

# CHRONIQUE

## DROIT DES SÛRETÉS



**NICOLAS RONTCHEVSKY**

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



**FRANÇOIS JACOB**

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

### Cautionnement – Obligation de mise en garde du créancier – Manquement – Préjudice – Perte d'une chance de ne pas contracter.

Cass. com., 20 octobre 2009, n° 941 FS-P+B+I, Caisse de crédit mutuel Laval Trois Croix c/ Mme X.

« Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter. »

Après avoir mis à la charge des créanciers professionnels un devoir de mise en garde à l'égard des emprunteurs et des cautions non avertis<sup>1</sup>, la Cour de cassation s'attache à en préciser le régime. Un arrêt de la chambre commerciale du 20 octobre 2009<sup>2</sup> vient ainsi confirmer que le devoir de mise en garde relève de l'exécution du contrat et précise opportunément la nature du préjudice de la caution en cas de manquement de l'établissement de crédit à ce devoir.

En l'occurrence, un établissement de crédit a consenti un prêt en vue du financement de l'acquisition d'un fonds de commerce dont la mère de l'emprunteur s'est rendue caution. À la suite de la défaillance de l'emprunteur, la caution, assignée par la banque en exécution de son engagement, a invoqué un manquement de celle-ci à son obligation de mise en garde. La Cour d'appel d'Angers a condamné l'établissement de crédit à payer à la caution une indemnité égale au montant de la dette en retenant que le préjudice découlant du manquement de la banque à son devoir de mise en garde envers la caution consistait pour celle-ci à devoir faire face au remboursement du prêt

consenti à concurrence du montant de son engagement. Cette motivation est censurée par la chambre commerciale qui, au visa de l'article 1147 du Code civil, affirme que « le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter ».

Cette décision appelle deux séries d'observations relatives, d'une part, à la nature contractuelle de l'obligation de mise en garde et de la responsabilité civile de l'établissement de crédit et, d'autre part, à la nature du préjudice de la caution.

1°) Le visa de l'article 1147 du Code civil souligne très clairement que la chambre commerciale rattache l'obligation de mise en garde de l'établissement de crédit à l'exécution du contrat et met en jeu sa responsabilité civile contractuelle. La solution est surprenante car si le préjudice invoqué par la caution résulte de l'existence de son engagement, le cautionnement est un contrat unilatéral qui ne met pas à proprement parler d'obligation à la charge du créancier. En vérité, il serait préférable de viser un devoir de mise en garde qui s'attacherait au statut de l'établissement de crédit<sup>3</sup>.

2°) S'agissant de la réparation du préjudice subi par la caution du chef du manquement du créancier à son devoir de mise en garde, les décisions des juges du fond étaient jusqu'à présent très diverses, entre la libération totale de la caution et la fixation de dommages et intérêts, parfois sous la forme d'un pourcentage de la dette<sup>4</sup>. L'arrêt rapporté met ainsi en exergue que les juges du fond octroient souvent à la caution des dommages-intérêts égaux au montant de la dette, qui se compensent ainsi avec celle-ci

1. Cf. notamment Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 101 à 103; Banque & Droit juillet-août 2006, p. 53 (3<sup>e</sup> esp.), obs. N. R. et en dernier lieu Cass. com., 9 juillet 2009, J.C.P. E 2009, 1948, note D. Legeais, excluant le devoir de mise en garde en l'absence de risque de surendettement; adde L. Aynès et P. Crocq, « Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière », Defrénois, 4<sup>e</sup> éd. 2009, n° 297; Ph. Simler et Ph. Delebecque, « Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière », Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2009, n° 179.

2. JCP E 2009, 2050, note D. Legeais; D. 2009, A.J., p. 2607, obs. X. Delphe.

3. Comp. la jurisprudence relative à la responsabilité civile professionnelle des notaires qui est fondée sur l'article 1382 du Code civil en raison de la prédominance des devoirs légaux du notaire sur ses devoirs conventionnels (cf. notamment J.-L. Aubert, « La responsabilité civile des notaires », Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2002, n° 19 et s. et pour une illustration, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 juillet 2007, Bull. civ. I, n° 268; adde sur la notion d'obligation légale Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, « Droit civil, Les obligations », Defrénois, 4<sup>e</sup> éd. 2009, n° 780).

