

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

Garantie autonome – Paiement de la garantie – Action du garant contre le bénéficiaire et tendant au remboursement des sommes versées en exécution de la garantie – Action fondée sur les conditions d'exécution du contrat de base

Cass. com., 4 juillet 2006, n° 884 FS-P+B, Banque populaire centrale du Maroc c/ Sté Barclays Bank PLC.

L'absence de fraude ou d'abus manifeste dans l'appel d'une garantie ou contre-garantie autonome fait obstacle à ce que le garant ou contre-garant demande, sur le fondement de l'inexécution par le bénéficiaire du contrat de base, la restitution de ce qu'il a versé en exécution de son obligation autonome.

Lorsqu'il s'agit de faire garantir une dette par un tiers, le cautionnement ne jouit d'aucun monopole. Nul ne peut plus l'ignorer depuis que le Code civil renferme, dans sa partie consacrée aux sûretés personnelles, une définition de la lettre d'intention (art. 2322 C. civ.), d'une part, et, d'autre part, une définition de la fameuse garantie autonome (art. 2321 C. civ.), qui a la remarquable particularité d'être une sûreté personnelle non accessoire qui ne fait aucune concession à la logique du cautionnement.

Mais la garantie autonome ne jouit elle-même, lorsqu'il s'agit de faire garantir une dette par un tiers de manière non accessoire, d'aucun monopole. D'autres mécanismes sont susceptibles d'être mis en place, celui du constitut par exemple¹, ou encore du cautionnement à première demande², qui sont à même de procurer un effet de garantie non accessoire, éventuellement moins brutal que celui de l'authentique garantie autonome. Mais tout cela,

en vérité, reste assez théorique. La seule garantie non accessoire dont l'usage est attesté en France par les arrêts de la Cour de cassation est, si l'on veut bien faire abstraction de la solidarité passive ou de la délégation, pratiquées parfois précisément pour leur effet de garantie non accessoire, cette garantie dont la dénomination de "garantie autonome" est désormais officielle. Un nouvel arrêt de la Cour de cassation vient d'être rendu qui la concerne, le 4 juillet 2006, dans une affaire dans laquelle les parties semblaient inspirées pourtant, plus ou moins inconsciemment peut-être, il est vrai, par la logique d'une autre garantie personnelle non accessoire, celle du "cautionnement à première demande".

En l'espèce et très classiquement, pour la bonne exécution d'un contrat de fourniture conclu entre une société française, la société Etlafriac, et une société marocaine semble-t-il, la société Martco, une garantie à première demande est mise en place, souscrite par la Banque populaire du Maroc (BCPM), de même qu'une contre-garantie, souscrite au bénéfice de la BCPM par la banque Barclays. Un litige naît relativement aux modalités d'exécution du contrat de base. La contre-garantie est alors appelée, à concurrence d'un montant partiel. Deux décisions de justice sont successivement rendues qui estiment que cet appel n'est ni abusif ni frauduleux. La banque Barclays satisfait donc à son engagement. Un peu plus tard, elle déclare sa créance de remboursement au passif de la société donneur d'ordre (Etlafriac). Mais parallèlement, et sur la base de considérations relatives aux conditions d'exécution du contrat de base, la banque Barclays réclame aussi la condamnation de la BCPM et de la société Martco à la restitution des sommes versées en exécution de la (contre) garantie autonome. C'est cette démarche qui fait l'intérêt de l'affaire.

La question de savoir si cette démarche devait être admise n'était sans doute pas évidente. De fait, la cour d'appel de Paris, à laquelle la question est d'abord posée, et la Cour de cassation y apportent une réponse différente.

1. V. F. Jacob, "Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie", LGDJ, biblio. de droit privé, t. 294, préf. Ph. Simler.

2. V. A. Rohmert, "Le cautionnement à première demande en droit allemand, une sûreté hybride", RD bancaire et Bourse 1994, p. 122 et s.;

adde Jacob F., *op. cit.*, n° 135 et s. et surtout D. Legeais, "Le cautionnement à première demande", *Mélanges M. Vasseur*, Banque, 2000, p. 87 s., et, par le même auteur, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 4^e éd., 2004, n° 356 et s.

Pour la cour d'appel de Paris, un recours de la banque Barclays contre le garant de premier rang et le bénéficiaire final était parfaitement envisageable. La cour fait valoir à ce propos que *"les décisions irrévocables qui ont jugé l'appel (de la contre-garantie) ni abusif ni frauduleux n'ont concerné que la mise en œuvre de cette contre-garantie sans trancher son bien fondé, qui dépend de l'existence ou de l'étendue de la créance invoquée par son bénéficiaire"*. Par cette formule la cour d'appel de Paris propose de bien faire la différence entre ce qui peut être vrai compte tenu du caractère abstrait, inconditionnel, irrévocable de l'engagement de payer pris par le garant, à savoir l'obligation pour lui de libérer les sommes promises dès l'instant qu'elles lui sont réclamées, et la vérité du rapport fondamental qui, elle, peut autoriser l'exercice d'un recours contre l'appelant indélicat, y compris par le garant lui-même. La cour d'appel reçoit et examine donc ce recours, et décide de condamner la BCPM à restituer à la banque Barclays plus de 457 000 euros.

