

# 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. Sous-cautionnement. Débiteur principal en liquidation. Déclaration de créance de la caution et de la sous-caution. Double admission. Contestation par le liquidateur de l'admission de la sous-caution.

*Cass. com., 4 octobre 2005, n° 1260 F-P+B*

La créance dont la caution dispose par subrogation contre le débiteur principal est celle du subrogeant et peut donner lieu à une autre admission au passif du débiteur principal au profit de cette caution en sa qualité de subrogée dans les droits du créancier garanti.

“*L*ui, c'est lui, moi, c'est moi”. Voici peut-être comment l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 4 octobre 2005 pourrait être résumée par la partie au profit de laquelle il a été rendu : une banque qui, ayant eu à effectuer un paiement en qualité de sous-caution, entendait bien pouvoir faire une déclaration de créance au passif du débiteur principal en liquidation, malgré la déclaration de la caution de premier rang.

Une banque, donc, avait souscrit un cautionnement (un sous-cautionnement) au bénéfice d'une société elle-même engagée en qualité de caution. Le débiteur principal bientôt mis en liquidation, la banque entreprit de se faire admettre au passif de celui-ci. La demande d'admission, initialement fondée sur l'article 2032-2° du Code civil (qui permet à la caution, on le sait, d'agir contre le débiteur avant même d'avoir payé lorsque celui-ci “*a fait faillite ou est en déconfiture*”) fut rejetée par le juge-commissaire. De fait, la banque dut interjeter appel de cette décision pour obtenir d'être admise, et elle le fut, alors en tant que créancier subrogé dans les droits de la société caution de premier rang qu'il avait fallu entre-temps désintéresser. Cette admission de la banque sous caution au passif du débiteur principal ne fut cependant pas du goût du liquidateur, qui se pourvut en cassation.

Le pourvoi s'appuyait sur une assez longue suite d'arguments de valeur sans doute très inégale. Pour ce qui est de l'essentiel, il était reproché à l'arrêt attaqué d'avoir

admis la banque au passif du débiteur principal, en tant que créancier subrogé dans les droits de la société caution de premier rang, alors que la créance dont dispose la caution (ici sous caution) par subrogation dans les droits du créancier (ici la caution de premier rang, qui avait elle aussi été admise) est celle du subrogeant et ne peut donner lieu à une double inscription au passif de ce dernier, au profit tout à la fois de la caution subrogée et du créancier. Mais la Cour de cassation ne se laisse absolument pas convaincre et rejette le pourvoi. Selon elle, si la créance dont la caution dispose par subrogation contre le débiteur est effectivement bien celle du subrogeant, il n'en reste pas moins que cette créance “*peut donner lieu à une autre admission au passif du débiteur principal au profit de cette caution en qualité de subrogée dans les droits du créancier garanti*”. Aussi bien, poursuit la Haute juridiction, en admettant la banque au passif du débiteur principal en tant que créancier subrogé dans les droits de la société caution de premier rang, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Cette solution doit être pleinement approuvée. Non seulement la sous-caution peut déclarer mais elle doit le faire. Du moins, elle y a tout intérêt. C'est le seul moyen pour elle d'être sûre qu'elle pourra prétendre récupérer auprès du débiteur principal l'intégralité de ce qu'elle aura pu avoir à verser à la caution de premier rang. À cet égard, la déclaration faite par la seule caution de premier rang peut ne pas suffire. La sous-caution ne peut pas être certaine en effet de ce que la caution de premier rang a (ou va) déclarer. Ainsi l'hypothèse ne peut-elle être exclue que la caution de premier rang ne se soit fait admettre (ou ne s'apprête à le faire) qu'en tant que créancier subrogé, pour le montant de ce qu'elle a payé. Or les droits de la caution contre le débiteur principal, et donc la sous-caution, ne sont pas seulement ceux du créancier principal. Ils sont plus étendus. La caution de premier rang est susceptible en effet d'exercer un recours personnel et de prétendre à autre chose (à davantage : des dommages-intérêts par exemple, pour un préjudice apparu depuis que la caution de premier rang aura fait sa propre déclaration) qu'à ce à quoi le créancier principal avait droit<sup>1</sup>. Seule une déclaration faite

“principal”, ainsi que les frais qu'elle aura pu avoir à subir, voire des dommages-intérêts chaque fois que l'opération de garantie laisse subsister chez elle un préjudice particulier qu'expliquera le comportement du débiteur.

1. Rappelons qu'en vertu de l'article 2028 du Code civil, qui ouvre à la caution ce recours personnel, la caution peut prétendre récupérer auprès du débiteur non seulement le principal, c'est-à-dire ce à quoi le créancier avait droit et qui a dû lui être versé, mais aussi les intérêts à valoir sur ce

par la sous-caution elle-même lui donne l'assurance de pouvoir recourir pour un montant au moins équivalent à celui qu'elle a dû réellement acquitter compte tenu des droits de recours de la caution de premier rang. Et le fait que la sous-caution dispose elle-même d'un recours personnel après paiement étendu ne change rien au problème : ce recours (ce recours particulièrement, précisément parce qu'il est personnel) ne peut être exercé que si la créance à laquelle il donne droit a été déclarée, et ce même dans l'hypothèse où il fait suite à un paiement intervenu après l'ouverture de la procédure puisque ce recours est supposé naître au jour de l'engagement de garantie<sup>2</sup>.