4. Cf. sur ce point les décisions citées par D. Legeais, note préc., 1.

et permettent à la caution d'être intégralement libérée. Aussi la Cour de cassation se devait-elle d'exercer sa mission d'unification de la jurisprudence en fixant la règle de droit en la matière.

L'arrêt rapporté clarifie la question en censurant le raisonnement des juges du fond et en énonçant que le préjudice résultant d'un manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde consiste en la perte d'une chance de ne pas contracter, autrement dit de ne pas s'obliger en qualité de caution, comme la haute juridiction l'avait du reste déjà jugé dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée par des cautions à l'encontre d'un commissaire aux comptes<sup>5</sup>. La portée de l'arrêt rapporté ne se limite pas cependant au cautionnement puisque son attendu de principe est rédigé en des termes généraux et a vocation à s'appliquer aussi bien à l'égard de la caution non avertie qu'à l'égard de l'emprunteur non averti en cas de manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde.

Quoi qu'il en soit, d'une manière générale, la jurisprudence admet que la perte d'une chance réelle et sérieuse, consistant en la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable, constitue un préjudice réparable<sup>6</sup>. La spécificité de ce préjudice a été soulignée par un éminent spécialiste du droit du crédit : « La perte de chance représente le dommage consistant dans l'aggravation d'une probabilité funeste ou la diminution d'une probabilité heureuse. Elle ne désigne donc qu'un préjudice de substitution auquel on recourt lorsque, convaincu de l'implication de la faute dans le dommage, on ne peut raisonnablement lui prêter, comme prolongement causal, qu'une incidence sur la probabilité qu'avait la victime de subir la frustration dont elle se plaint »<sup>7</sup>. Son application à la sanction du devoir de mise en garde de l'établissement de crédit est cohérente et judicieuse car si la caution non avertie avait été dûment mise en garde par l'établissement de crédit, il n'est pas certain qu'elle aurait accepté de souscrire la garantie, mais il n'est pas non plus certain qu'elle aurait renoncé à s'engager (par exemple en raison de ses relations avec l'emprunteur qui souhaitait bénéficier du crédit sollicité).

Ainsi, l'étendue de la réparation varie suivant l'importance de la chance perdue, qui est par nature aléatoire. À cet égard, les délicats problèmes de probabilité que peut poser la mise en œuvre de la notion sont résolus par la Cour de cassation en énonçant que si l'indemnité réparant la perte d'une chance ne peut avoir un caractère for-

faitaire<sup>8</sup>, l'évaluation faite par les juges du fond est souveraine, mais la réparation « doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »<sup>9</sup>.

La solution est ainsi plutôt favorable aux établissements de crédit, même si les juges du fond disposeront en pratique d'une très large liberté d'appréciation pour fixer le montant du préjudice réparable, de l'emprunteur ou de la caution non averti, au gré des circonstances de la cause<sup>10</sup>.

En opportunité, cette solution, qui atténue sensiblement les conséquences du devoir de mise en garde imposé aux établissements de crédit, devrait ne pas les dissuader de consentir des crédits dans une période particulièrement délicate pour l'économie.

N. R.

### **Cautionnement – Absorption de la société créancière – Garantie des dettes nées postérieurement à la fusion – Exigence d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante.**

Cass. com. 30 juin 2009, n° 646 F-D, X c/ Sté Barclays Bank Plc

« En cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution, qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante. »

On se souvient que deux arrêts très remarquables rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 novembre 2005<sup>11</sup> avaient pris position sur le sort du cautionnement en cas de fusion affectant la personne morale débitrice ou la personne morale créancière. S'agissant de l'absorption de la société débitrice, la chambre commerciale avait réaffirmé la solution traditionnelle selon laquelle l'engagement de la caution garantissait toutes les créances (et en l'espèce les créances de loyers) qui étaient nées avant que la société débitrice fasse l'objet d'une fusion-absorption, peu important que les créances soient devenues exigibles après cette opération. En revanche, l'autre décision du 8 novembre 2005, concernant l'incidence de la fusion-absorption de la société créancière, avait suscité des interrogations et des appréciations divergentes.

