

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 du paiement des obligations nées d'un bail ou d'un crédit-bail. 1°) Fusion-absorption de la société débitrice des loyers. Maintien du cautionnement pour les dettes nées avant la dissolution de la société absorbée. 2°) Fusion-absorption de la société créancière des loyers. Transmission de plein droit du bénéfice du cautionnement à la société absorbante.

En cas de dissolution d'une société par voie de fusion-absorption par une autre société, l'engagement de la caution garantissant le paiement des loyers consenti à la première demeure pour les obligations nées avant la dissolution de celle-ci.

Viola les articles 2015 du Code civil et L. 236-3 du Code de commerce, la cour d'appel qui, pour rejeter les demandes formées par une société bailleuse à l'encontre de l'ancienne société preneuse qui s'était portée caution solidaire à l'occasion de la cession du bail au profit du bailleur pour le paiement des loyers et des charges, cet engagement demeurant valable pour la durée des baux, retient qu'une fusion ayant entraîné la disparition du nouveau titulaire, cautionné, du bail commercial, la société caution devait obligatoirement réitérer son engagement au profit de la société absorbante pour que la société bailleuse puisse lui réclamer le paiement des loyers impayés du chef de cette dernière, alors que le contrat de bail en exécution duquel étaient dus les loyers avait été souscrit par la société titulaire du bail avant sa dissolution, et qu'ainsi, la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date (1^{re} espèce).

Aux termes de l'article L. 236-3 du Code de commerce, la fusion-absorption entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, dans l'état où il se trouve à la date de l'opération. Viola ce texte la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un crédit

bailleur qui avait absorbé une société ayant elle-même absorbé une première société bénéficiant du cautionnement solidaire des dirigeants d'une société en garantie d'un contrat de crédit-bail immobilier, retient que la fusion de la société créancière dans une personne morale nouvelle ou son absorption constituent un changement de créancier à l'égard de la caution, libérant celle-ci de ses obligations si elle n'a pas manifesté sa volonté de s'engager envers le nouveau bailleur, alors qu'en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante (2^e espèce).

Cass. com., 8 novembre 2005, n° 1403 FS-P+B+R+I, S.C.I. du 75, Champs Elysées c/ SA Réaumur Participations
Cass. com., 8 novembre 2005, n° 1402 FS-P+B+R+I, Sté Selectibail c/ Aubineau

La question de l'incidence sur le cautionnement d'une modification affectant la personne du débiteur principal ou du créancier a suscité une jurisprudence abondante, en raison notamment des restructurations de sociétés. Transposant la solution admise en matière de transmission successorale, la Cour de cassation a fort justement jugé que la fusion-absorption de la société débitrice dans une personne morale nouvelle ou sa scission entraînant un changement de personne morale libéraient la caution pour l'avenir¹. Ainsi, la modification de la personne du débiteur suffit à éteindre l'obligation de couverture, qui est supposée non sans raison avoir été acceptée par la caution en considération de la personne du débiteur principal, mais laisse subsister l'obligation de règlement pour les dettes nées antérieurement à la modification². Depuis une vingtaine d'années, la Cour de cassation a retenu la même solution en cas de changement de créancier à la suite d'une fusion-absorption, en jugeant que le

1. V. Cass. com., 25 octobre 1983, Bull. civ. IV, n° 274; Cass. com., 22 janvier 1985, Bull. civ. IV, n° 30; J.C.P. 1986, II, 20591, note Ph. Simler.

2. V. les réflexions sur ce point de M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd., 2004, n° 313; adde Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2004, n° 242; N. Morelli, "Le sort du cautionnement dans les opéra-

tions de fusion", Bull. Joly 2004, p. 933; G. Damy, "Le cautionnement et la transmission universelle du patrimoine", *Droit & Patrimoine* septembre 2004, p. 46 et du même auteur *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes*, Litec, 2005, préf. G. J. Martin, spéc. titre II; H. Le Nabasque et G. Terrier, "Fusions de banques et garanties", *R.D. bancaire et financier* 2002, p. 51.

cautionnement n'était maintenu pour la garantie des dettes postérieures à l'opération que "dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale"³.