F. J.

### **Cautionnement solidaire. Pluralité et réciprocité des dettes. Exception de compensation. Imputation du paiement par compensation.**

Cass. com., 4 octobre 2005, n° 1177 F-D

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui décide que les cautions ne peuvent être déchargées de leur engagement en raison de la compensation entre ce que le débiteur doit au créancier et ce que ce dernier lui doit en soulignant que, même en faisant application d'une possible compensation, la créance contre le débiteur persisterait pour un montant supérieur à celui devant être supporté par les cautions et que celles-ci ne pouvaient imputer la créance du débiteur sur leur seule dette, sans établir que les sommes restant dues au créancier ne constituaient qu'une seule dette cautionnée.

“*Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes*” : ce phénomène de double paiement automatique, bien connu, est décrit par le Code civil à l'article 1289. Dans son article 1294, alinéa 1<sup>er</sup>, le même Code souligne que “*la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal*”. Plus loin, il est en outre précisé, par l'article 1297, que “*lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1256*”. Et, selon cet article 1256, “*lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait le plus intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues*”. Les réponses aux questions que pouvait susciter l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté se trouvaient ainsi toutes ou presque fournies par le Code civil. Une question restait toutefois à trancher : celle de savoir si la dette cautionnée, dans le cas où l'une seulement des dettes d'une même personne est cautionnée, est celle qu'elle a le plus intérêt à acquitter. À cette question, la Cour de cassation répond implicitement par l'affirmative.

En l'espèce, un fonds de commerce avait été donné en location-gérance à une association. Deux époux s'étaient portés cautions des obligations locatives de l'asso-

ciation envers les propriétaires du fonds. Actionnés en paiement, les époux s'opposèrent à la demande dirigée contre eux en soutenant qu'ils étaient déchargés de leur engagement par compensation entre la dette (de loyers) cautionnée (une dette de 299 000 francs) et une créance (de 384 000 francs) dont l'association était entre-temps devenue titulaire contre les propriétaires du fonds loué. La cour d'appel estima cependant que les époux ne pouvaient être déchargés, jugeant, en substance, que le paiement réalisé ici par compensation entre ce qui était dû aux propriétaires du fonds et ce que ceux-ci pouvaient devoir à l'association ne s'imputait pas nécessairement sur la dette de loyers, et relevant que même après compensation, en raison de la multiplicité de ses dettes envers les propriétaires du fonds, l'association restait tenue pour un montant supérieur à l'engagement des cautions. Sur pourvoi formé par les époux cautions, la Cour de cassation censura cette décision en faisant valoir “*qu'en se déterminant par de tels motifs, tandis que les cautions demandaient l'imputation du paiement par compensation sur la somme due au titre de l'arriéré locatif, sans établir que les sommes restant dues aux loueurs ne constituaient qu'une seule dette cautionnée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale*”. C'est bien dire que lorsque le débiteur garanti par un engagement de caution est tenu de plusieurs dettes envers le créancier, et qu'une seule est cautionnée, l'éventuel paiement par compensation éteint d'abord celle-ci.

L'arrêt de la Cour de cassation appelle trois observations.

Ce que l'on peut observer, en premier lieu, c'est que l'on a avec cet arrêt de la Cour de cassation une nouvelle confirmation que la caution solidaire peut comme la caution simple se prévaloir de l'exception de compensation. La solution a pu être discutée car l'article 1294 du Code civil, en son alinéa 3, refuse au débiteur solidaire le bénéfice de l'exception de compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur et que, dans son article 2021, le Code pose que les effets de l'engagement de la caution solidaire “*se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires*”. Après quelques hésitations<sup>3</sup>, la Cour de cassation<sup>4</sup> avait pourtant fini par se prononcer en faveur de la thèse selon laquelle le cautionnement solidaire est avant tout un cautionnement et qu'il convient ainsi de faire prévaloir le caractère accessoire et donc le droit pour la caution de se prévaloir de toutes les exceptions qui peuvent appartenir au débiteur principal. Il a été expliqué depuis que l'exception de compensation ne pouvait d'ailleurs échapper à la caution solidaire car celle-ci, disposant contre le débiteur d'un recours avant paiement, comme la caution simple, est à l'égard de ce débiteur un créancier qui peut exercer l'action oblique<sup>5</sup>. Il a été expliqué en outre que l'alinéa 3 de l'article 1294 du Code civil, qui a pour but d'éviter à celui des codébiteurs qui est titulaire de la créance compensable d'être automatiquement le solvens, “*n'était pas transposable à la caution puisqu'il est naturel que le débiteur principal soit solvens*”<sup>6</sup>.

