

# 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)**

## Cautionnement – Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation – Privilège du prêteur de deniers – Inscription – Obligation du créancier

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avril 2007, n° 476 FS-P+B+R+I, C.R.C.A.M. du Nord de France c/ époux X.

Le prêteur de deniers, bénéficiaire du privilège institué par l'article 2374 du Code civil, qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège.

Le bénéfice de cession d'actions ou de subrogation, qui était traditionnellement posé par l'article 2037 du Code civil et est désormais prévu par l'article 2314 du Code civil (*"la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution"*), fait figure de marronnier des chroniques de droit des sûretés, au sens que l'on donne à ce terme dans la presse généraliste, et il devrait continuer à occuper régulièrement les colonnes de cette revue. Les deux arrêts rendus en chambre mixte par la Cour de cassation, en moins de dix-huit mois, le 10 juin 2005<sup>1</sup> et le 17 novembre 2006<sup>2</sup> n'ont en effet pas mis fin totalement aux incertitudes quant à la portée du devoir de vigilance du créancier dans ce cadre, et comme cela avait été prédit, la Haute juridiction poursuit une politique de *"petits pas glissant au fil des espèces"*<sup>3</sup>. Dans ce contexte, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 avril 2007<sup>4</sup>, qui a tous les caractères d'une décision de principe, a le mérite de clarifier au

moins la question de l'absence d'inscription d'une sûreté légale par le créancier.

En l'occurrence, des époux se sont portés cautions solidaires du remboursement d'un prêt consenti par une banque pour l'acquisition d'un bien immobilier. Assignées par celle-ci en exécution de leur engagement après la défaillance de l'emprunteur, les cautions ont invoqué le bénéfice de subrogation en faisant valoir que la banque n'avait pas inscrit son privilège de prêteur de deniers (art. 2374 C. civil) et avait ainsi commis une faute. La cour d'appel de Douai a fait droit à cet argument et a déchargé les cautions. Le pourvoi formé par la banque contre cette décision affirmait que la seule référence à la nature d'un prêt n'était pas susceptible, en l'absence d'une mention figurant dans l'acte de cautionnement ou dans un acte antérieur ou concomitant afférent à l'opération de crédit, de caractériser la croyance légitime dans le fait que le créancier prendrait d'autres garanties et soulignait que, en l'espèce, ni le contrat de prêt, ni le cautionnement ne comportait l'engagement d'inscrire le privilège de prêteur de deniers et que la cour d'appel n'avait pas davantage relevé un quelconque élément susceptible de justifier que cette garantie aurait été la cause de l'engagement des cautions. Le pourvoi se plaçait ainsi très clairement dans le sillage d'arrêts antérieurs de la Cour de cassation et en particulier d'un arrêt de la première chambre civile du 29 février 2000<sup>5</sup>.

La première chambre civile rejette pourtant le pourvoi de la banque en énonçant que *"le prêteur de deniers, bénéficiaire du privilège institué par l'article 2374 du Code civil, qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège"*.

1. Bull. ch. mixte, n° 5; D. 2005, AJ, p. 1773, obs. X Delpech; RTD-com. 2005, p. 582, obs. D. Legeais; JCP 2005, II, 10130, note Ph. Simler; Banque & Droit juillet-août 2005, p. 63, obs. F. J.

2. Bull. ch. mixte, n° 10; D. 2006, AJ, p. 2907, obs. V. Avena-Robardet; RTDciv, 2007, p. 157, obs. P. Crocq; Defrénois 2007, p. 688, note S. Piedelièvre; Banque & Droit, janvier-février 2007, p. 47, obs. F. J.

3. Ph. Delebecque, "Bénéfice de subrogation et cession de créance", Rev. Lamy Droit civil, septembre 2006, p. 24, spéc. n° 12.