Cette dernière solution est critiquée, notamment parce que la personne du créancier n'a habituellement pas la même importance que celle du débiteur aux yeux de la caution⁴.

L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 décembre 2004⁵, qui a admis la transmission de plein droit du cautionnement garantissant le paiement de loyers d'un immeuble loué à l'acquéreur de celui-ci, a cependant ouvert la voie à une évolution plus générale quant à l'incidence sur le cautionnement d'un changement de la personne du créancier, notamment en cas d'opération de fusion. Quelques mois plus tard, le rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés a ainsi proposé de maintenir, sauf clause contraire, l'obligation de la caution pour les dettes nées postérieurement à certains événements (fusion ou scission) affectant la personne du créancier⁶. Dans ce contexte, une évolution de la position de la Cour de cassation sur cette question était envisageable. Deux arrêts, remarquables et diversement appréciés, rendus par la chambre commerciale le 8 novembre 2005⁷, viennent de se prononcer à nouveau sur le sort du cautionnement en cas d'opération affectant la personne morale débitrice ou la personne morale créancière. Si la solution est claire désormais s'agissant des conséquences de l'absorption de la société débitrice (1°), des interrogations subsistent en ce qui concerne les conséquences de l'absorption de la société créancière (2°).

1°) En l'espèce, la société titulaire d'un bail l'avait cédé à une autre société, en se portant caution au profit du bailleur du paiement des loyers et charges pour la durée des baux. La société cessionnaire du bail fit ensuite l'objet d'une fusion-absorption par une tierce société. À la

suite de la défaillance de la société locataire, la société créancière assigna la caution en paiement.

Statuant sur renvoi après cassation, une cour d'appel a rejeté cette demande au motif que la fusion avait entraîné la disparition de la société originellement garantie. La chambre commerciale (arrêt n° 1403) censure à juste titre cette motivation au double visa des articles 2015 du Code civil et L. 236-3 du Code de commerce : "en statuant ainsi, alors que le contrat de bail en exécution duquel étaient dus les loyers avait été souscrit par la société PII avant sa dissolution, et qu'ainsi, la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées".

Ce disant, la chambre commerciale réaffirme la solution traditionnelle en cas d'absorption de la société débitrice, mais en tenant compte de la date de naissance de la créance de loyers. Celle-ci constitue en effet une créance à exécution successive⁸ qui naît au moment de la conclusion du bail, et non au moment de chacune des échéances au fur et à mesure de l'exécution du contrat⁹. Ainsi, le bail ayant été conclu en l'espèce avant que la société qui en était titulaire et débitrice des loyers fasse l'objet d'une fusion-absorption, cette opération était sans incidence sur le cautionnement des loyers qui englobait ceux échus ultérieurement¹⁰. Le maintien du cautionnement garantissant la créance de loyers née antérieurement à l'absorption de la société débitrice ne constitue pas une transmission de l'obligation de couverture de dettes futures et n'étend donc pas l'engagement de la caution "au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté" (art. 2015 C. civil). Aussi la cassation est-elle prononcée ici non seulement pour violation de l'article L. 236-3 du Code de commerce, posant le principe de la transmission universelle du patrimoine, et partant des dettes, de la société absorbée à la société absorbante, mais aussi pour violation de l'article 2015 du Code civil.

3. Cass. com., 20 janvier 1987, Bull. civ. IV, n° 20; D. 1987, S.C., p. 453, obs. L. Aynès; J.C.P. 1987, II, 20844, note M. Germain; Cass. com., 17 juillet 2001, Banque & Droit septembre-octobre 2001, p. 44, 2^e espèce, obs. N. R.; adde notamment Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2004, Bull. civ. I, n° 214; Rev. sociétés 2005, p. 371, note D. Legeais; J.C.P. 2005, I, 114, n° 16, obs. critiques A. S. Barthez.

4. V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2003, n° 274 et note 68, estimant que "la règle devrait être appliquée de manière nuancée"; D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, Remarques sur la scission de la personne du créancier par la caution, R.T.D.civ. 2003, p. 3; A.-S. Barthez, obs. préc., n° 19, *in fine*, soulignant que la libération de la caution en cas d'absorption de la société créancière heurte la généralité de la transmission universelle; J.-C. Hallouin, obs. sur Cass. com., 25 mars 1997 au D. 1998, S.C., p. 184.

