

CHRONIQUE

DROIT DES SÛRETÉS



NICOLAS RONTCHEVSKY

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

Cautionnement – Acte notarié – Appréciation de la validité de l'engagement – Compétence du juge de l'exécution (oui).

Cass. 2^e civ., 18 juin 2009, n^o 1048 SS-T+B+R+I, X c/ Banque populaire du Sud

« En vertu de l'article L. 311-12-1, devenu L. 213-6, alinéa 1 du Code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit, à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. »

« Une cour d'appel a violé ce texte en rejetant la demande de mainlevée d'une saisie-attribution pratiquée en vertu d'un acte notarié au motif que le juge de l'exécution ne pouvait se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié exécutoire invoquée pour absence prétendue de l'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation. »

Le cautionnement donné par acte notarié présente l'avantage appréciable, du point de vue du créancier, de constituer un titre exécutoire qui lui permet de procéder directement à des mesures d'exécution forcée à l'encontre de la caution sans qu'il soit nécessaire pour lui d'obtenir au préalable une décision de justice. La caution qui est poursuivie en vertu d'un engagement notarié peut cependant contester la validité de celui-ci et il s'agit alors de savoir quelle est la juridiction compétente pour se prononcer sur cette question. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 18 juin 2009¹ affirme pour la première fois que le juge de l'exécution, lorsqu'il est saisi de contestations relatives à des mesures d'exécution engagées en vertu d'un acte notarié exécutoire, a compétence pour se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant de cet acte.



FRANÇOIS JACOB

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

En l'occurrence, une banque a pratiqué en vertu d'un acte de cautionnement notarié une saisie-attribution à l'encontre d'une caution qui a saisi un juge de l'exécution d'une demande de mainlevée de la mesure en invoquant la nullité de son engagement. La cour d'appel de Nîmes a rejeté cette demande au motif que le juge de l'exécution ne pouvait pas se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié exécutoire qui était invoquée pour une absence prétendue de l'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation. Cette décision est censurée par la deuxième chambre civile qui, au visa de l'article L. 311-12-1, devenu L. 213-6 alinéa 1 du Code de l'organisation judiciaire, énonce que « le juge de l'exécution connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit, à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire », de sorte qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Ce disant, la deuxième chambre civile retient une solution contraire à un avis rendu le 16 juin 1995². À propos d'une contestation portant sur un engagement de caution notarié, la Haute juridiction avait exprimé l'opinion selon laquelle le juge de l'exécution « n'a pas compétence pour connaître des demandes tendant à remettre en cause le titre dans son principe ou la validité des droits et obligations qu'il constate » et qu'en conséquence, il ne pouvait pas se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié exécutoire. En d'autres termes, cette question relevait de la compétence du juge du fond et non de celle du juge de l'exécution. Cette conception restrictive de la compétence du juge de l'exécution avait été critiquée³ et elle semblait avoir été remise en cause par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassa-

1. D. 2009, A.J., p. 1768, obs. V. Avena-Robardet.

2. Bull. civ., avis, n^o 9; RTD civ. 1995, p. 691, obs. R. Perrot.

3. R. Perrot, obs. préc.

tion du 25 mars 1998⁴ qui avait laissé entendre que le juge du second degré, statuant en appel de la décision d'un juge de l'exécution, aurait dû examiner la contestation de cautions portant sur la validité de l'acte notarié en vertu duquel elles étaient poursuivies. La portée de cette dernière décision pouvait cependant prêter à discussion, dans la mesure où la deuxième chambre civile ne s'était pas prononcée directement sur la question de l'étendue des pouvoirs du juge de l'exécution⁵.