La Cour de cassation, pour sa part, va estimer que *"l'appel, sans fraude ni abus manifeste, de la garantie ou contre-garantie fait obstacle à ce que le garant, ou contre-garant, demande, sur le fondement de l'inexécution par le bénéficiaire du contrat de base, la restitution de ce qu'il a versé en exécution de son obligation autonome"*. En conséquence de cela, la Cour de cassation décide de censurer la décision de la cour d'appel de Paris.

Qui, de la cour d'appel de Paris ou de la Cour de cassation, a pu se tromper dans cette affaire? Les deux peut-être, un peu, du moins c'est le sentiment que l'on peut avoir.

La cour d'appel de Paris, sans doute, a eu tort de condamner le garant de premier rang à rembourser le contre-garant sur le fondement de la seule analyse des conditions d'exécution du contrat de base, sans exiger la démonstration d'une collusion frauduleuse entre le garant de premier rang et le bénéficiaire final. Ce garant de premier rang, après tout, en exigeant le paiement de la contre-garantie, n'avait peut-être fait que répercuter le paiement qu'il avait dû faire de la garantie (autonome) de premier rang, sans savoir que le bénéficiaire de celle-ci était sans droit de l'appeler ou sans être en mesure de le prouver. Et si même le paiement de la garantie de premier rang n'avait encore été requis, il pouvait toujours l'être théoriquement. En exigeant du garant de premier rang un remboursement, la cour d'appel l'exposait ainsi à devoir subir seul les conséquences d'un éventuel abus du bénéficiaire, abus dont rien ne dit qu'il aurait pu être démontré par le garant de premier rang.

Mais en refusant tout recours du contre-garant mais aussi du garant (qui, lui, ne pourrait pourtant agir que directement contre le bénéficiaire final) sur le fondement de l'inexécution du contrat de base par le bénéficiaire, la Cour de cassation, par sa formule très large, va sans doute trop loin. La Cour de cassation vise certes l'article 1134 du Code civil mais son arrêt ne donne pas le sentiment qu'elle ait cherché à faire respecter ce qui pouvait être en l'espèce la volonté des parties. Sa position serait donc une

position de principe. Or la possibilité que le souscripteur d'une garantie autonome puisse exercer un recours en remboursement contre le bénéficiaire final qui aurait été sans droit d'appeler la garantie ne doit pas être ainsi totalement exclue, parce la théorie de l'enrichissement sans cause paraît autoriser ce recours, et aussi parce que les parties ont pu envisager cette possibilité dès l'origine, ainsi que c'est le cas, dans ces pays voisins que sont la Suisse et l'Allemagne, lorsqu'elles mettent en place la sûreté personnelle que l'on nomme là-bas *"cautionnement à première demande"*.

Dans la phase de poursuite du garant, le cautionnement à première demande est une sûreté personnelle comparable à la garantie autonome: le garant doit payer sans pouvoir opposer les exceptions qui pourraient appartenir au débiteur principal³. Le cautionnement à première demande reprend ainsi le principe du paiement immédiat, avec toutes les conséquences que cela implique. Une fois le paiement réclamé et effectué cependant, des différences entre l'opération de garantie autonome et l'opération de cautionnement à première demande apparaissent. Dans le cas du cautionnement à première demande, en effet, c'est normalement contre le bénéficiaire que le garant exercera en priorité son recours s'il apparaît que le paiement n'était pas dû. Cette solution, qui peut sans doute justifier la perception par le garant d'une rémunération plus importante que celle qui serait perçue pour la souscription d'une garantie autonome ordinaire, permet aussi, s'ajoutant aux recours qui sont offerts contre le débiteur principal, d'éviter au garant d'avoir à subir une insolvabilité de ce dernier. Le recours du garant contre le bénéficiaire indélicat est d'ailleurs rendu d'autant plus praticable que l'on admet que lorsqu'il est exercé, c'est au bénéficiaire qu'il incombe de rapporter la preuve, dans le cadre d'une instance dans laquelle le garant pourra naturellement lui opposer toutes les exceptions qui pourraient appartenir au débiteur principal, que les sommes encaissées en exécution de la garantie étaient bien dues⁴.