5. D. 2005, p. 227, note L. Aynès; Banque & Droit janvier-février 2005, p. 59, obs. N. R.; adde Ph. Simler, L'acquéreur de l'immeuble loué bénéficie du cautionnement du locataire souscrit au profit du vendeur, R.J.D.A. 2005, p. 295. Rappelons que la Haute juridiction a jugé que "en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyer cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil".

6. Rapport, p. 7. L'avant-projet propose de rédiger ainsi l'article 1844-4-1 du Code civil : "En cas de dissolution de la société débitrice par l'effet d'une fusion, d'une scission..., la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers; elle ne garantit pas celles nées postérieurement". L'alinéa 2 ajoute : "En cas de dissolution de la société créancière pour l'une des causes indiquées à l'alinéa précédent, la caution demeure tenue tant pour les dettes nées antérieurement à l'opération que, sauf clause contraire, pour celles nées postérieurement" (V. www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/avantprojetdetexteissudurapportgrimaldi.pdf).

7. D. 2005, A.J., p. 2875, obs. A. Lienhard; J.C.P. 2005, II, 10170, note

D. Houtcieff; H. Bouchetemble, "Les opérations de restructuration simplifiées", Les Echos du 15 décembre 2005, p. 12; Gaz. Pal. 30-31 décembre 2005, p. 11, note N. Morelli; J.C.P. E, 2006, 1000, note D. Legeais; Petites affiches, 5 janvier 2006, p. 10, note S. Prigent; Rev. Lamy Droit civil janvier 2006, n° 955, obs. G. Marraud des Grottes.

8. V. notamment Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002, Bull. civ. n° 7; D. 2003, p. 445, note Ch. Larroumet; R.T.D. civ. 2003, p. 331, obs. P. Crocq, jugeant que la saisie-attribution d'une créance de loyers, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement; adde Cass. com., 7 décembre 2004, Bull. civ. IV, n° 213; D. 2005, p. 230, note Ch. Larroumet, jugeant que même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, une créance peut être cédée et que sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date; sur la date de naissance des créances, V. notamment E. Putman, *La formation des créances*, Thèse Aix-Marseille, 1987; G. Endréo, "Fait générateur des créances et échange économique", R.T.D.com. 1984, p. 223.

9. Sur le bien-fondé de cette analyse, V. notamment la démonstration du doyen Ph. Simler, art. préc., I, b, p. 297 qui souligne que la naissance de la créance de loyers au jour de la conclusion d'un bail à durée déterminée est corroborée par la disposition de l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 prévoyant que lorsque la caution d'un tel bail s'est obligée sans indication de durée ou pour une durée indéterminée, la résiliation de son engagement "prend effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat reconduit ou renouvelé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation", ce qui ne peut se comprendre que si la créance de loyers est née pour la totalité de la durée du bail au jour où celui-ci a pris effet.

10. V. déjà sur ce point, Ph. Simler, art. préc., II, b, p. 298, qui souligne que l'obligation de la caution demeure pour les dettes déjà nées, même si elles ne sont pas encore exigibles et que seule son obligation de couverture est éteinte.

La solution a vocation à être étendue au cautionnement de toute créance à exécution successive (et par exemple aux échéances de remboursement d'un prêt¹¹) née avant l'opération affectant la personne morale débitrice.

2°) Mais c'est surtout l'autre décision (arrêt n° 1402) qui mérite de retenir l'attention. En l'occurrence, les deux cogérants d'une société ont souscrit des cautionnements solidaires garantissant le paiement des loyers d'un contrat de crédit-bail immobilier. À la suite de la liquidation judiciaire de la société locataire, la société ayant absorbé la société de crédit-bail a assigné les cautions en paiement des loyers, indemnités d'occupation et primes d'assurance demeurés impayés jusqu'à la libération des lieux. Une cour d'appel a rejeté cette demande en retenant que la fusion de la société créancière dans une personne morale nouvelle ou son absorption constituait un changement de créancier à l'égard de la caution, libérant celle-ci de ses obligations si elle n'avait pas manifesté sa volonté de s'engager envers le nouveau bailleur. La chambre commerciale censure cette motivation au visa de l'article L. 236-3 du Code de commerce : après avoir rappelé *"qu'aux termes de ce texte, la fusion-absorption entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, dans l'état où il se trouve à la date de l'opération"*, elle affirme que *"en statuant ainsi, alors qu'en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante, la cour d'appel a violé le texte susvisé"*.