L'arrêt rapporté a le mérite de clarifier la question en admettant que le juge de l'exécution est compétent pour se prononcer sur la validité des engagements qui sont constatés dans un acte notarié exécutoire. La solution est fondée sur les dispositions de l'article L. 213-6 alinéa 1 du Code de l'organisation judiciaire qui permettent au juge de l'exécution de connaître des contestations qui portent sur le « fond du droit » lorsqu'elles doivent être tranchées pour statuer sur la régularité ou la validité de la mesure d'exécution contestée. La compétence reconnue au juge de l'exécution pour se prononcer sur la validité de l'engagement résultant d'un acte notarié exécutoire est d'autant plus justifiée qu'il s'agit d'un titre qui ne peut pas être assimilé à un jugement car « le vernis exécutoire dissimule tout bonnement un contrat »⁶. À la différence d'une décision de justice, qui tranche des contestations, ordonne et ne peut pas être remise en cause devant le juge de l'exécution (cf. art. 8 D. n° 92-755 du 31 juillet 1992 : « le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites, ni en suspendre l'exécution »), l'acte notarié se borne à authentifier les engagements résultant de la volonté exclusive des parties, sans préjuger de leur validité et de leur étendue⁷. Les contestations portant sur ces points ne remettent pas en cause le titre exécutoire lui-même et doivent en conséquence pouvoir être tranchées par le juge de l'exécution. En revanche, l'inscription de faux, qui met en cause le titre exécutoire et l'autorité du notaire et fait l'objet d'une procédure spécifique devant le tribunal de grande instance (cf. art. 303-316 C. proc. civile), ne saurait relever de la compétence du juge de l'exécution⁸.

En opportunité, la compétence reconnue au juge de l'exécution pour trancher des difficultés portant sur la validité ou la portée des engagements constatés dans un acte notarié exécutoire pourrait favoriser une « contestation systématique » par le débiteur poursuivi⁹. Mais elle présente l'avantage de réaliser une centralisation du contentieux qui supprime le risque de questions préjudicielles renvoyées à une autre juridiction et fait ainsi échec à d'éventuelles manœuvres dilatoires. Cette solution devrait ainsi renforcer en définitive, nous semble-t-il, l'efficacité du cautionnement donné par acte notarié.

Cautionnement – Débiteur ayant la qualité d'entrepreneur individuel – Manquement à l'obligation d'information prévue à l'art. L. 313-21 Comofi – Sanction demandée par la caution.

Cass. com., 12 juin 2009, n° 519 FS-P+B, M. Serge M. c/ Mme Jacqueline R.

« La caution ne peut se prévaloir de la sanction prévue en cas de non-respect des formalités édictées par l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier, sanction qui ne s'applique que dans les relations entre la banque et l'entrepreneur individuel. »

L'entrepreneur individuel exploite son entreprise en son nom personnel, sans être protégé par l'écran que peuvent constituer une société et sa personnalité morale entre un entrepreneur et ses créanciers : il n'y a de fait aucune séparation entre le patrimoine de l'entreprise et celui de l'entrepreneur individuel lui-même. Pourtant, un certain nombre de protections ont été voulues par le législateur.

Ainsi, on sait que par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil la possibilité est offerte à l'entrepreneur individuel de rendre sa résidence principale insaisissable¹⁰.

Par ailleurs, on sait que l'établissement financier prêteur qui attend de l'entrepreneur individuel qu'il lui fournisse des garanties doit l'informer par écrit de la possibilité d'affecter prioritairement en garantie ses biens professionnels.

Très exactement, ce que la loi prévoit à cet égard, à l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier, est que, « à l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et indiquer, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir ».

À cela, un alinéa 2 ajoute, d'une part, que « à défaut de réponse de l'entrepreneur individuel dans un délai de quinze jours ou en cas de refus par l'établissement de crédit de la garantie proposée par l'entrepreneur individuel, l'établissement de crédit fait connaître à ce dernier le montant chiffré des garanties qu'il souhaite prendre sur les biens non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou auprès de tout autre garant » et, d'autre part, que « en cas de désaccord de l'entrepreneur, l'établissement de crédit peut renoncer à consentir le concours financier sans que sa responsabilité puisse être mise en cause ». Ainsi que le relève un auteur, l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier n'est donc générateur d'aucune obligation quant aux garanties à mettre en place : « une fois l'information donnée les parties retrouvent leur entière liberté pour constituer les garanties qui leur paraissent idoines », de même que l'établissement

4. Bull. civ. I, n° 102 ; Procédures 1998, n° 111, note R. Perrot.

5. R. Perrot, note préc., qui souligne que la Cour de cassation avait accueilli le moyen en se plaçant sur le terrain de la recevabilité des demandes nouvelles en appel.

6. Cf. R. Perrot, obs. préc., p. 694, in fine.

7. Cf. R. Perrot et Ph. Théry, « Procédures civiles d'exécution », Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 233.

8. Cf. R. Perrot et Ph. Théry, ibid.

9. Cf. V. Avena-Robardet, obs. préc.

10. V. C. com., art. L. 526-1 qui n'exige pour cela qu'une simple déclaration publiée au bureau des hypothèques.

financier garde la liberté de ne finalement pas consentir à la demande de crédit si les garanties proposées lui paraissent insuffisantes¹¹.