Selon une première lecture de l'arrêt, favorable aux créanciers, l'absorption de la société créancière serait devenue sans incidence sur le cautionnement dont elle

5. Cass. com., 24 septembre 2003, *Banque & Droit* novembre-décembre 2003, p. 50, obs. N. R., jugeant qu'en rejetant l'action en responsabilité dirigée par les cautions contre le commissaire aux comptes de la société débitrice au motif que les dirigeants auraient sollicité des crédits avec les garanties d'usage, quelles que soient les conclusions du commissaire aux comptes, et sans rechercher si les négligences de celui-ci, relevées par les premiers juges, n'avaient pas permis à la banque de croire à la solvabilité de la société débitrice et privé en conséquence la caution d'une chance de ne pas s'obliger, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

6. Cf. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 498; *adde* Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 242, qui considèrent qu'en la matière, la prudence est de mise « afin d'éviter que par le biais de cette théorie, les rêves ne soient indemnisés comme des réalités »; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, n° 701.

7. D. R. Martin, De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur, *Banque & Droit* novembre-décembre 1999, p. 3, spéc. II, B, p. 7, col. 2.

8. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juillet 2000, *RCA* 2000, n° 376.

9. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1998, *BCI*, n° 260; *adde* J.-Cl. *Civil*, art. 1382 à 1386, Fasc. 101 par S. Rétif, n° 42, qui souligne que la Cour de cassation veille à la prise en considération de l'aléa et casse systématiquement toutes les décisions des juges du fond qui indemnisent la totalité du gain espéré.

10. Cf. D. Legeais, *note préc.*, 2.

11. D. 2005, A.J., p. 2875, obs. A. Lienhard; *JCP* 2005, II, 10170, note D. Houtcicoff; D. 2006, *Panorama*, p. 2855, obs. P. Crocq; *RTD. com.* 2006, p. 145, obs. P. Le Cannu; *JCP* 2006, I, 131, n° 9, obs. Ph. Simler; *Banque & Droit* janvier-février 2006, obs. N. R.

bénéficiait, l'obligation de couverture de la caution étant maintenue de plein droit même pour les dettes nées postérieurement à l'opération<sup>12</sup>. Mais une autre lecture de l'arrêt conduisait à considérer que la solution retenue ne concernait que le cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, de sorte que la créance de loyers garantie par la caution étant née au moment de la conclusion du contrat, antérieurement à la fusion, l'obligation de couverture de la caution n'était pas en cause<sup>13</sup>.

Un arrêt de la chambre commerciale du 30 juin 2009<sup>14</sup> met fin au débat en retenant clairement la solution classique selon laquelle en cas de fusion-absorption de la société créancière, la caution ne peut pas être tenue des dettes nées postérieurement à l'opération en l'absence d'une manifestation expresse de volonté de sa part<sup>15</sup>.

En l'occurrence, aux termes de divers actes sous seing privé, une personne physique s'est rendue caution solidaire envers une banque d'un crédit consenti par celle-ci à une société, aux fins de financer partiellement l'acquisition d'un terrain à bâtir et l'exécution de travaux divers en vue d'un lotissement, et de la garantie d'achèvement des travaux incombant à la société en sa qualité de lotisseur. Après que la banque créancière ait été absorbée par une autre banque, celle-ci a assigné la caution en exécution de ses engagements, et notamment au titre de la garantie d'achèvement. La cour d'appel de Paris a accueilli la demande de la banque en retenant que la caution avait accepté de manière non équivoque la substitution de créancier, en approuvant et en signant, en sa qualité de gérant de la société, l'offre qui lui était faite par la banque, à sa demande, de proroger le crédit d'accompagnement lotisseur.