Cette fois, la portée de la solution est au premier abord plus incertaine¹². Une première lecture de l'arrêt, favorable aux créanciers, peut conduire à considérer que, d'une manière générale, l'absorption de la société créancière n'a désormais aucune incidence sur le cautionnement dont elle bénéficie. La Haute juridiction aurait ainsi opéré un *"changement de cap radical"*¹³, en admettant qu'en cas d'absorption de la société créancière, l'obligation de couverture de la caution est maintenue de plein droit pour les dettes nées postérieurement à l'opération. Ainsi, dans le prolongement de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004, la chambre commerciale aurait can-

tonné *l'intuitus personae* et refusé de prendre en compte un changement dans la personne du créancier, anticipant la réforme législative attendue.

La solution serait fondée sur le principe de la transmission universelle de patrimoine, comme en témoigne l'attendu de principe placé immédiatement sous le seul visa de l'article L. 236-3 du Code de commerce. La transmission du cautionnement à la société absorbante ne pourrait être écartée que par une clause du contrat, voire par la démonstration, incombant à la caution, que le changement de créancier a eu une incidence sur la garantie¹⁴.

Mais une seconde lecture de l'arrêt, qui en réduit sensiblement la portée, est aussi envisageable. Son dernier attendu nous semble en effet limiter la solution au *"cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail"* et étendre à cette hypothèse la solution déjà retenue pour la cession du bail¹⁵. Or, comme l'a souligné l'autre arrêt du 8 novembre 2005, la créance de loyers garantie par la caution est née au moment de la conclusion du contrat de crédit-bail, et celle-ci était en l'espèce antérieure à la fusion, de sorte que l'obligation de couverture n'était pas en cause ici. La naissance de la créance de loyers avant la fusion suffit à justifier que le cautionnement, qui en est l'accessoire, soit transmis de plein droit à la société absorbante en vertu du principe de transmission universelle du patrimoine¹⁶. La solution serait ainsi fondée sur la date de naissance de la créance de loyers, et non sur l'absence d'incidence du changement affectant la personne du créancier¹⁷. Cette analyse est confortée par l'absence de visa de l'article 2015 du Code civil, qui n'était pas nécessaire dès lors que l'engagement de la caution n'est pas étendu mais reste identique avant et après la fusion¹⁸. En vérité, si le maintien, sauf clause contraire, de l'obligation de la caution pour les dettes nées postérieurement à certains événements affectant la personne du créancier est souhaitable, il s'agit là d'une question d'opportunité et de politique juridique¹⁹ qui relève d'un choix du législateur ou du Gouvernement²⁰... et que la Cour de cassation n'a vraisemblablement pas voulu trancher.

N. R.

11. V. déjà en ce sens Cass. com., 25 mars 1997, D. 1998, S.C., p. 183, obs. J.-C. Hallouin; rapp. Cass. com., 4 janvier 1994, Bull. Joly 1994, p. 314, note P. Le Cannu; Dr. sociétés 1994, n° 55, note H. Le Nabasque, jugeant que l'ancien associé d'une société en nom collectif, qui a cédé ses parts, reste tenu du passif existant au jour de son départ et est tenu solidairement du paiement d'un prêt souscrit par la société avant la cession, même si à cette date le remboursement du prêt n'était pas encore exigible; comp. Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2004, préc., pour le cas d'un cautionnement garantissant non pas un prêt mais une ouverture de crédit.

12. V. sur ce point D. Legeais, note préc., qui estime à juste titre que deux interprétations de la décision sont concevables.

13. A. Lienhard, obs. préc., p. 2877, col. 1; dans le même sens, N. Morelli, note préc., II, "La révolution espérée et attendue", n° 7-10; H. Bouchetemple, art. préc., qui affirme que *"la Cour de cassation ne pose dorénavant plus aucun obstacle à la transmission du cautionnement en cas de fusion de la société créancière"*.