"Soumis à un tel régime, le cautionnement à première demande est de nature à satisfaire aux exigences de la pratique", écrit M. Legeais⁵. La Cour de cassation aurait-elle pourtant décidé plus ou moins volontairement d'en condamner par avance l'existence? L'arrêt commenté, dont il ressort qu'un garant autonome ne pourrait agir sur le fondement de l'inexécution du contrat de base, même contre le bénéficiaire lui-même, pourrait passer pour le premier signe d'une telle condamnation. On espère se tromper, car elle serait désolante. La tendance de la Cour de cassation à ne vouloir voir qu'une seule tête, à tout ramener soit à la garantie non accessoire la plus radicale, la garantie autonome à première demande, soit au classique cautionnement⁶, incite cependant à un certain pessimisme.

F. J.

3. V. D. Legeais, art. préc., p. 93.

4. C'est au demeurant cette opposabilité a posteriori des exceptions qui explique que l'on maintienne à propos de cette garantie la qualification de cautionnement.

5. Article préc., p. 95.

6. V. Cass. 1^{re} civ., 23 février 1999, Bull. civ. I, n° 64; Banque & Droit mai-juin 1999, p. 40, obs. F. Jacob.

Cautionnement – Représentation de la caution par le débiteur principal – Tierce opposition de la caution au jugement condamnant le débiteur principal – Irrecevabilité

CA Agen, 1^{re} ch. civ., 14 décembre 2005, n° 03/01149

Aux termes de l'article 583 du nouveau Code de procédure civile, n'est recevable à former tierce opposition que la personne qui n'a été ni partie, ni représentée au jugement qu'elle attaque. La caution, étant censée être représentée par le débiteur principal, est irrecevable à agir par voie de tierce opposition.

Si la caution peut former tierce opposition à l'encontre de l'ordonnance ayant relevé le créancier de sa forclusion⁷, sa tierce opposition est-elle aussi recevable contre le jugement condamnant le débiteur principal? Rappelons qu'aux termes de l'article 583, alinéa 1 du NCPC, "*est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie, ni représentée au jugement qu'elle attaque*". Au regard de ce texte, il conviendrait d'opérer, pour le moins, une distinction entre la caution solidaire et la caution simple. S'agissant de la caution solidaire, l'idée de représentation mutuelle des coobligés solidaires, qui n'est consacrée par aucun texte mais était déjà admise par la doctrine classique⁸, conduit à considérer qu'elle est irrecevable à former tierce opposition contre une décision rendue à l'encontre du débiteur principal, au motif qu'elle était représentée à l'instance par celui-ci⁹. S'agissant

en revanche de la caution simple, si la chose jugée contre le débiteur principal quant à l'existence de la dette lui est opposable¹⁰, l'idée de représentation mutuelle doit ici être écartée¹¹, de sorte qu'étant un tiers à l'instance opposant le créancier au débiteur, elle devrait être admise à former tierce opposition¹². En tout état de cause, la Cour de cassation décide que la tierce opposition de la caution, simple ou solidaire, est recevable lorsqu'elle peut faire valoir une exception qui lui est purement personnelle, à savoir que le débiteur ne pouvait pas lui-même invoquer (par exemple le bénéfice de subrogation)¹³, ou en cas de fraude, largement comprise¹⁴. Aussi ne peut-on suivre le raisonnement d'un arrêt de la cour d'appel d'Agen du 14 décembre 2005, récemment mentionné au Bulletin d'information de la Cour de cassation¹⁵, qui a refusé sans nuance à la caution le droit de former tierce opposition: "*Aux termes de l'article 583 du nouveau Code de procédure civile, n'est recevable à former tierce opposition que la personne qui n'a été ni partie, ni représentée au jugement qu'elle attaque. La caution, étant censée être représentée par le débiteur principal, est irrecevable à agir par voie de tierce opposition*".

Cette solution et sa motivation sont très critiquables. D'abord, il a déjà été dit que l'idée de représentation ne peut pas être admise si l'on est en présence d'une caution simple¹⁶. Ensuite et surtout, les meilleurs spécialistes de la procédure civile ont souligné que, même en ce qui concerne la caution solidaire, la "*fiction civiliste*" de la représentation mutuelle et l'autorité de la chose jugée à l'égard du débiteur principal ne sauraient interdire la tierce opposition, qui est recevable même contre les jugements auxquels on attribue une autorité absolue¹⁷. Cette analyse est encore renforcée aujourd'hui par le droit au

7. V. Cass. com., 11 juillet 2006, D. 2006, AJ, p. 2100, jugeant que l'ordonnance relevant un créancier de la forclusion est une décision rendue en matière de redressement et de liquidation judiciaire et que la tierce opposition contre cette ordonnance, qui ne concerne pas directement les droits et obligations de la caution, doit être formée par celle-ci dans les dix jours, à compter de son prononcé.