4. D. 2007, AJ, p. 1136, obs. V. Avena-Robardet; Rev. Lamy Droit civil 2007, n° 2528, obs. G. Marraud des Grottes.

5. Bull. civ. I, n° 70; D. 2001, SC, p. 699, obs. L. Aynès, qui avait considéré que la croyance de la caution quant à la prise d'autres garanties par les créanciers n'était légitime que si elle était fondée sur une mention figurant dans l'acte de cautionnement ou un acte antérieur ou concomitant afférent à l'opération de crédit; rapp. Cass. com., 15 février 2000, Bull. civ. IV, n° 28, jugeant que la caution ne saurait reprocher au créancier de ne pas avoir conservé un droit qu'il pouvait ne pas acquérir et sur lequel, par conséquent, elle ne pouvait compter (nantissement de fonds de commerce).

Ce disant, la première chambre civile considère que l'inscription du privilège de prêteur de deniers, sûreté légale, constitue non pas une simple faculté pour le créancier bénéficiaire d'un cautionnement, mais une véritable obligation, alors même qu'elle n'est pas imposée par la loi, ni par les conventions des parties (prêt ou cautionnement). La solution revient à imposer au créancier une obligation implicite mais elle ne peut qu'être approuvée car il est d'usage que le prêteur de deniers procède à l'inscription de son privilège, qui ne dépend que de lui<sup>6</sup>. Et ce qui a été jugé pour le privilège de prêteur de deniers a assurément vocation à l'être plus généralement pour toute sûreté légale<sup>7</sup>.

La motivation laconique de la décision ne précise pas son fondement mais il est remarquable que la Haute juridiction ne vise plus la croyance légitime de la caution. L'idée sous-jacente, qui est du reste l'un des fondements théoriques du bénéfice de subrogation<sup>8</sup>, est sans doute que le créancier est tenu envers la caution d'un devoir de loyauté lui imposant de ne pas sacrifier par sa négligence les intérêts de la caution. Comme cela a déjà été souligné à propos de la négligence du créancier qui omet de rendre définitive la sûreté provisoire qu'il avait constituée au moment de la souscription du cautionnement, le comportement du créancier qui n'inscrit pas le privilège qui lui est conféré par la loi dénature l'engagement de la caution, dont le caractère subsidiaire commande que le paiement soit obtenu par le créancier en priorité du côté du débiteur, de sorte que la caution ne soit qu'un débiteur de second rang<sup>9</sup>. A cet égard, force est de reconnaître que le créancier a un comportement anormal lorsqu'il néglige la protection de ses propres intérêts et ceux de la caution en omettant d'inscrire une sûreté légale ou de rendre définitive une sûreté provisoire, alors que lui seul pouvait le faire. Cette conception de la faute du créancier rejoint au demeurant la définition générale de cette notion, selon laquelle il s'agit d'un comportement anormal, d'une erreur de conduite (action ou abstention)<sup>10</sup>. Aussi n'y-a-t-il pas faute du créancier si celui-ci s'est abstenu d'exercer une simple faculté, et

ce à plus forte raison si celle-ci ne dépend pas de sa seule volonté<sup>11</sup>.

La chambre commerciale a ainsi très récemment jugé<sup>12</sup> que "*sauf clause contraire, la constitution d'un gage sur le véhicule acquis à l'aide d'un prêt, ne constitue pas une obligation, mais une simple faculté pour le prêteur*"<sup>13</sup>. Cette solution est cohérente et compatible avec l'arrêt rapporté de la première chambre civile, dès lors que l'on se souvient que le gage automobile n'est pas une véritable sûreté légale car il suppose la rédaction d'un écrit matérialisant un accord de volontés<sup>14</sup> et le caractère conventionnel de cette garantie a été nettement consacré par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006<sup>15</sup>.