14. V. sur ce point les analyses proposées par D. Legeais, note préc., 1; adde les réflexions, sur le changement dans les conditions de naissance de la dette garantie, de L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, *loc. cit.*; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *op. cit.*, *loc. cit.* et J.-C. Hallouin, obs. au D. 1998, S.C. p. 184.

15. Ainsi s'explique aussi la réserve d'une clause contraire, également prévue par l'arrêt de l'assemblée plénière du 6 décembre 2004; comp. H.

Bouchetemple, art. préc., estimant qu'une stipulation expresse est désormais nécessaire pour éteindre l'obligation de couverture à la date de la fusion-absorption.

16. V. notamment sur ce point Ph. Simler, art. préc., II, a, p. 298 et conclusion, p. 299: *"toute opération translatrice d'une créance garantie, à titre particulier ou à titre universel, isolée ou incluse dans une cession de contrat, emporte transfert de la garantie attachée à la créance, et celle-ci doit être considérée comme née, s'agissant des contrats successifs ou à exécution successive, à la date du contrat; en toute hypothèse, la caution n'est pas tenue des créances nouvelles, nées postérieurement à l'opération considérée"*.

17. V. aussi en ce sens D. Houtcieff, note préc., 2, qui considère que le caractère successif de la créance de loyers est déterminant de la solution retenue par les deux arrêts du 8 novembre 2005; G. Marraud des Grottes, obs. préc.; S. Prigent, note préc., II.

18. V. en ce sens D. Houtcieff, *ibid.*

19. Rapp. L. Aynès, "Clair-obscur", Droit & Patrimoine, janvier 2006, éditorial, p. 3, à propos de la question de la modification de l'article 1415 du Code civil pour y inclure la constitution d'une sûreté réelle sur un bien commun.

20. Sur le recours à la technique de la législation par ordonnance pour réformer le droit des sûretés, V. les critiques de D. R. Martin, "Le Code civil à saute-mouton", D. 2005, Chron., p. 1577; comp. P. Crocq, "L'évolution des sources du droit des sûretés", D. 2005, S.C., p. 2078.

Nantissement consenti en garantie de la dette d'un tiers sur un bien commun. Art. 1415 C. civ. Nature et portée du cautionnement réel.

Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant dès lors pas un cautionnement, lequel ne se présume pas, l'article 1415 du Code civil ne s'applique pas au nantissement de titres communs donné en garantie de la dette d'un tiers envers une banque par un époux marié sous le régime de la communauté universelle.

Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, n° 235-P, Mme Pasquier épouse Boudaud c/ Société BNP Paribas

La chambre mixte de la Cour de cassation vient de rendre, le 2 décembre 2005²¹, un important arrêt concernant la portée et la nature de ce qu'il est coutumier d'appeler le cautionnement réel. Il résulte de cet arrêt que le cautionnement réel n'emporte pas (n'emporte plus) engagement personnel de payer. Il en résulte aussi, ce qui est tout à fait déroutant, que le cautionnement réel n'est pas (n'est plus) un cautionnement, raison pour laquelle il échappe à l'application de l'article 1415 du Code civil.

On parle de cautionnement réel lorsqu'un bien, par nantissement ou hypothèque, est affecté au règlement prioritaire d'une dette non par le débiteur lui-même mais par une autre personne. La question de savoir si ce type de cautionnement implique ou non un engagement personnel de payer a fait l'objet ces dernières années d'un débat récurrent, alimenté par les évolutions de la jurisprudence. À l'origine, le cautionnement réel est conçu comme une pure sûreté réelle. La première chambre civile de la Cour de cassation l'affirme encore en février 2000 : *"Le cautionnement réel, fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, est une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel"*²². En 2002, cependant, l'analyse de la première chambre civile évolue. Un arrêt est rendu le 15 mai 2002²³. La question posée est celle de savoir quelle est la valeur du nantissement constitué par une personne mariée sur des biens communs en garantie de la dette d'un tiers, alors qu'il résulte de l'article 1415 du Code civil que l'époux qui agit seul ne peut, par un cautionnement, engager que ses biens propres et ses revenus²⁴. En réponse à cette question, la première chambre fait valoir que *"dans le cas d'un tel engagement consenti par un époux sur des biens communs, sans le consentement exprès de son conjoint, la caution, qui peut invoquer l'inopposabilité*