Toutefois, une sanction est bel et bien prévue pour le cas où l'établissement financier ne délivrerait pas l'information requise. Il est en effet posé à l'alinéa 3 de l'article L. 313-21 que « l'établissement de crédit qui n'a pas respecté les formalités prévues aux premier et deuxième alinéas ne peut dans ses relations avec l'entrepreneur individuel se prévaloir des garanties qu'il aurait prises ». Et c'est cela qui fait difficulté. La formule de cet alinéa 3 est en effet singulière¹², qui renvoie à la seule relation de l'établissement financier avec l'entrepreneur individuel alors qu'aux termes de l'alinéa 1 le créancier qui doit l'information est aussi celui qui demande une sûreté personnelle. Une discussion est donc née, portant sur le point de savoir si la caution qui a pu s'engager à garantir les concours consentis par le premier doit être considérée comme privée de toute possibilité d'invoquer l'éventuel défaut d'information.

Certaines juridictions n'ont pas voulu l'admettre. Estimant dans un arrêt rendu le 31 janvier 2007 que le manquement à l'obligation d'information de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier constitue une exception « inhérente à la dette », la cour d'appel de Metz a ainsi considéré que la caution doit pouvoir s'en prévaloir¹³. Cette solution avait du reste été recommandée par une partie de la doctrine qui, au moment où le commentaire en était fait, en avait appelé à l'esprit de la loi et avait souligné que la caution est souvent un proche de l'entrepreneur individuel et que l'absence de sanction dans le cas du cautionnement réduirait considérablement la portée des prescriptions en cause¹⁴.

D'autres juges pourtant, préférant s'en tenir à une application stricte de la lettre de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier, ont au contraire retenu, à propos des manquements à l'obligation que pose le texte, la qualification d'exception personnelle au débiteur, de façon à en refuser le bénéfice à la caution. Les juges de la Cour d'appel d'Amiens sont de ceux-là, qui ont rendu un arrêt en ce sens le 15 novembre 2007¹⁵.

Aujourd'hui, cet arrêt est confirmé par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Celle-ci, sans toutefois faire référence à la qualification d'exception personnelle au débiteur¹⁶, vient en effet de poser, dans une décision rendue le 3 juin 2009 sur pourvoi contre l'arrêt d'Amiens, que « la sanction prévue en cas de non-

respect des formalités édictées par l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier ne s'applique que dans les relations entre la banque et l'entrepreneur individuel » et que la Cour d'appel d'Amiens « en a exactement déduit que la caution ne pouvait s'en prévaloir ». On ne saurait être plus clair.

Cependant, on se gardera de voir dans la position ici adoptée en encouragement à la désinvolture : le mieux pour les établissements financiers reste de satisfaire scrupuleusement et dans tous les cas à l'obligation d'information de l'article L. 313-21, pour deux raisons au moins.

D'abord parce que l'interprétation ici retenue par la chambre commerciale peut être regardée comme étroitement littérale, de sorte qu'il n'est pas impossible qu'elle soit contredite bientôt.

Ensuite parce que, dans la situation envisagée où l'établissement financier aura manqué à son obligation d'information, la sanction prévue par l'article L. 313-21 pourra tout de même jouer s'agissant des garanties que le débiteur avait lui-même éventuellement consenties, de sorte que la caution se retrouvera a priori en situation d'obtenir une décharge en application de l'article 2314 du Code civil¹⁷. En effet – sauf à considérer que, bien que le créancier ne puisse plus se prévaloir de ces garanties (dans sa propre relation avec l'entrepreneur individuel), la caution, elle, le pourrait –, aucune subrogation dans le bénéfice de ces garanties ne devrait plus alors être possible, et ce en raison de la faute du créancier.

F. J.

Aval – Garantie du paiement d'un titre cambiaire – Obligation d'information annuelle de la caution (non).