8. V. notamment M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, *Contrats civils*, 2^e partie, avec le concours de A. Rouast, R. Savatier et J. Lepargneur, LGDJ, 1932, n° 1539 ; comp. la critique de cette règle par D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, La représentation mutuelle des coobligés, *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547 et M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd. 2004, n° 331 et 393, qui critiquent la "fable de la représentation" et appellent que "*l'idée de représentation mutuelle n'était ici, avant le XIX^e siècle, qu'une facette d'une solution équitable consistant à faire profiter tous les codébiteurs des actes diminuant la dette faits par l'un d'eux, un mandat existerait entre eux ad conservandam vel minuendam, non ad augendam obligationem*"; adde l'étude critique de S. Hazoug, "La représentation mutuelle des coobligés en matière de solidarité passive", mémoire de DEA en droit privé, Université Robert Schuman, septembre 2005.

9. V. notamment Cass. com., 6 juin 1961, Bull. civ. III, n° 258, jugeant qu'"en matière d'obligations solidaires, chacun des codébiteurs doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés" et que la tierce opposition formée par une caution solidaire est irrecevable en l'espèce dès lors que n'invoquant aucun moyen propre, elle ne fait que reprendre ceux soulevés par le liquidateur du débiteur principal et ne soutient pas qu'il y eut collusion frauduleuse entre ce dernier et le créancier; adde les décisions plus anciennes citées in Rép. civ. Dalloz, V^o Tierce opposition par N. Fricéro, n° 80.

10. V. notamment Cass. com., 29 mars 1994, Quot. jurid., 10 mai 1994, p. 3, affirmant que "*la chose jugée contre le débiteur principal n'est opposable à la caution que relativement à l'existence de la dette cautionnée*"; adde en ce sens Ph. Malaurie, L. Anyès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2^e éd., 2004, n° 148; J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 138, Tierce opposition par R. Martin, n° 101, soulignant que l'"on ne peut obliger le créancier à refaire deux fois le même procès au risque de dévaluer cette sûreté".

11. Contra Cass. req., 3 janvier 1938, S. 1938, I, p. 50 jugeant que "*dans les procès où l'existence de la dette est en débat, le débiteur principal représente la caution*".

12. V. très clairement en ce sens Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd. 2000, n°500.

13. V. notamment Cass. com., 4 octobre 1983, Bull. civ. IV, n° 245; JCP 1985, II, 20374, note D. Veaux, jugeant que la tierce opposition de la caution n'est pas recevable en l'espèce dès lors qu'elle invoque la nullité de l'engagement du débiteur principal pour absence de cause; dans le même sens, CA Angers, 15 octobre 1958, JCP 1959, II, 11315, note (approfondie et très critique) Louis Boyer, confirmant T. com. Angers, 4 décembre 1957, RTDciv. 1958, p. 458, obs. critiques P. Raynaud.

14. V. notamment Cass. 1^{re} civ., 14 février 1990, Bull. civ. I, n° 42; Cass. 1^{re} civ., 10 décembre 1991, Bull. civ. I, n° 348, arrêt n° 1, maintenant CA Aix-en-Provence, 29 novembre 1989, RTDciv. 1990, p. 283, obs. J. Mestre (en l'espèce la cour d'appel avait affirmé que "*la fraude fait cesser les effets de la représentation qui ne reposent que sur une présomption de bonne foi; dès lors qu'un comportement constitutif d'une fraude de la part du débiteur principal est suffisant pour rendre recevable une tierce opposition de la caution solidaire; qu'il n'est point nécessaire que soit établi en outre une collusion entre le créancier et le débiteur principal*"; les juges du fond avaient considéré qu'en se laissant condamner en omettant de former contredit à une ordonnance d'injonction de payer, en ne faisant valoir à dessein aucun moyen de défense, le débiteur avait indiscutablement commis une fraude à l'encontre des droits de ses cautions, laquelle entraînait la recevabilité de la tierce opposition formée par chacune d'elles).

15. Bull. inf. Cour cass., 1^{er} août 2006, n° 1677; V. aussi les observations sur cet arrêt de X. Delpéch sur Dalloz Actualité (www.dalloz.fr).

16. V. très clairement en ce sens N. Fricéro, art. préc., n° 80; R. Martin, art. préc., n° 99; adde de X. Delpéch, obs. préc., estimant que l'absence de distinction dans l'arrêt commenté entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire pourrait résulter d'une erreur de plume et du fait qu'en pratique le cautionnement est presque toujours solidaire.

17. V. P. Raynaud, obs. préc., II, p. 459; L. Boyer, note préc., I, B et II. Ces auteurs critiquent la transposition en procédure civile de l'idée civiliste de représentation mutuelle des codébiteurs solidaires et la confusion entre l'autorité de la chose jugée et la recevabilité de la tierce opposition.

juge consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'avait déjà souligné Christian Mouly¹⁸. Aussi conviendrait-il d'ouvrir la tierce opposition à toute caution, en rappelant que le créancier peut l'éviter en assignant la caution en même temps que le débiteur. Les décisions qui s'obstinent à juger irrecevable la tierce opposition de la caution reposent sur des fondements erronés et évoquent cette réflexion de Henri Lacordaire : "Un homme dont l'intelligence a longtemps envisagé l'erreur et vu les choses sous un point de vue faux ne peut changer subitement d'horizon. Il tourne malgré lui les yeux vers la région qu'il abandonne"¹⁹.

