) se prévalait de l'inopposabilité du cautionnement litigieux relativement au bien saisi et qu'une telle action en inopposabilité n'est pas de celle qui se prescrivent par le délai édicté par (l'article 1304), la cour d'appel a violé (ce texte) par fausse application*». La seule prescription susceptible d'éteindre ici le droit de critique du constituant était, en vérité, la prescription trentenaire de droit commun.

F. J.

23 Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002 (BNP Paribas c/Abihssira), Bull. civ. I, n° 127 ; D. 2002, SC, p. 3337, obs. L. Aynès et p. 1780, note Ch. Barberot ; RTD civ. 2002, p. 546, obs. P. Crocq ; RD bancaire et financier 2002, n° 129, obs. D. Legeais ; Banque & Droit novembre-décembre 2002, p. 46, obs. F. J. ; adde J. François, *L'obligation de la caution réelle*, Defrénois 2002, art. 37604, p. 1208.

24 V. notamment Ph. Simler, JCP 2002, I, 1640, n° 5, qui fait valoir que la Cour de cassation, contrevenant formellement à la prescription de l'article 1415 du Code civil, selon lequel le cautionnement ne se présume pas, déduit d'un fait connu, la constitution d'un cautionnement réel, le fait inconnu qu'est l'engagement personnel de payer, ce qui est divinatoire, et même contraire à ce que les parties ont voulu.

25 V. L. Aynès, obs. préc.

26 V. obs. Ph. Simler, JCP 1998, I, 103, n° 1.

27 V. Cass. 1^{re} civ., 11 avr. 1995, Bull. civ., I, n° 165 ; JCP 1995, I, 3 861, n° 9, obs. Ph. Simler ; Defrénois 1995, p. 1484, obs. G. Champenois ; RTD civ. 1997, p. 726, obs. B. Vareille ; puis Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, Dr. famille 1999, n° 84, note B. Beignier ; JCP 1999, I, 156, n° 5, obs. Ph. Simler ; Defrénois 2000, p. 439, obs. G. Champenois ; RTD civ. 2000, p. 366, obs. P. Crocq ; Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000, JCP 2000, I, 245, n° 16, obs. Ph. Simler ; Banque & Droit, septembre-octobre 2000, p. 43, obs. F. J.

28 V. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, BNP Paribas c/Abihssira précité, mais aussi, du même jour et de la même chambre Crédit industriel et commercial c/Piot, Bull. civ. I, n° 128.

29 V. en ce sens Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, préc.

30 V. Ph. Simler, JCPG 2002, I, 162, n° 3.

31 D. 2004, AJ, p. 3136, obs. V. Avena-Robardet.

Nantissement de fonds de commerce. Redressement judiciaire du débiteur. Plan de redressement. Transmission au cessionnaire de la charge du nantissement. Mention dans l'acte de prêt de sa destination et de la sûreté en garantissant le remboursement.

Cass. com., 23 novembre 2004, n° 1686 FS-P+B+R+I, Billaux c/Banque de Bretagne.

Aux termes de l'article L. 621-96, alinéa 3 du Code de commerce, en cas de cession de l'entreprise à la suite de l'adoption d'un plan de redressement judiciaire, est transmise au cessionnaire la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés. Il en résulte que le crédit devant être affecté, l'acte par lequel il est accordé doit préciser sa destination et prévoir la sûreté qui en garantira le remboursement.

Une caution peut être déchargée de son engagement en application du bénéfice de subrogation prévu par l'article 2037 du Code civil lorsque le créancier a perdu de son fait une autre sûreté, et par exemple un nantissement inscrit sur le fonds de commerce de son débiteur. La Cour de cassation³² avait déjà eu l'occasion de se prononcer à ce propos sur l'application du mécanisme de l'article L. 621-96, alinéa 3 du Code de commerce prévoyant le transfert au reprenneur d'une entreprise en difficulté de «*la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel porte ces sûretés*»³³. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 novembre 2004³⁴ apporte sur ce point une précision importante qui doit retenir l'attention des établissements de crédit.