Cette décision est censurée par la chambre commerciale qui, au visa de l'article 2015 devenu l'article 2292 du Code civil, ensemble l'article L. 236-1 du Code de commerce, énonce « qu'en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante ». La Haute juridiction ajoute qu'en l'espèce, en se déterminant par des motifs « qui ne suffisent pas à caractériser une manifestation expresse de volonté de [la caution], pris en son nom personnel, de s'engager envers la banque pour les cautionnements délivrés au titre de la garantie d'achèvement VRD lotisseur, la cour d'appel, qui a constaté que la mise en jeu de la garantie était intervenue postérieurement à la fusion, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

12. Cf. notamment en ce sens P. Le Cannu, *obs. préc.*

13. Cf. notamment en ce sens D. Houtcief, *note préc.*, 2 ; Ph. Simler, *obs. préc.* et nos *obs. préc.*

14. D. 2009, A.J., p. 2163, *obs.* A. Lienhard ; RJD 2009, n° 967 ; *adde* P. Bouteiller, « La caution face au devoir de mise en garde du banquier et à la fusion du créancier », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2009, n° 2528 ; P. Mudet, « Le sort de la caution en cas de fusion de la société créancière : un revirement ? », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2009, n° 2529.

15. Cf. déjà, implicitement, Cass. com., 14 mai 2008, JCP 2008, I, 211, n° 7, *obs.* Ph. Simler ; R. D. *Bancaire et financier* 2008, n° 105, *obs.* A. Cerles.

Ce disant, la chambre commerciale affirme clairement que la caution ne garantit pas, en principe, les dettes nées après l'absorption de la société créancière par une autre société. Elle considère ainsi, à juste titre, qu'à l'instar de la personne du débiteur, la personne du créancier n'est pas indifférente à la caution.

La réserve d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante permet cependant à celle-ci de demander à la caution de réitérer son engagement<sup>16</sup>. Comme l'a souligné un fin spécialiste du droit bancaire, une autre solution peut consister à stipuler désormais dans les actes de cautionnement que la caution s'engage aussi au bénéfice de toute personne venant aux droits du créancier, notamment par voie de fusion-absorption<sup>17</sup>.

N. R.

### **Droit de rétention – Opposabilité aux tiers de bonne foi non débiteurs – Nature du droit de rétention.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2009, Société SEA c./ M. Z, pourvoi n° 08-10152, FS-P+B+I.

**Le droit de rétention « est un droit réel opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette, tiers dont la bonne foi ne peut faire dégénérer en abus l'exercice de ce droit ».**

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la première civile de la Cour de cassation le 24 septembre 2009 est de celles qui sont faciles à exposer. La Cour n'en rend pas moins un arrêt très démonstratif et qu'elle a tenu à signaler spécialement.

Une société Hecla achète à une société SEA trois camping-cars. Ces véhicules sont rapidement revendus à des particuliers. Ceux-ci en acquittent le prix à la livraison. Un droit de rétention est cependant exercé sur les certificats de conformité et autres documents administratifs des véhicules par la société SEA qui, pour sa part, n'a toujours pas été payée par Hecla. Les particuliers sous-acquéreurs exercent alors une action contre SEA, vendeur initial, afin que ces documents leurs soient délivrés.

Cette action, sans doute, ne pouvait être fondée sur une contestation des conditions d'existence du droit de rétention. D'abord le vendeur-rétenteur resté impayé avait bien une créance certaine, liquide et exigible (il est du reste souligné dans l'arrêt que c'est « légitimement » que la SEA pouvait prétendre au paiement des véhicules). Ensuite il tenait bel et bien cette chose dont on lui réclamait la délivrance. Il n'était d'ailleurs même pas nécessaire ici de recourir à une quelconque fiction pour l'admettre. Certes, l'on sait que le vendeur à crédit d'un véhicule qui souhaite bénéficier du gage que la loi lui offre (de même que le prêteur des deniers ayant permis l'acquisition au comptant) se voit reconnaître une pos-

16. Cf. Cass. com., 14 mai 2008, *préc.*, la caution s'étant engagée aux termes d'une lettre à maintenir son engagement dans l'éventualité d'une fusion absorption de la banque créancière par une autre banque.