N. R.

II. Sûretés réelles

Crédit-bail – Résiliation du contrat – Fin du mandat donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur pour l'exercice de l'action en garantie contre le fournisseur – Irrecevabilité de l'action du crédit-preneur en résolution de la vente

Cass. com., 11 juillet 2006, n° 956 FS-P+B+I+R, Madame X c/ SARL Sorofic

En l'absence de stipulation contraire, une cour d'appel a exactement retenu que la résiliation du contrat de crédit-bail a mis fin au mandat donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur pour l'exercice de l'action en garantie contre le fournisseur.

Les divergences entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ne sont pas rares en matière de droit du crédit. Une chambre mixte avait ainsi dû trancher en 1990 la controverse quant à l'incidence de l'anéantissement de la vente du matériel sur le contrat de crédit-bail²⁰. Il avait été jugé que "la résolution de la vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation". Des arrêts ultérieurs de la chambre commer-

ciale avaient précisé que le crédit-preneur obtenant la résiliation du crédit-bail en conséquence de la résolution de la vente était dispensé du paiement des loyers à compter du jour de sa demande judiciaire en résolution de la vente²¹, sous réserve du jeu d'une clause maintenant l'obligation de paiement des loyers durant l'instance en résolution²². Mais un nouveau désaccord est apparu entre les deux chambres de la Haute juridiction, au sujet de l'incidence de la résiliation du contrat de crédit-bail pour défaut de paiement des loyers sur le mandat consenti par le crédit-bailleur au crédit-preneur pour l'exercice des recours contre le fournisseur du matériel en cas de non-conformité ou de vice caché. En effet, si le crédit-bailleur dispose seul, en principe, des droits de l'acheteur à l'encontre du fournisseur du matériel, les contrats de crédit-bail stipulent usuellement un mandat conférant au crédit-preneur le droit d'exercer contre le fournisseur les droits et actions nés de la vente²³, qui constitue la contrepartie de la renonciation du crédit-preneur à la garantie légale du bailleur²⁴. La question est de savoir si ce mandat peut survivre à la résiliation du crédit-bail pour défaut de paiement des loyers par le crédit-preneur. La première chambre civile avait répondu par la négative dans un arrêt du 23 juin 1992²⁵, qui avait affirmé que la résiliation du contrat de crédit-bail, dont une clause conférait un mandat au crédit-preneur, avait mis fin audit mandat, sans que soit nécessaire une révocation expresse de celui-ci par le mandant. Mais, de son côté, dans des arrêts du 8 décembre 1992²⁶, la chambre commerciale avait affirmé, au visa des articles 1134 et 1184 du Code civil, que "dans un contrat de crédit-bail, le mandat consenti au créancier-preneur par le crédit-bailleur pour l'exercice des recours contre le fournisseur a pour contrepartie la renonciation du preneur au bénéfice de la garantie du bailleur; qu'il est, dès lors, soumis aux mêmes conditions de déchéance que l'aurait été le droit de mettre en jeu cette garantie, sauf stipulation conventionnelle la faisant renaître en contrepartie de la caducité du mandat" et que "le crédit-preneur a mandat du crédit-bailleur pour exercer les recours contre le fournisseur, et ce, même après la résiliation du crédit-bail"²⁷. Cette solution, favorable au crédit-preneur, pouvait prêter à discussion²⁸. Aussi convient-il de signaler un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 juillet 2006²⁹, qui opère un véritable revirement de jurisprudence.

18. Note sous Cass. com., 17 mars 1992 au JCP 1994, II, 22317, spéc. III; adde P. Crocq, obs. sur Cass. com., 1^{er} juin 1999 à la RTD civ. 1999, p. 883, estimant que la caution ne devrait pas être privée de la possibilité de faire valoir en justice un argument qui n'a pas été présenté au juge lors de l'instance précédente, même s'il s'agit d'une exception inhérente à la dette, et F. Jacob, obs. sur le même arrêt, Banque & Droit septembre-octobre 1999, p. 48.

19. *Lettres du révérend père Lacordaire recueillies par H. Perreye*, 1865, chap. XII, cité par E. Netter, "Le porte-fort d'exécution," mémoire de recherche, master 2 droit bancaire et financier, Université Robert Schuman, septembre 2006, n° 65.

20. Cass. ch. mixte, Bull. civ., n° 2 et 3; D. 1991, p. 121, note Ch. Larroumet; JCP E 1991, II, 111, note D. Legeais; RTDcom. 1991, p. 440, obs. B. Bouloc.