Cass. com., 16 juin 2009, n° 595 F-P+B, X c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuelle de la Touraine et du Poitou

« L'aval qui garantit le paiement d'un titre cambiaire ne constitue pas le cautionnement d'un concours financier accordé par un établissement de crédit à une entreprise, de telle sorte que l'avaliste, ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier relatif à l'obligation d'information de la caution. »

Le champ d'application de l'obligation d'information annuelle des cautions prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier a suscité une jurisprudence abondante¹⁸. S'agissant des cautionnements visés, la doctrine considèrerait que l'obligation d'information s'appliquerait à l'aval, qui est une variété de cautionnement solidaire¹⁹. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 2007 semblait du reste avoir admis que l'obligation d'information était due à

11. Ph. Simler, « Cautionnement, Garantie autonome, Garanties indemnitaires », Litec, 4^e éd., 2008, n° 437.

12. V. Ph. Simler, *loc. cit.*, qui le relève.

13. JCP G 2007, I, 212, obs. Ph. Simler.

14. V. M. Cabrillac et B. Teyssié, RTD. com. 1994, p. 329.

15. V. RD bancaire et fin. mars-avril 2008, n° 43, obs. D. Legeais.

16. Elle n'y était pas obligée il est vrai. Mais on a presque envie d'y voir un signe que la Cour de cassation n'est peut-être finalement pas pressée de consolider la notion d'exception « personnelle » dans ce rôle de critère d'identification des exceptions inopposables par la caution qu'on a voulu lui faire jouer dans l'arrêt très critiqué rendu le 8 juin 2007 à propos du dol dont le débiteur peut être victime (sur cet arrêt, v. notamment D. 2007, p. 2201, note D. Houtcieff; JCP G 2007, II, 10138, obs. Ph. Simler; Droit et proc. 2007, p. 295, note Y. Picod; RLDC septembre 2007, p. 25, note L. Aynès; Banque et droit juillet-août 2007, p. 48, obs. F. Jacob).

17. V. Ph. Simler, *loc. cit.*

18. Cf. notamment Ph. Simler, « Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires », Litec, 4^e éd. 2008, n° 419 et s.).

19. Cf. en ce sens, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 107 et 423.

l'avaliste²⁰. Mais un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 juin 2009²¹ vient de se prononcer très clairement en sens contraire.

En l'occurrence, le dirigeant d'une société s'est rendu caution solidaire d'une société qui bénéficiait de deux conventions de crédit accordées par une banque et a avalisé deux billets à ordre souscrits par la même société en faveur de la banque. La banque ayant assigné en paiement le dirigeant en sa double qualité de caution et d'avaliste, celui-ci a fait valoir que les établissements bancaires étaient tenus envers les avalistes des obligations prévues à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. La cour d'appel de Poitiers a écarté l'application de ce texte au motif que le dirigeant était avaliste.

La chambre commerciale rejette le pourvoi formé à l'encontre de cette décision en jugeant que « l'aval qui garantit le paiement d'un titre cambiaire ne constitue pas le cautionnement d'un concours financier accordé par un établissement de crédit à une entreprise ; que la cour d'appel en a exactement déduit que M. X, en sa qualité d'avaliste, ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier relatif à l'obligation d'information de la caution ».

Si diverses considérations peuvent justifier l'exclusion du jeu de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier au profit de l'avaliste²², la motivation de l'arrêt rapporté met très nettement l'accent sur la spécificité de l'aval, qui a pour objet de garantir le paiement à l'échéance du montant d'un titre cambiaire, et plus précisément d'un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre ou chèque), à son porteur en cas de défaillance du débiteur principal. En vertu de son caractère cambiaire, l'obligation de l'avaliste est abstraite, autrement dit indépendante du rapport fondamental qui en est la cause²³, ce qu'exprime l'inopposabilité des exceptions dans les relations entre le porteur de l'effet et l'avaliste (cf. notamment art. L. 511-21, al. 8 C. com. : l'engagement du donneur d'aval « est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme »). L'aval est ainsi détaché de l'obligation fondamentale, ce qui suffit à justifier l'exclusion de l'article L. 313-22 du Code monétaire financier, dont le périmètre est défini par des critères prenant en considération la nature de la dette garantie par la caution (un concours financier accordé par un établissement de crédit à une entreprise), et sans doute aussi d'autres obligations légales d'information de la caution²⁴.

Enfin, même si l'arrêt rapporté ne prend pas position sur ce point, il pourrait relancer la controverse sur le point de savoir si, plus généralement, la spécificité de l'obligation

de l'avaliste, qui apparaît incompatible avec le caractère accessoire du cautionnement, ne devrait pas conduire à remettre en cause la qualification traditionnelle de l'aval dont la forte parenté avec les garanties non accessoires a été soulignée²⁵.