17. Cf. en ce sens P. Bouteiller, *art. préc.* II, *in fine*.

session fictive<sup>18</sup> et par suite un droit de rétention fictif<sup>19</sup> sur le véhicule dès l'instant que sont accomplies les mesures de publicité liées à la déclaration de son gage à la préfecture. Mais c'est en l'espèce uniquement sur les documents administratifs nécessaires à l'utilisation des véhicules et effectivement restés entre ses mains que le vendeur initial prétendait exercer un droit de rétention<sup>20</sup>. Enfin, un lien de connexité évident existait entre la créance que le rétenteur cherchait à se faire payer et sa détention. Dans ces hypothèses où la créance et la détention se rattachent à un même rapport contractuel, on parle de connexité juridique. L'ordonnance du 23 mars 2006, après la jurisprudence il y a longtemps déjà<sup>21</sup>, a d'ailleurs expressément consacré l'efficacité de cette forme de connexité en introduisant dans le Code civil un article 2286 nouveau selon lequel « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : [...] 2° - Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ».

Aussi bien, c'est sur le terrain des conditions d'exercice du droit de rétention que les sous-acquéreurs ont choisi de se placer, qui faisaient valoir que le droit ici exercé l'était de façon abusive. Leur démonstration s'appuyait, d'une part, sur une présentation opportunément restrictive du droit de rétention, dont la finalité serait « de contraindre le débiteur d'une obligation à l'exécuter » et, d'autre part, sur une définition plutôt convaincante de l'abus de droit, abus qui serait caractérisé lorsque le droit « est exercé par son titulaire sans aucun profit ou espoir de profit pour son titulaire, ou bien dans un but contraire à sa finalité, tandis que son exercice porte atteinte aux droits légitimes d'un tiers de bonne foi »<sup>22</sup>. La démonstration s'appuyait enfin, en troisième lieu, sur un certain nombre de considérations que l'on découvre en annexe de l'arrêt : ainsi,

et principalement, la bonne foi des sous-acquéreurs, le fait qu'ils n'aient pas été les obligés du vendeur initial (qui ne disposait « d'aucune action contre eux »), le fait que la société débitrice Hecla avait fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif (de sorte que plus personne ne pouvait s'en faire payer) et le fait qu'au bout du compte le droit de rétention était exercé par la SEA « comme un moyen de pression sur des sous-acquéreurs de manière à leur faire prendre en charge les obligations de son cocontractant défaillant auquel elle avait eu l'imprudence de livrer des véhicules qui n'étaient pas payés ». La Cour de cassation, cependant, ne se laisse pas convaincre. Considérant que la bonne foi des sous-acquéreurs et l'insolvabilité de la société Hecla ne pouvait faire dégénérer en abus l'exercice du droit de rétention, la Cour de cassation juge que la cour d'appel d'Orléans, qui avait admis le contraire, a violé l'article 1612 du Code civil<sup>23</sup> et, « ensemble », « les règles gouvernant le droit de rétention ». Au passage, la Cour de cassation proclame en outre que le droit de rétention « est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette ». L'arrêt, c'est le moins que l'on puisse dire, a une certaine allure. Bien qu'il ne révolutionne pas la matière, il est certainement important.