21. Cass. com., 12 octobre 1993, Bull. civ. IV, n° 327.

22. Cass. com., 21 mars 1995, Bull. civ. IV, n° 94.

23. Sur les clauses écartant l'obligation de garantie du bailleur et transmettant au crédit-preneur le droit d'exercer les actions en garantie contre le fournisseur du matériel, V. notamment Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 6^e éd., 2005, n° 543, 2; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 821; Lamy Droit du financement 2006, sous la direction de J. Devèze,

n° 3455; sur les diverses analyses du transfert de garantie (mandat, cession de créance...), V. M. Harichaux-Ramu, *Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier*, RTDcom. 1978, p. 208 et surtout R.-N. Schütz, *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail (la théorie générale des obligations à l'épreuve d'un groupe de contrats)*, PUF, 1994, préf. Ph. Rémy, n° 172 et s.

24. V. Cass. com., 24 mai 1994, *Contrats, conc., consom.*, 1994, n° 192, note L. Leveneur, jugeant que la renonciation du crédit-preneur à la garantie légale du bailleur peut être déduite des clauses de transfert des droits et actions en garantie contre le fournisseur.

25. Bull. civ. I, n° 196.

26. Cass. com., 8 décembre 1992, deux arrêts, Bull. civ. IV, n° 396 et n° 397; JCP E, 1993, II, 435, note D. Legeais; JCP 1993, II, 22045, note M. Behar-Touchais; dans le même sens, Cass. com., 15 décembre 1998, RJDA 1999, n° 215.

27. Cass. com., 8 décembre 1992, 2^e espèce, préc.

28. V. M. Behar-Touchais, note préc., II, B; comp. Th. Bonneau, *op. cit.*, loc. cit.; D. Legeais, note préc. sous Cass. com., 8 décembre 1992, II, estimant que la chambre commerciale reconnaissait une spécificité au mandat donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur.

29. D. 2006, AJ, p. 2095, obs. X. Delpech.

En l'occurrence, le 16 novembre 2000, un crédit-preneur a assigné, d'une part, le fournisseur du matériel financé en résolution de la vente et en paiement de dommages et intérêts et, d'autre part, le crédit-bailleur en résiliation consécutive du contrat de crédit-bail. Puis, le 13 février 2001, une ordonnance de référé a constaté la résiliation du contrat de crédit-bail pour défaut de paiement des loyers, avec effet au 17 octobre 2000 (sans doute par le jeu d'une clause résolutoire de plein droit, usuelle en la matière, prévoyant la résiliation en cas de défaut de paiement à l'échéance d'un seul loyer). La cour d'appel de Montpellier a rejeté l'action en résolution des contrats de crédit-bail et de vente et a condamné le crédit-preneur au paiement de différentes sommes, à son crédit-bailleur et au liquidateur du fournisseur. Plus précisément, les juges du fond ont déclaré irrecevable l'action du crédit-preneur en résolution de la vente au motif que la transmission qui lui avait été faite du droit appartenant au bailleur d'exercer l'action en garantie des vices cachés ne pouvait perdurer au-delà de la date de résiliation du contrat de crédit-bail, intervenue le 17 octobre 2000. Le pourvoi formé par le crédit-preneur contre cet arrêt se plaçait dans le sillage des arrêts de la chambre commerciale du 8 décembre 1992. Il faisait grief aux juges du fond d'avoir violé les articles 1134 et 1184 du Code civil, en faisant valoir que, dans un contrat de crédit-bail, le mandat consenti au crédit-preneur par le crédit-bailleur pour l'exercice des recours contre le fournisseur a pour contrepartie la renonciation du preneur au bénéfice de la garantie du bailleur et qu'il est dès lors soumis aux mêmes conditions de déchéance que l'aurait été le droit de mettre en jeu cette garantie, sauf stipulation conventionnelle la faisant renaître en contrepartie de la caducité du mandat. Mais la chambre commerciale rejette le pourvoi en affirmant qu'*"en l'absence de stipulation contraire, une cour d'appel a exactement retenu que la résiliation du contrat de crédit-bail a mis fin au mandat donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur pour l'exercice de l'action en garantie contre le fournisseur"*.

30. Même la résiliation judiciaire d'un contrat à exécution successive peut produire un effet rétroactif car la Cour de cassation juge que cette résiliation opère à compter du jour où le contrat n'a pas été régulièrement exécuté (V. Cass. 3^e civ., 30 avril 2003, Bull. civ. III, n^o 87; adde sur l'effet rétroactif de la résiliation judiciaire des contrats synallagmatiques à exécution successive, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n^o 881).