de l'acte quant à ces biens, reste seulement tenue, en cette qualité, du paiement de la dette sur ses biens propres et ses revenus, dans le double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés, celle-ci étant appréciée au jour de la demande d'exécution de la garantie". Le revirement est certain : étant acquis que le cautionnement souscrit était inefficace en tant qu'il portait sur des biens communs, si la caution demeurait cependant tenue du paiement de la dette sur ses biens propres et ses revenus, c'est bien que l'engagement pris comprenait une composante personnelle, une véritable obligation personnelle de garantir, fut-ce dans la limite de la valeur des biens communs irrégulièrement engagés, comme le précise alors la première chambre civile. La chambre commerciale, pour sa part, se rallie dans un premier temps à cette solution nouvelle. Dans un arrêt du 13 novembre 2002, elle reprend ainsi à son compte l'idée selon laquelle le cautionnement réel *"inopposable"* en application de l'article 1415 du Code civil *"n'en demeure pas moins valable"*... *"la caution restant tenue envers le créancier sur ses biens propres et ses revenus"*²⁵. Moins de deux ans plus tard, cependant, la chambre commerciale de la Cour de cassation fait machine arrière et prend le parti d'affirmer, dans un arrêt du 24 septembre 2004, que *"le nantissement d'un fonds de commerce consenti en garantie de la dette d'un tiers est une sûreté réelle qui n'a pas pour effet de faire peser sur le propriétaire une obligation personnelle au paiement de la dette"*²⁶. Il fallait dès lors que la chambre mixte se prononce. C'est chose faite, et c'est en faveur de la position de la chambre commerciale que le conflit est tranché puisque, selon la chambre mixte, la sûreté réelle consentie pour la dette d'un tiers n'implique *"aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui"*.

La position adoptée par la chambre mixte peut être regardée comme celle de l'orthodoxie et du respect des principes²⁷. Une personne peut sans aucun doute être tenue "réellement", sur l'un de ses biens en particulier, pour la dette d'autrui, et aussi personnellement, dans le même temps et pour la même dette. Mais il est tout aussi possible de ne s'engager que réellement pour la dette d'autrui, pour n'assumer qu'une obligation comparable à celle qui pèse sur le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué (son acquéreur par exemple). Aussi bien convient-il de ne conclure à l'existence d'un engagement personnel à la charge de la caution réelle qu'après avoir pris bien soin de relever chez elle la volonté d'assumer un tel engagement. Cet engagement personnel, au demeurant, même limité à la valeur du ou des biens spécialement engagés, n'est autre chose que celui de la classique caution de l'article 2011 du Code civil. Or, aux termes mêmes de l'article 2015 du même Code, un tel engagement ne se présume pas. C'est précisément ce que la chambre mixte a tenu ici à rappeler²⁸.

21. V. J.C.P. 2005, II, 10183, note Ph. Simler.

22. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2000, Bull. civ. I, n° 33, Defrénois 2000, art. 37202, p. 831, obs. S. Piedelièvre; R.T.D.civ. 2000, p. 366, obs. P. Crocq; R.D.bancaire et financier 2000, n° 59, obs. D. Legeais; D. 2001, S.C., p. 694, obs. L. Aynès; Banque & Droit mai-juin 2000, p. 40, obs. F. J. Dans le même sens, auparavant: Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, D. Affaires 1999, p. 899, obs. A. L.; R.T.D.civ. 1999, p. 881, obs. P. Crocq; J.C.P. 1999, I, 156, n° 5, obs. Ph. Simler; Banque & droit juillet-août 1999, p. 37, obs. F. J.

23. À vrai dire, trois arrêts sont rendus le même jour sur le cautionnement réel par la première chambre civile. Ils forment un tout et ont été commentés conjointement. V. par exemple D. 2002, p. 1780, note Ch. Barberot; R.T.D.civ. 2002, p. 546, obs. P. Crocq; R.D. bancaire et

financier 2002, n° 129, obs. D. Legeais; adde J. François, L'obligation de la caution réelle, Defrénois 2002, art. 37604, p. 1208.