N. R.

Cautionnement – Liquidation judiciaire du débiteur – Clôture de la procédure pour insuffisance d'actif – Recours de la caution solvens.

Cass. com., 12 mai 2009, n° 463 FS-P+B+I+R, M. D. X. c/ Société Interfimo

« Après le jugement de clôture pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance. »

Bien que choquant sans doute, ne serait-ce que du point de vue symbolique, le principe est, depuis la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, que les créanciers d'un débiteur (personne physique) ayant fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire perdent à jamais le droit de le poursuivre même lorsque la valeur de l'actif qui était à réaliser s'est révélée insuffisante pour que ces créanciers soient normalement payés (et bien que le débiteur personne physique survive à la liquidation²⁶).

Le principe, posé jusqu'à la loi de sauvegarde²⁷ à l'article L. 622-32 du Code de commerce et aujourd'hui à son article L. 643-11 I²⁸, connaît toutefois, depuis la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, une notable exception : la caution de ce débiteur – comme d'ailleurs son coobligé – conserve en effet pour sa part le droit de le poursuivre au-delà de la liquidation pour le remboursement de ce qu'elle a eu à payer pour lui²⁹.

Une question restait toutefois en suspens, celle de savoir si l'action ainsi permise à la caution après clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif est uniquement celle que lui ouvrent l'article 2305 du Code civil et son droit personnel au remboursement, ou si elle peut être aussi bien l'action subrogatoire envisagée par l'article 2306 du même Code, qui prévoit la possibilité pour la caution de se prévaloir de tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

Les deux solutions pouvaient être défendues.

Ainsi, certains avaient fait valoir que le recours après clôture pour insuffisance d'actif que la caution peut exercer par exception ne peut être que son recours personnel

20. Bull. civ. I, n° 65 : « Contrairement à ce que soutient le moyen, la cour d'appel n'a pas constaté que le [créancier] n'avait pas informé annuellement M. X du montant de son engagement d'avaliste, de manière distincte du montant de son engagement de caution ».

21. D. 2009, A.J., p. 1755, obs. X. Delpech.

22. Cf. X. Delpech, obs. préc.

23. Sur cette spécificité de l'obligation cambiaire, cf. notamment G. Ripert et R. Roblot, « Traité de droit commercial », T. 2, 17^e éd. par M. Germain et Ph. Delebecque, LGD, 2004, n° 1927. Les mêmes auteurs soulignent par ailleurs (n° 1913) que l'effet de commerce « se suffit à lui-même, et il n'est pas besoin, pour expliquer les obligations spécifiques qui en résultent, de rechercher quelle est l'opération juridique qui lui sert de cause ».

24. Cf. en ce sens, X. Delpech, obs. préc., à propos de l'obligation d'information prévue par l'article 47, II, alinéa 3 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994.

25. Sur une éventuelle remise en cause de la qualification de cautionnement de l'aval et ses conséquences, cf. Ph. Simler, op. cit., n° 108, c.

26. Si le débiteur est une personne morale, le jugement de liquidation judiciaire entraîne sa dissolution. V. par exemple F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, Instruments de crédit et de paiement, LGD, 7^e éd., 2006, n° 498.

27. Loi 2005-845 du 26 juillet 2005 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

28. « Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ».

29. Art. L. 643-11, II : « Toutefois, la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci ».

puisqu'elle ne peut donner au subrogé plus de droits qu'en avait le créancier dans les droits duquel la subrogation est envisageable, créancier qui, dans l'hypothèse qui nous intéresse, a précisément perdu le droit de poursuivre le débiteur³⁰.

Mais une opinion inverse existait qui s'appuie sur l'idée que le droit du créancier n'est pas éteint en l'occurrence, des auteurs expliquant que « seule est paralysée l'action correspondante... sauf exception au profit, précisément, de la caution »³¹.

Difficile de savoir si cette dernière analyse a complètement convaincu la chambre commerciale de la Cour de cassation, ou si elle s'est d'abord laissée guider par des considérations d'opportunité, mais le fait est qu'elle vient, dans un arrêt rendu le 12 mai 2009, rendu sous l'empire du droit antérieur à la loi de sauvegarde, de se rallier à la seconde solution.