Le rapprochement de ces décisions rendues par la chambre commerciale et la première chambre civile après l'arrêt de chambre mixte du 17 novembre 2006 peut donc laisser à penser que, dans cette décision, la Haute juridiction n'a pas voulu consacrer une conception solidariste du cautionnement<sup>16</sup> imposant au créancier de privilégier en toutes circonstances les intérêts de la caution dans la stratégie suivie pour obtenir le paiement<sup>17</sup>. Plus précisément, ce rapprochement conduit à considérer que le créancier commet une faute lorsqu'il néglige d'inscrire ou de préserver un droit préférentiel<sup>18</sup> qui devait profiter à la caution par voie de subrogation alors que lui seul était en mesure de le faire mais qu'il n'y a pas faute si, dans le cadre d'un choix d'opportunité, le créancier s'est abstenu d'exercer un droit (sous réserve d'une stipulation contraire le lui imposant) dont la mise en œuvre n'était pas nécessairement sans inconvénient pour lui<sup>19</sup>. Ce clivage aurait le mérite de parvenir à un point d'équilibre entre les intérêts en présence<sup>20</sup> et de préserver l'attrait du cautionnement pour les créanciers<sup>21</sup>.

Il reste à savoir si le créancier peut encore valablement stipuler une clause selon laquelle l'inscription d'une sûreté, même légale, ne constitue pour lui qu'une faculté et non une obligation<sup>22</sup>. Une telle clause ne constitue pas à proprement parler une renonciation au bénéfice de subrogation<sup>23</sup>, qui est réputée non écrite par l'article 2314 du

6. V. L. Aynès, obs. préc.

7. V. aussi dans ce sens V. Avena-Robardet, obs. préc.

8. V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2006, n° 281 ; adde l'analyse de D. Houtcieff, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, RTDciv. 2006, p. 191, spéc. n° 27.

9. V. F. Jacob, obs. préc. sur Cass. ch. mixte, 17 novembre 2006.

10. Comp. D. Houtcieff, art. préc., n° 30, qui considère que le fait du créancier n'est pas fautif en lui-même mais ne prend cette coloration qu'en raison du contexte et de l'existence du cautionnement ; sur la définition générale de la faute, V. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2006, n° 52.

11. V. notamment sur ce point P. Crocq et L. Aynès, *op. cit.*, n° 284 ; D. Houtcieff, art. préc., n° 30.

12. Cass. com., 19 décembre 2006, Bull. civ. IV, n° 267 ; D. 2007, AJ, p. 369, obs. V. Avena-Robardet. Cet arrêt a également jugé que le nantissement d'un fonds de commerce, qui grève indivisiblement les éléments en constituant l'assiette, ne confère pas au créancier inscrit un droit de suite sur un élément isolé, de sorte que la caution ne saurait reprocher à une banque le non-exercice d'un droit que cette dernière ne pouvait acquérir et sur lequel elle ne pouvait compter.

13. V. déjà dans le même sens, s'agissant de la constitution du gage sur véhicule, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1997, RTDciv. 1997, p. 971, obs. M. Baudrac.

14. V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 677.

15. V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 519, qui soulignent que le gage automobile n'est plus une sûreté légale réservée au vendeur à crédit ou au prêteur de deniers pour l'acquisition.

16. V. en ce sens P. Crocq, obs. préc., p. 158 ; F. Jacob, obs. préc., p. 48 ; comp. S. Piedelièvre, note préc., II.

17. V. sur ce point les réflexions de Ph. Delebecque, art. préc. n° 6, qui critique la solution retenue par Cass. com., 3 mai 2006, Banque & Droit juillet-août 2006, p. 51, obs. crit. F. J., approuvant une cour d'appel d'avoir déchargé la caution au motif que le créancier ne s'était pas prévalu du bénéfice d'une cession de créance conditionnelle.

18. Sur la notion de droit préférentiel, V. notamment E. Cordelier, À propos de l'article 2037 du Code civil, RTDcom. 2004, p. 667, spéc. p. 681 : "*tout droit susceptible d'être préférentiel, mais qui n'accède pas à cette qualité du fait de la seule passivité du créancier, doit être considéré comme un droit préférentiel vis-à-vis de la caution*" ; adde B. Rajot, La difficile qualification du droit préférentiel, RJcom. 2003, p. 4.