24. Art. 1415 C. civ.: *"Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres"*.

25. Bull. civ. IV, n° 161; J.C.P. 2003, I, 121, n° 1, obs. G. Loiseau.

26. Cass. com., 24 septembre 2004, J.C.P. 2004, I, 141, n° 5, obs. Ph. Simler; R.J.D.A. 2/2004, n° 231.

27. V. Ph. Simler, note préc.

28. Un tel rappel avait été formulé déjà par la doctrine. V. notamment Ph. Simler, J.C.P. 2002, I, 1640, n° 5, qui relevait que la première chambre civile de la Cour de cassation, en considérant que le cautionnement réel

Malheureusement, a-t-on envie de dire, la chambre mixte de la Cour de cassation ne se contente pas d'un rappel. À l'idée que la sûreté réelle consentie pour la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui, la chambre mixte en ajoute une autre qui, à lire l'arrêt, serait la conséquence de la première, et selon laquelle la sûreté réelle consentie pour la dette d'un tiers n'est pas un cautionnement ("*attendu, écrit exactement la chambre mixte, qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant dès lors pas un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable*"). Il y a de quoi être surpris. On comprend naturellement les raisons qui ont pu présider à l'adoption d'une telle proposition. Un cautionnement qui n'emporte plus, sous-jacent, engagement personnel de payer est un cautionnement qui est exposé à se trouver totalement privé d'efficacité chaque fois qu'il aura été pris sur un bien commun par un époux agissant seul, puisqu'aux termes de l'article 1415 du Code civil, considéré jusque-là comme applicable au cautionnement réel²⁹, "*chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement*". C'est pour éviter cette perte totale d'efficacité que la chambre mixte choisit dorénavant de dénier à la "sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers" la qualification de cautionnement. Ce faisant, la chambre mixte supprime effectivement, "d'un trait de plume"³⁰, la question de l'application de l'article 1415. On a cependant du mal, sur ce point (quelles que puissent être les interrogations et réserves soulevées par l'application de l'article 1415 au cautionnement réel³¹), à approuver l'arrêt.

Quoi qu'en dise la chambre mixte, le cautionnement réel, sûreté pour autrui, est bien suffisamment un cautionnement pour qu'on lui conserve cette qualification, quand bien même une partie seulement du patrimoine (la valeur d'un ou plusieurs de ses éléments) serait-elle engagée. Au demeurant, l'exécution de la "*sûreté réelle consentie pour la dette d'autrui*" qu'est le cautionnement réel place le constituant dans la situation exacte d'une caution, "*que ce constituant ait laissé la saisie du bien grevé suivre son cours ou qu'il en ait volontairement payé au créancier la valeur afin de pouvoir le conserver*"³². Et naturellement, en cas d'exécution, ce constituant a vocation à recourir contre le débiteur principal, comme n'importe quelle caution. La méthode de la chambre mixte, qui bannit ici la qualification de cautionnement, a donc quelque chose de celle, fondée sur l'autosuggestion, d'Émile Coué et, pour tout dire, ne convainc guère. Elle convainc d'autant moins que

le refus d'appliquer l'article 1415 au cautionnement réel (appelons le encore comme cela, le temps de la démonstration) aurait pu être justifié autrement. Le Doyen Simler le souligne : à défaut d'avoir celle des concepts, la Cour de cassation a la maîtrise de l'interprétation des textes³³. La chambre mixte aurait ainsi pu relever simplement que le législateur a rédigé l'article 1415 en pensant au seul cautionnement personnel. La dernière proposition du texte le montre (précision selon laquelle l'époux qui consent au cautionnement souscrit par l'autre n'engage pas ses biens propres), qui n'a de sens que si le cautionnement auquel on a égard est un cautionnement personnel. L'appartenance du cautionnement réel et du cautionnement personnel à un même genre, celui des sûretés pour autrui, ne postulant pas leur assimilation³⁴, il est d'ailleurs arrivé déjà que la jurisprudence considère que la caution réelle ne pouvait se prévaloir, dans ses relations avec le créancier, de certaines règles applicables au cautionnement personnel, telles que l'exigence de la rédaction d'une mention manuscrite³⁵, le droit au maintien du terme même lorsque le débiteur est frappé d'une déchéance³⁶, les bénéfices de discussion et de division³⁷, ou l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu l'article 313-22 du code monétaire et financier, qui ouvre à certaines cautions le droit d'être informé du montant des encours et, le cas échéant, de la possibilité de résilier unilatéralement leur engagement³⁸. La Cour de cassation aurait donc certainement pu faire l'économie du changement de qualification qu'elle opère. À vrai dire, elle aurait même dû. Ce changement est malencontreux et problématique.