L'arrêt ne révolutionne pas la matière parce que la solution de l'opposabilité du droit de rétention (et notamment du droit de rétention portant sur les documents administratifs concernant un véhicule automobile vendu une première fois puis revendu) au tiers sous-acquéreur non tenu de la dette n'est pas nouvelle. Elle avait pu être affirmée par le passé déjà, notamment dans des arrêts parfaitement clairs de 1992 et 1994<sup>24</sup>. On la comprend du reste assez bien, puisque l'on peinerait à accepter qu'il suffise de revendre après avoir acheté pour interdire à son propre vendeur d'exercer un droit aussi essentiel que celui de suspendre l'exécution de ses obligations en réaction au défaut de paiement. La loi consacre l'exception d'inexécution<sup>25</sup>. La rétention, dans ces hypothèses où elle est validée par une connexité juridique, en est une manifestation particulière<sup>26</sup>. Lorsque c'est à un tiers que le vendeur oppose sa rétention, il ne s'agit certes sans doute plus exactement d'exception d'inexécution. Mais c'est toujours la même logique qui est à l'œuvre et rien dans le plaidoyer des sous-acquéreurs ne pouvait suffisamment convaincre qu'elle était devenue illégitime, surtout pas l'argument tenant à la prétendue faute d'imprudence du vendeur initial qui avait livré les véhicules avant d'être payé puisque, précisément, gardant encore les documents administratifs, il pouvait se le permettre, tandis que les sous-acquéreurs, eux, en payant leur cocontractant sans qu'il soit

18. L. 29 décembre 1934 à l'origine, puis D. 30 septembre 1953 et, aujourd'hui, C. civ., art. 2352 : « Par la délivrance du reçu de déclaration [qu'il peut faire à la préfecture] le créancier gagiste [sur véhicule automobile] sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession ».

19. V. par exemple L. Aynès et P. Crocq, « Les sûretés, la publicité foncière », 4<sup>e</sup> éd., Defrénois 2009, n° 519-520.

20. Les auteurs le soulignent, il s'agit là, quand il est exercé, d'un droit de rétention ordinaire, car reposant sur un pouvoir effectif sur la chose, même s'il n'est pas assorti des prérogatives habituelles du gage puisque, n'ayant pas pour objet le véhicule, il ne relève pas des dispositions du gage automobile. A ce propos, v. L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 446. La Cour de cassation a déjà eu elle-même l'occasion d'exprimer très clairement la distinction qu'il convient de faire, du point de vue de l'hypothèse comme des effets, entre rétention du véhicule et rétention des documents administratifs qui le concernent. Ainsi, dans un arrêt rendu le 31 mai 1994, rendu à propos de la décision d'une cour d'appel qui avait retenu que, « s'agissant de véhicules automobiles, la possession fictive du créancier gagiste sur le véhicule gagé ne prend effet que par la délivrance du reçu de la déclaration de gage à la préfecture » et que, « à défaut d'avoir procédé à un tel enregistrement [...] la société (rétenteur) ne pouvait prétendre bénéficier d'un droit de gage fictif sur les véhicules à travers les documents administratifs [...] de même qu'elle ne pouvait prétendre à un droit de rétention sur ces mêmes documents », la chambre commerciale exerce son pouvoir de censure au motif qu'en l'espèce « les parties n'avaient pas entendu inscrire un gage sur les véhicules et que la détention des documents litigieux et la créance avaient leur source dans un même rapport juridique » (Bull. civ. IV, n° 196).

21. V. par exemple Cass. com., 16 mars 1965 (Bull. civ. IV, n° 200), ou, d'ailleurs, l'arrêt précité Cass. com., 31 mai 1994 (Bull. civ. n° 196), qui tout deux concernent précisément la rétention de documents relatifs à des véhicules automobiles.

22. Cette présentation des choses était manifestement inspirée des analyses de MM. Cabrillac, Mouly et Petel et de Mme Cabrillac. Ces auteurs ont pu écrire en effet que « l'opposabilité du droit de rétention au propriétaire étranger à la dette est en contradiction avec sa finalité, qui est de fournir à son bénéficiaire un moyen de pression sur son débiteur », ajoutant que « cette opposabilité réalise un détournement de l'institution, puisque le propriétaire est pratiquement astreint de payer la dette d'autrui » (v. « Droit des sûretés », 8<sup>e</sup> éd., Litec 2007, n° 617).

23. « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement ».