19. V. aussi Ph. Delebecque, *ibid.*, qui considère que le créancier est le mieux placé pour décider de la stratégie à suivre et doit rester "*maître des voies d'exécution*" (rapp. art. 22 L. n°91-650 du 9 juillet 1991).

20. Rapp. D. Houtcieff, art. préc., n° 40.

21. V. les réflexions de F. Jacob, obs. préc. sur Cass. com., 3 mai 2006, qui souligne qu'une application sévère pour les créanciers du bénéfice de subrogation peut les inciter à recourir à la garantie autonome.

22. Sur l'application d'une telle clause (stipulant que l'inscription de la sûreté demeurerait au gré du créancier), V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1998, non publié au Bull. civ., JCP 1999, I, 116, n° 8, obs. Ph. Simler citant aussi dans le même sens Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1998, inédit, Juris-Data n° 002214, concernant un cas où le débiteur avait accepté la prise de sûretés réelles sur des biens à venir et où le créancier, qui ne s'y était pas obligé, ne les avait pas prises.

23. V. cependant les hésitations de V. Avena-Robardet, obs. préc., in fine.

Code civil, mais pourrait s'analyser en une clause délimitant les obligations du créancier, qui est en principe valable si elle n'écarte pas une obligation essentielle<sup>24</sup>. Il n'est toutefois pas certain que la Cour de cassation s'engagera dans cette voie et, en l'état, les créanciers doivent veiller à inscrire et préserver les droits préférentiels qui peuvent profiter aux cautions.

En définitive, la succession des décisions sur le bénéfice de subrogation met en évidence l'opportunité d'une clarification législative de ses conditions d'application<sup>25</sup>.

N. R.

## **Société anonyme – Garantie à première demande – Autorisation préalable du conseil d'administration – Autorisation non limitée dans le temps – Fixation par le dirigeant d'une date de validité de la garantie en relation avec la date de remboursement du prêt – Report par le dirigeant de la date d'échéance de la garantie en raison du report de la durée du prêt – Validité.**

CA Paris, 15<sup>e</sup> ch. B, 27 octobre 2006, n° 05-5102, SA YG Finances / Sté CEVP Investment LLP.

L'autorisation donnée par le conseil d'administration au dirigeant d'une société anonyme de signer une convention de prêt, une garantie à première demande, et plus généralement tout document requis pour la réalisation desdites opérations, n'étant pas limitée dans le temps, le dirigeant qui a fixé une date de validité de la garantie en relation avec celle du remboursement du prêt a pu, sans nouvelle autorisation du conseil d'administration, reporter cette date eu égard au report de la date du prêt.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 octobre 2006, publié récemment dans une autre revue<sup>26</sup>, présente l'intérêt de se prononcer sur une question inédite concernant l'autorisation, par le conseil d'administration, des garanties souscrites par les sociétés anonymes autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers (cf. art. L. 225-35, al. 4 C. com.)<sup>27</sup>. L'article 89, alinéa 2 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 (devenu art. R. 225-28 C. com.) dispose que le conseil d'administration peut, dans la limite d'un certain montant total ou par engagement, autoriser le dirigeant à donner des cautions, avals ou garanties au nom de la société. Le même texte précise que la durée de ces autorisations "ne peut être supérieure à un an, quelle que soit la durée des engagements cautionnés, avalisés ou garantis". Cette rédaction n'est pas heureuse car, prise

au pied de la lettre, elle signifie que l'autorisation ne peut pas être donnée pour des garanties couvrant des engagements d'une durée supérieure à un an<sup>28</sup>. Privilégiant l'esprit du texte sur sa lettre, la cour d'appel de Paris avait déjà jugé fort logiquement dans un arrêt du 25 mai 1989<sup>29</sup> que le texte exige seulement que la garantie soit accordée au cours de la période d'autorisation qui ne peut pas être supérieure à un an et que, une fois donnée, l'autorisation continue à produire ses effets, quelle que soit la durée de l'engagement cautionné de sorte qu'elle n'a pas à être renouvelée à l'expiration de chaque année. Dans le prolongement de cette interprétation du texte favorable à l'efficacité de la garantie, l'arrêt rapporté de la cour d'appel de Paris admet que la garantie qui a été autorisée par le conseil d'administration sans limitation dans le temps peut être prolongée par le dirigeant sans nouvelle autorisation.