31. En faveur de cette spécificité, V. D. Legeais, note préc. sous Cass. com., 8 décembre 1992, spéc. I. La Cour de cassation reconnaît du reste la spécificité de certaines clauses insérées dans un contrat de crédit-bail (V. notamment, en ce qui concerne la promesse unilatérale de vente stipulée dans un contrat de crédit-bail immobilier, Cass. 3^e civ., 3 novembre 1981, Bull. civ. III, n^o 173, jugeant qu'une telle opération échappe par essence aux dispositions de l'article 1840 A du Code général des impôts; adde sur la spécificité des stipulations qui s'enchevêtrent dans un contrat de crédit-bail, N. Rontchevsky, *L'effet de l'obligation*, Economica, 1998, préf. A. Ghozi, n^o 573-591; rapp. Cass. ass. plén., 24 février 2006, Bull. civ., n^o 1; D. 2006, p. 2076, note Ch. Jamin, jugeant que l'article 1840 A du Code général des impôts (désormais art. 1589-2 C. civ.) n'est pas applicable à une promesse unilatérale de vente incluse dans une transaction conclue sous seing privé, qui est *"une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants, dont la promesse de vente n'est qu'un élément"*.

32. Rares sont les clauses qui ne sont pas affectées par l'inefficacité de la convention dans laquelle elles figurent (V. cependant Cass. 2^e civ.,

Cette solution, qui est à la croisée du droit des obligations, du droit processuel et du droit du crédit, doit être approuvée et appelle trois observations.

1^o) La chambre commerciale considère implicitement mais nécessairement que la résiliation du contrat de crédit-bail pour défaut de paiement des loyers est intervenue le 17 octobre 2000 (et non à la date de l'ordonnance de référé du 13 février 2001 qui n'a pas prononcé la résiliation mais n'a fait que la constater, conformément à ce que prévoient habituellement les clauses résolutoires³⁰). Ainsi, la résiliation du contrat de crédit-bail était déjà acquise lorsque, le 16 novembre 2000, le crédit-preneur a assigné le fournisseur en résolution de la vente et le crédit-preneur en résiliation consécutive du crédit-bail. Or, la chambre commerciale affirme que le mandat donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur pour l'exercice de l'action en garantie contre le fournisseur ne survit pas à la résiliation du contrat de crédit-bail. Il en résulte qu'à la date de sa demande en résolution de la vente, le crédit-preneur n'avait plus *qualité* pour exercer cette action. La chambre commerciale renonce ainsi à conférer une nature spécifique³¹, et autonome³², au mandat consenti par le crédit-bailleur au crédit-preneur. Cette solution est sans doute conforme à l'esprit des rédacteurs des contrats de crédit-bail qui considèrent qu'il s'agit d'un mandat ordinaire³³. La chambre commerciale réserve cependant la stipulation d'une clause contraire, prévoyant la survie du mandat donné au crédit-preneur en cas de résiliation du crédit-bail³⁴, qui sera sans doute rare en pratique. En outre, l'efficacité d'une telle clause, qui donnerait au crédit-preneur *qualité* à agir, n'est pas certaine car il était souligné que le crédit-preneur n'a plus véritablement *intérêt* à agir en résolution de la vente du matériel passée entre le fournisseur et le crédit-bailleur lorsque le contrat de crédit-bail a déjà été résilié antérieurement³⁵. Ainsi, lorsque le bien objet du contrat de crédit-bail n'est pas conforme ou comporte un vice, le crédit-preneur ne peut pas invoquer l'exception d'inexécution contre le crédit-bailleur pour cesser de payer les loyers avant d'engager son action en résolution de la vente et en résiliation consécutive du crédit-bail³⁶.

4 avril 2002, Bull. civ. II, n^o 68 et Cass. com., 9 avril 2002, Bull. civ. IV, n^o 69, consacrant l'autonomie juridique de la clause compromissoire, qui exclut, sauf convention contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de la convention principale dans laquelle elle s'insère).

33. V. D. Legeais, note préc. sous Cass. com., 8 décembre 1992, I, A, n^o 5.

34. V. sur ce point X. Delpech, obs. préc., p. 2096, qui souligne que la nouvelle solution est *"symétriquement inverse"* de celle retenue par les arrêts de la chambre commerciale du 8 décembre 1992.

35. V. en ce sens M. Behar-Touchais, note préc., n^o 11, qui estime que la résolution de la vente du matériel ne peut justifier a posteriori le défaut de paiement des loyers antérieurs; sur l'appréciation de l'intérêt et de la qualité à agir, V. Cass. 2^e civ., 13 février 2003, Bull. civ. II, n^o 34, jugeant que selon l'article 31 du NCPC, l'intérêt au succès ou au rejet d'une prétention s'apprécie au jour de l'introduction de la demande en justice; Cass. com., 6 décembre 2005, Bull. civ. IV, n^o 245, jugeant au visa des articles 31 et 122 du NCPC que l'existence du droit d'agir en justice s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance et ne peut être remise en cause par l'effet de circonstances postérieures; adde *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2005-2006, sous la direction de S. Guinchard, n^o 101.30, soulignant que l'intérêt invoqué ne peut être pris en considération que s'il existe au moment où la demande est formée.