En l'occurrence, une banque a consenti à une société un prêt garanti par des cautionnements et un nantissement de fonds de commerce. La société a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et a bénéficié d'un plan de redressement par cession totale de l'entreprise à une tierce société. La banque a assigné les cautions en exécution de leurs engagements. Celles-ci ont appelé

en garantie la société cessionnaire de l'entreprise, en faisant valoir que son offre de cession comprenait la reprise des cautionnements et ont soutenu par ailleurs que la banque avait commis une faute, devant entraîner leur décharge en application de l'article 2037 du Code civil, en omettant de procéder à une inscription modificative à la suite de la transmission du nantissement au cessionnaire. La Cour d'appel de Rennes n'a pas retenu ces arguments et a écarté toute transmission au cessionnaire du nantissement du fonds et des dettes nées du prêt, au motif que la destination des fonds stipulée au contrat de prêt était peu explicite.

La chambre commerciale rejette le pourvoi formé par la banque contre cet arrêt : «*Aux termes de l'article L. 621-96, alinéa 3, du Code de commerce, en cas de cession de l'entreprise à la suite de l'adoption d'un plan de redressement judiciaire, est transmise au cessionnaire la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés ; qu'il en résulte que le crédit devant être affecté, l'acte par lequel il est accordé doit préciser sa destination et prévoir la sûreté qui en garantira le remboursement ; qu'après avoir relevé que le prêt avait pour destination affichée le "financement a posteriori de divers investissements autofinancés" et que celle-ci, peu explicite, ne permettait pas le rapprochement avec un bien quelconque, l'arrêt retient, sans dénaturer, que la charge du nantissement n'a pas été transmise au cessionnaire ; que, par ces motifs... la cour d'appel a légalement justifié sa décision*».

La solution doit être approuvée³⁵. Il a déjà été souligné que les seules sûretés visées par l'article L. 621-96 alinéa 3 du Code de commerce sont celles accordées en garantie de *crédits affectés*³⁶, le financement pouvant permettre aussi bien l'acquisition du bien que son amélioration ou son entretien, ou encore l'acquisition de biens composant le fonds de commerce grevé³⁷. Les créanciers doivent donc veiller à préciser clairement la destination du crédit accordé pour bénéficier du régime de faveur de l'article L. 621-96 alinéa 3 du Code de commerce, dont la pérennité dans le cadre de la prochaine loi de sauvegarde des entreprises prête à discussion³⁸.

N. R.

³² V. Cass. com., 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 71 ; Banque & Droit juillet-août 2003, p. 62, obs. N. R.

³³ Sur ce texte, V. notamment M. Cabrillac et Ph. Pétel, juin 1994, *Le printemps des sûretés réelles*, D. 1994, chron., p. 243 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, op. cit., n° 354 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2003-2004, n° 56-41 et s.

³⁴ Rev. Lamy Droit civil janvier 2005, n° 498, obs. A. Decoux.

³⁵ V. A. Lienhard qui qualifie la position de la chambre commerciale d'«*aussi logique que prévisible*» et souligne qu'elle est conforme à la finalité du texte : favoriser non pas les crédits de trésorerie mais le financement des investissements.

³⁶ V. sur ce point P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2003-2004, n° 56-42 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 933.

³⁷ V. en ce sens CA Metz, 4 juillet 1996, Rev. proc. coll. 1998, p. 402, obs. B. Soinne ; T. com. Paris, 9 février 2001, RJ com. 2002, p. 318, n° 1601, note Th. Merven ; Banque & Droit mai-juin 2002, p. 53, obs. J.-L. Guillot.

³⁸ Sur la discussion quant au maintien du mécanisme du transfert de la charge des sûretés dans la dernière version (art. 124) du projet de loi de sauvegarde des entreprises, V. A. Lienhard, obs. préc. p. 143-144.