24. V. Cass. com., 14 avril 1992 (Bull. civ. IV, n° 164) et Cass. com., 31 mai 1994 (Bull. civ. IV, n° 195).

25. Au moins à l'article 1612 du Code civil.

26. Ce qui explique que les juges renvoient aussi, dans ces affaires, à l'art. 1612 du Code civil. Pour un rapprochement entre rétention et exception d'inexécution, v. par exemple A. Aynès, « Consécration légale des droits de rétention », D. 2006, p. 1301, n° 4.

en mesure de leur remettre ces documents, s'étaient sans doute montrés réellement imprudents. Ajoutons que la définition du droit de rétention retenue par le pourvoi, opportunément restrictive, était trop restrictive. La finalité du droit de rétention n'est pas toujours de contraindre le débiteur d'une obligation à l'exécuter. Bien souvent, ce sont d'autres que l'on contraint, par exemple les autres créanciers du débiteur, précisément, qui peuvent avoir intérêt à ce que la chose regagne son patrimoine, de façon à ce qu'elle puisse à nouveau être utilisée par lui dans son activité, ou tout simplement parce que la valeur de la chose est supérieure au montant de la créance du rétenteur et qu'il vaut mieux pour les créanciers se partager cette différence de valeur que ne rien du tout.

L'arrêt est néanmoins important. Il l'est d'abord parce que l'on peut penser qu'il mettra fin à la résistance de certaines cours à la solution de l'opposabilité du droit de rétention au sous-acquéreur. Les termes utilisés sont en effet particulièrement solennels, la Cour de cassation allant jusqu'à prendre partie sur la question de la nature du droit de rétention, dont la qualité de droit réel se trouve ici expressément proclamée. On est évidemment impressionné. On n'est cependant pas bouleversé. Une telle prise de position, même si l'on avait pu croire l'idée abandonnée, n'est pas totalement sans précédent. Ainsi, dans un arrêt rendu le 7 janvier 1992, la première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà pris la responsabilité d'affirmer que « le droit de rétention d'une chose, conséquence de sa détention, est un droit réel, opposable à tous, et même aux tiers non tenus de la dette »<sup>27</sup>. En l'espèce, le rétenteur était un garagiste et le tiers non tenu de la dette l'acheteur du véhicule sur lequel ce garagiste était intervenu. Naturellement, l'opposabilité n'est pas le propre des droits réels, ni sans doute tout ce qui fait le droit réel. La qualité de droit réel ne saurait donc être déduite de cette seule opposabilité. L'opposabilité du droit de rétention, cependant, paraît effectivement générale. Ainsi la retrouve-t-on encore dans le conflit qui peut opposer un créancier gagiste entré en possession et le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété sur la chose gagée ultérieurement par son acheteur<sup>28</sup>. Et cette opposabilité à tous, y compris au propriétaire qui n'est pas l'ayant cause du débiteur, confère au droit de rétention une continuité remarquable, propre aux droits réels, et dans laquelle on peut voir une forme de droit de suite, entendu comme l'absence d'incidence, dans le cas où une

chose est grevée de droits réels concurrents, du changement de titulaire d'un de ces droits sur les droits du ou des autres, absence d'incidence qui fait, par exemple, que lorsqu'un propriétaire vend son bien cela n'affecte pas les droits de l'éventuel usufruitier ou ceux du titulaire d'une servitude<sup>29</sup>. En affirmant que le droit de rétention est un droit réel, c'est d'abord sur ce point que la Cour de cassation attire l'attention.