36. Rapp. Cass. com., 12 octobre 1993, préc.

2°) Le revirement opéré par la chambre commerciale, qui rapproche sa solution de celle retenue par la première chambre civile³⁷, témoigne de sa volonté d'éviter les divergences entre les chambres de la Haute juridiction³⁸. Il doit être rapproché à cet égard des arrêts récents concernant l'obligation de mise en garde du banquier³⁹.

37. V. sur ce point X. Delpach, obs. préc., p. 2096, qui estime qu'en envisageant la stipulation d'une clause prévoyant la survie du mandat en cas de résiliation du crédit-bail, la chambre commerciale ne s'aligne pas totalement sur la position de la première chambre civile.

38. "Nous veillons à éviter les divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour", Entretien avec Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, PA, 29 août 2006, p. 3.

39. Cass. com., 3 mai 2006, 3 arrêts, D. 2006, AJ, p. 1445, obs. X. Delpach; V. aussi l'un de ces arrêts, concernant la responsabilité du banquier à l'égard des cautions in Banque & Droit juillet-août 2006, p. 53, obs. N. R.; adde Cass. com., 20 juin 2006, JCP E 2006, 2271, note D.

3°) Si la résiliation du crédit-bail ne permet plus, en principe, au crédit-preneur d'agir en résolution de la vente à l'encontre du fournisseur du matériel, elle ne le prive pas de toute action contre celui-ci. Une action en responsabilité civile délictuelle (art. 1382 C. civ.) du crédit-preneur à l'encontre du fournisseur est envisageable si celui-ci lui a, par sa faute, causé un préjudice⁴⁰.

■
N. R.

Legeais (qui souligne que la chambre commerciale manifeste cette fois très clairement sa volonté d'aligner sa jurisprudence sur celle de la première chambre civile en matière de responsabilité des établissements de crédit à l'égard des "emprunteurs profanes").

40. V. en ce sens M. Behar-Touchais, note préc., n° 11. Rappelons cependant que la chambre commerciale estime qu'un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui (Cass. com., 5 avril 2005, Bull. civ. IV, n° 81; Contrats, conc., consom. 2005, n° 149, note L. Leveneur; RTDciv. 2005, p. 602, obs. P. Jourdain).

AVIS AUX LECTEURS Les articles publiés par la revue Banque & Droit n'expriment que le point de vue de leurs auteurs respectifs. Le contenu de ces articles n'engage pas la revue Banque ou la FBF qui n'entendent pas prendre position à leur égard.

COMITÉ DE RÉDACTION : **Thierry Bonneau**, Université Panthéon Assas (Paris II); **Gérard Gardella**, Société Générale; **Jean-Louis Guillot**, BNP Paribas; **Nicolas Molfessis**, Université Panthéon Assas (Paris II); **Hubert de Vauplane**, BNP Paribas.

BANQUE & DROIT *Une publication de la Revue Banque – 18 rue La Fayette, 75009 Paris.*

■ Fondateur : François de Juvigny. ■ Adresse Internet : www.revue-banque.fr – Fax : 01 48 24 12 97.

■ **DIRECTEUR DE LA PUBLICATION** Valérie Ohannessian.

■ **SECRETAIRE GENERAL** Joël Berger. ■ **REDACTION** Rédacteur en chef : Elisabeth Coulomb.

Secrétariat de rédaction : 1^{er} secrétaire de rédaction : Charlotte Poupon (01 48 00 54 16) ; Christine Hauvette (01 48 00 54 10).

■ **MAQUETTE** 1^{er} maquettiste : Emmanuel Gonzalez, Alexandra Démétriadis.

■ **COMITE DE LECTURE** MM. Thierry Bonneau, Alain Cerles, Gérard Gardella, Jean-Louis Guillot, Jean-Pierre Mattout, Michel Storck, Gérard Wissing.

■ **ABONNEMENTS** ABOCOM, 26 boulevard Paul Vaillant-Couturier 94851 Ivry-sur-Seine Cedex

Tél. : 01 49 60 06 61, Fax : 01 49 60 10 55, e-mail : revuebanque@abocom.fr

■ **ASSISTANTE ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE** Virginie Baillard (01 48 00 54 54).

■ **PUBLICITE GENERALE** Isabelle Conroux (01 48 00 54 20)

CPPAP – N° 0609 T 84972, Imprimé à Pulnoy (54) par SPEI, Dépôt légal 4^e trimestre 2006.

La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans Banque & Droit, sans accord écrit de la Société Revue Banque Sarl, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.