Malencontreux parce que ce changement intervient au moment même où l'on songe à introduire dans le Code civil, là où l'on trouvera les dispositions concernant le cautionnement, un article selon lequel "*le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui*"³⁹.

Problématique (quoi qu'il advienne de la réforme envisagée) parce que ce changement soulève la question de savoir si le régime du cautionnement réel, qui ne serait donc plus un cautionnement, ne va pas s'en trouver bouleversé en certains de ses aspects essentiels. Par exemple, s'intéressant à la question des recours entre cofidésseurs, et spécialement à celui de l'article 2033 du Code civil, ouvert jusque-là à toutes les cautions, y compris à la caution réelle, M. Simler fait observer que logiquement, dès lors que la sûreté réelle constituée par un tiers est jugée étrangère au concept de cautionnement, le tiers constituant devra se retrouver exclu du cercle des cautions... et donc du jeu du recours en contribution⁴⁰. ■

F. J.

cache nécessairement en son sein une obligation personnelle de garantir, déduit d'un fait connu, la constitution d'un cautionnement réel, le fait inconnu qu'est l'engagement personnel de payer, ce qui est divinatoire et ce qui contrevient formellement à la prescription de l'article 2015 du Code civil.

29. V. notamment Cass. 1^{re} civ. 26 mai 1999, Dr. fam., 1999, n 4, note B. Beignier; J.C.P. 1999, I, 156, n° 5, obs. Ph. Simler; Defrénois 2000, p. 439, obs. G. Champenois; R.T.D.civ. 2000, p. 366, obs. P. Crocq; Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000, J.C.P. 2000, I, 245, n° 16, obs. Ph. Simler; Banque & Droit, septembre-octobre 2000, p. 43, obs. F. J.

30. C'est à celle du doyen Simler que nous empruntons cette formule.

31. Sur ces interrogations et réserves, V. par exemple F. Jacob et N. Rontchevsky, L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties, *Mélanges AEDBF III*, Banque éditeur, 2001, p. 197, spéc. p. 206; adde, disponible sur le site de la Cour de cassation, l'Avis de M. Sainte-Rose, Avocat général, et les arguments qu'il expose en faveur de la non-application de l'article 1415 au cautionnement réel.

32. Ph. Simler, note préc. V. aussi et surtout, du même auteur, Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement, R.J.D.A.

3/2001, p. 235.

33. Note préc.

34. V. J. François, *Les sûretés personnelles*, Economica 2004, n° 92.

35. V. Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1998, Bull. civ. I, n° 172; R.D. bancaire et bourse 1998, p. 149, obs. M. Contamine-Raynaud; R.T.D.civ. 1997, p. 152, obs. P. Crocq (décision rendue à un moment où, comme aujourd'hui, de nouveau, la jurisprudence regardait le cautionnement réel comme une pure sûreté réelle).

36. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, D. Affaires 1999, p. 899, obs. A. L.; R.T.D.civ. 1999, p. 881, obs. P. Crocq; J.C.P. 1999, I, 156, n° 5, obs. Ph. Simler; Banque & Droit juillet-août 1999, p. 37, obs. F. J.

37. V. Cass. com., 6 mars 1979, Bull. civ. IV, n° 78.

38. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2000, préc.

39. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté récemment au garde des Sceaux prévoyait cette insertion. Sur cette réforme, v. Droit & Patrimoine, septembre 2005.

40. V. note préc.