Reste à savoir si cette qualité nouvellement réaffirmée (« la rétention est un droit réel ») permettra au rétenteur de l'emporter sur le propriétaire non débiteur même quand le droit de propriété existait avant la détention dont le rétenteur se prévaut. Une affaire ayant donné lieu il y a quelques années à un arrêt du Conseil d'État fournit de l'hypothèse une illustration. Une compagnie aérienne loue l'un des avions qu'elle exploite. Alors qu'elle est mise en liquidation et perd sa licence d'exploitation, le contrat de location est résilié et la société propriétaire de l'avion cherche à le récupérer. Elle se heurte cependant à la résistance des Aéroports de Paris qui, restés impayés des redevances dues par l'exploitant failli, entendent exercer sur l'avion en cause un droit de rétention. Le Conseil d'État, saisi du litige, relève que la société propriétaire n'est pas celle qui doit les redevances et juge que le maintien de la rétention portait au droit de propriété « une atteinte grave et manifestement illégale »<sup>30</sup>. La Cour de cassation nous dirait-elle la même chose? On peut en douter. Après tout, comme nous l'avons rappelé, la Cour de cassation admet que le gagiste rétenteur l'emporte sur le vendeur avec clause de réserve de propriété, dans cette hypothèse dans laquelle la chose est vendue puis gagée.

Mais la clé du problème pourrait bien être, cette fois, la bonne foi du rétenteur, qui seule lui permettrait d'opposer sa rétention à un propriétaire non tenu de la dette et dont les droits sont antérieurs<sup>31</sup>. À moins qu'il ne faille réserver l'opposabilité réellement absolue, c'est-à-dire une opposabilité que ne soit en aucun cas fonction de l'ordre de constitution des droits en conflit, aux hypothèses dans lesquelles la rétention s'appuie sur un lien de connexité matériel, comme c'est le cas lorsque la créance est née à l'occasion de la conservation ou de l'amélioration de la chose. Certains s'accordent à reconnaître à cette rétention une force supérieure : MM. Crocq et Aynès par exemple, qui font observer qu'alors il est très logique que la chose réponde de la créance et que la rétention soit opposable au propriétaire du bien retenu<sup>32</sup>.

Une chose au moins paraît à peu près sûre, qui est que la consécration du caractère réel du droit de rétention suscite sans doute au moins autant de questions qu'elle n'en résout. ■

F. J.

27. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janvier 1992 : Bull. civ. I, n° 4 ; JCP G 1992, I, 3583, n° 16, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1992, p. 586, obs. P.-Y. Gauthier. Mais il est vrai que des arrêts rendus en 1997 et 1998, où il était affirmé que le droit de rétention « n'est pas une sûreté » (Cass. com., 20 mai 1997 : Bull. civ. IV, n° 141 ; RDT civ. 1997, p. 707, obs. P. Crocq) ou que « l'opposabilité du droit de rétention n'est pas subordonnée à la publicité foncière » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 décembre 1998 : Bull. civ. III, n° 253 ; RTD civ. 1999, p. 441, obs. P. Crocq), avaient pu faire penser que la Cour de cassation entendait renoncer à la qualification retenue en 1992.

28. V. par exemple Cass. com., 3 octobre 1989 : Bull. civ. IV, n° 244 ; JCP G 1990, II, 21454, note M. Behar-Touchais ; RTD com. 1990, p. 251, obs. B. Bouloc, décision où il est jugé qu'un commissionnaire de transport est fondé à invoquer un droit de rétention de créancier gagiste à l'égard du vendeur de marchandises bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété dès lors qu'il n'est pas établi que le commissionnaire de transport ait eu connaissance de la clause de réserve de propriété grevant une partie des marchandises.

29. V. G. Gvishiani, « La nature juridique du droit de rétention », mémoire de DEA soutenu à Strasbourg, année universitaire 1999-2000, n° 29 s.

30. V. CE 2 juill. 2003 : JCP G 2004, I, 125, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 2004, p. 325, obs. P. Crocq.

31. Une bonne foi du type de celle qui est exigée dans l'arrêt précité Cass. com., 3 octobre 1989 relatif à la rétention du commissionnaire de transport.

32. V. I. Aynès et P. Crocq, « Les sûretés, La publicité foncière », 4<sup>e</sup> éd., Defrénois 2009, n° 448, note 65. Dans le sens d'une distinction opérée en fonction de la connexité sur laquelle repose le droit de rétention, et de l'affirmation de la force particulière de la connexité matérielle, v. aussi A. Aynès, article préc., n° 7.