En l'occurrence, le 17 mars 2000, une société anonyme a accordé à deux sociétés d'investissement une garantie à première demande, à échéance du 15 mai 2000, couvrant, dans la limite d'un certain montant, un prêt consenti à une tierce société. Puis, cette garantie a été réitérée par un avenant en date du 21 avril 2000 signé par le même dirigeant, "dûment habilité", prorogeant la durée du prêt de trente jours et celle de la garantie au 12 juin 2000. Les sociétés d'investissement ayant mis en jeu la garantie, la société garante a soutenu que le report de l'échéance au 12 juin 2000 lui était inopposable en l'absence d'autorisation du conseil d'administration. Aux termes de son arrêt confirmatif, la cour d'appel de Paris écarte cet argument: "Considérant que l'autorisation portée au procès-verbal du conseil d'administration du 17 mars 2000 a été donnée dans ces termes: «... approuve les opérations ci-dessus décrites et autorise [le dirigeant] à signer la convention de prêt, la garantie à première demande, et plus généralement tout document requis pour la réalisation desdites opérations»; qu'ainsi, cette autorisation n'étant pas limitée dans le temps, le dirigeant qui avait fixé une date de validité en relation avec la date de remboursement du prêt avait pu, sans nouvelle autorisation du conseil d'administration, reporter cette date eu égard au report de la durée du prêt; qu'ainsi l'engagement de garantie est opposable à la société et peut être appliqué en l'absence d'autres critiques relatives à sa mise en œuvre".

Cette solution est juste et nuancée car elle ne signifie pas que le dirigeant peut, en toutes circonstances, prolonger de son propre chef, l'échéance de la garantie autorisée par le conseil d'administration (ou de surveillance). La cour prend soin de souligner, en effet, que la garantie signée par le dirigeant était parfaitement conforme à l'autorisation donnée par le conseil, en des termes très larges et sans limitation de durée, qui permettait de fixer une date de validité de l'engagement coïncidant avec celle de l'échéance du prêt, de sorte que le dirigeant pouvait aussi valablement prolonger la date de la garantie, de quelques

la faute du créancier supposant un manquement à une obligation.

26. RJDA 2007, n° 503.

27. V. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2005, n° 397; adde Ph. Schultz, "Les dispositions spécifiques relatives aux garanties consenties par les sociétés au profit des tiers", thèse Strasbourg III, 1999. BRDA 1989, n° 15, p. 21.

28. V. *Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales 2007* par A. Charvériat, A. Couret et B. Mercadal, n° 8245.

29. BRDA 1989, n° 15, p. 21.

semaines, en raison du report de l'échéance du prêt. Autrement dit, la prolongation de la garantie par le dirigeant ne déjouait pas les prévisions du conseil d'administration et n'avait pas pour conséquence, semble-t-il, d'alourdir l'obligation de la société garante. Aussi la solution devrait-elle différer si le conseil d'administration avait fixé une

échéance précise de la garantie ou si, en l'absence d'une telle précision, la prolongation de l'échéance par le dirigeant avait pour effet d'aggraver le risque couru par le garant, en augmentant le risque d'appel de la garantie ou en compromettant le recours contre le débiteur principal<sup>30</sup>.

N. R.

30. Rapp. la jurisprudence concernant le point de savoir si le réaménagement de la dette garanti vaut ou non novation et notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mai 2003, RDC octobre 2003, p. 176, obs. M. Grimaldi; Banque & Droit novembre-décembre 2003, p. 148, obs. N. R.

# La littérature de ceux pour qui Victor Hugo était surtout un billet de banque.

[www.revuebanquelibrairie.com](http://www.revuebanquelibrairie.com)

La librairie spécialisée dans la banque et la finance

**RB**  
REVUE  
BANQUE