En l'espèce, le pourvoi formé par le débiteur condamné en appel à rembourser certaines sommes à la caution insistait précisément sur le fait qu'en cas de clôture pour insuffisance d'actif la caution ne peut exercer qu'un recours personnel à l'encontre du débiteur, de sorte que – car une bonne part de l'enjeu était là – la caution doit avoir elle-même déclaré sa créance à la procédure collective clôturée (ce que généralement elle n'a pas fait) si elle veut pouvoir effectivement agir... puisqu'en effet, selon la jurisprudence, la créance de recours de la caution prend naissance à la date de son engagement³²... qui est normalement antérieur au jugement d'ouverture de la procédure.

À cela, la Cour de cassation répond clairement que « après le jugement de clôture pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance ». Au demeurant, il était déjà arrivé à des juges de l'admettre dans le passé³³.

Ainsi importe-t-il peu que la caution ait déclaré ou non à titre personnel si le créancier l'a fait : le recours post-clôture pour insuffisance d'actif ouvert exceptionnellement à cette caution est alors sauvegardé puisqu'il peut être subrogatoire. Et si le créancier n'a pas déclaré il ne peut, en l'état du droit antérieur à la loi de sauvegarde, poursuivre la caution. La question de son recours alors ne se pose pas.

Avec la loi de sauvegarde les perspectives offertes à la caution sont en théorie meilleures encore. La caution ne peut certes opposer au créancier son éventuel défaut de déclaration³⁴. Mais s'il a déclaré, la cau-

tion pourra, après clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif, exercer non seulement un recours subrogatoire, conformément à la solution retenue par l'arrêt étudié, mais aussi normalement un recours personnel qu'on ne pourra plus lui refuser au prétexte qu'elle n'a pas elle-même déclaré. En effet, le défaut de déclaration n'est plus une cause d'extinction de la créance mais d'inopposabilité de celle-ci à la procédure tant qu'elle est en cours³⁵. Cette inopposabilité, qui exclut tout paiement, voit sans doute ses effets se prolonger aujourd'hui au-delà de la procédure lorsqu'un plan a été adopté qui a été normalement exécuté³⁶. Mais le cas du plan normalement exécuté n'est pas celui de la liquidation judiciaire. Aussi bien, lorsque, comme dans le cas qui nous intéresse, une action reste spécialement ouverte bien que cette liquidation ait été clôturée pour insuffisance d'actif, il y a tout lieu de penser qu'elle doit pouvoir être exercée même pour une créance non déclarée.

De fait, c'est normalement la voie du recours personnel que la caution devrait toujours préférer puisque ce recours lui permet de récupérer non seulement ce qu'elle a payé mais aussi des intérêts, ses frais et même des dommages et intérêts³⁷. En pratique cependant, qu'il soit personnel ou subrogatoire, le recours de la caution a naturellement peu de chance d'aboutir compte tenu de l'état d'insolvabilité dans laquelle se trouve normalement, par hypothèse, le débiteur. ■

F. J.

30. En ce sens, en substance : N. Picod, obs. sous Cass. com., 3 février 2009 : Droit et procédures juillet-août 2009, p. 202 ; P.-M. Le Corre, « Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz action, 2008-2009, n° 712-95. Dans le même sens, v. Ph. Simler, « Cautionnement, Garantie autonome, Garanties indemnitaires », Litec, 4^e éd., 2008, n° 725.

31. F. Pérochon et R. Bonhomme, op. cit., n° 503.

32. V. notamment Cass. com., 16 juin 2004 : Act. proc. coll. 2004, n° 185, obs. D. Legeais ; Banque et droit septembre-octobre 2004, p. 76, obs. F. Jacob.

33. V. les deux arrêts d'appel cités par M. Simler, op. cit., n° 725, note 277.

34. V. C. com., art. L. 631-14, al. 6 : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 » et, en jurisprudence,

Cass. com., 16 oct. 2007 : RTD com., p. 335, obs. P. Crocq. Précisons toutefois que la caution, par application de l'article 2314 du Code civil et donc à condition qu'un préjudice existe, pourra éventuellement obtenir une décharge si le créancier, en s'abstenant de déclarer, a perdu un droit préférentiel.

35. V. C. com., art. L. 622-26 (relatif à la procédure de sauvegarde mais applicable également à la procédure de redressement judiciaire aux termes de l'art. L. 631-14, al. 1) : « À défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6 ».

36. V. C. com., art. L. 622-26, al. 2 : « Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus ».

37. V. C. civ., art. 2305 et, par exemple, Ph. Simler, op. cit., n° 579 s.