En deuxième lieu, on observera que l'idée selon

2. En ce sens, Cass. com., 16 juin 2004, Banque & Droit, septembre-octobre 2004, p. 76, obs. F. J.

3. V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2000, n° 687.

4. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1983, D. 1984, p. 152, note J.-L. Aubert; RTD civ. 1984, p. 330, obs. Ph. Rémy. Depuis, V par exemple Cass. com.,

26 octobre 1999, D. 2001, S.C., p. 696, obs. L. Aynès; J.C.P. 2000, I, 209, n° 6, obs. Ph. Simler; Banque & Droit, mars-avril 2000, p. 43, obs. F. J. (opposabilité de la compensation par la caution solidaire même si le débiteur principal renonce à l'invoquer).

5. V. à ce sujet les observations de Mme M. Bandrac, RTD civ. 1993, p. 626.

6. M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7<sup>e</sup>, 2004, n° 198, note 34.

laquelle, en cas de pluralité de dettes, celle qui est cautionnée doit être considérée comme la dette que le débiteur a intérêt à acquitter en priorité et, par voie de conséquence, comme celle à laquelle le paiement doit être affecté en priorité, n'est en vérité pas nouvelle<sup>7</sup>. Pour autant, cette position n'a pas la force des principes absolus. Elle ne relève pas de l'évidence, il est vrai, dès lors que la dette garantie n'est pas forcément la plus onéreuse pour le débiteur. Aussi bien, les juges admettent pouvoir eux-mêmes faire échec à la solution de l'imputation sur la dette cautionnée : appréciant l'intérêt du débiteur, ils peuvent décider d'imputer le paiement sur une autre dette<sup>8</sup>. Ajoutons que la solution de l'imputation sur la dette cautionnée peut être écartée par convention, le créancier et le débiteur restant libres de s'entendre pour affecter le paiement à la dette de leur choix<sup>9</sup>. Certes, on enseigne que cette liberté ne peut être abusivement exercée au détriment de l'éventuelle caution. Mais toute imputation sur une autre dette que celle qui est cautionnée ne peut être considérée comme abusive<sup>10</sup>. Un intérêt légitime peut exister, et il peut certainement tenir au caractère particulièrement onéreux d'une dette<sup>11</sup>.

En troisième lieu, on observera enfin que l'attendu principal de la Cour de cassation suggère clairement, pour l'hypothèse du paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée, une solution opposée à celle que nous venons d'évoquer. Selon la Cour de cassation, en effet, si les sommes restant dues avaient constitué une seule dette, cautionnée, la cour d'appel aurait pu décider ce qu'elle a décidé, à savoir que les époux caution ne pouvaient prétendre être déchargés. Ainsi, selon la Cour de cassation, lorsqu'un paiement partiel est fait pour une dette partiellement cautionnée, ce paiement s'impute normalement en priorité sur la partie non cautionnée de la dette. La solution, favorable cette fois au créancier, ne trouve aucun fondement législatif précis<sup>12</sup>. On peut cependant considérer qu'elle va de soi tant il est facile de se convaincre que la caution d'une partie de la dette doit demeurer tenue tant que le débiteur demeure tenu d'une partie de cette dette. Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que cette solution soit retenue ici, comme elle l'a été dans de précédentes décisions<sup>13</sup>.

F. J.

7. V. ainsi Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 octobre 1963, D. 1964, p. 39; adde Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 janvier 1994, D. 1994, S.C., p. 213, obs. Ph. Delebecque; RTD civ. 1994, p. 608, obs. J. Mestre.

8. En ce sens, V. CA Paris, 9 janvier 1998, J.C.P. 1998, I, 149, n° 5, obs. Ph. Simler. En l'espèce, deux prêts sont consentis, garantis par un cautionnement, puis un troisième, garanti par un nantissement sur fonds de commerce. Ce fonds est vendu. 200 000 francs sont alors payés. La cour d'appel de Paris juge qu'il y a lieu de faire application de l'article 1256 et d'imputer ce paiement sur la dette que le débiteur a le plus intérêt à acquitter, à savoir la (les) dette(s) cautionnée(s). Il ressort cependant de la motivation de l'arrêt (V. à ce propos les observations approbatives de Ph. Simler) que si le nantissement avait subsisté, la dette que le débiteur aurait eu le plus intérêt à acquitter aurait pu être la dette garantie par le nantissement dans la mesure où le paiement aurait permis de sauvegarder son outil de travail.

9. Rappelons que selon l'article 1253 du Code, "le débiteur... a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette il entend acquitter" et qu'à défaut de manifestation de volonté de la part du débiteur, le créancier peut imputer le paiement qu'il reçoit sur la dette de son choix... moyennant acceptation d'une quittance par le débiteur.

10. V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 665.

11. Sur ces questions, V. aussi J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les*

## Cautionnement. Informations détenues par le créancier sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions. Défaut d'information des cautions. Manquement du créancier à l'obligation de contracter de bonne foi. Responsabilité du créancier (oui).

Cass. com., 20 septembre 2005, n° 1107 F-P+B, BNP Paribas Lease Group c/Blanchard

En l'état de ses constatations et appréciations faisant ressortir que la crédit-bailleresse détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient, une cour d'appel a pu en déduire que cette crédit-bailleresse avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard de ces cautions.

La première chambre civile de la Cour de cassation a très récemment consacré un régime dualiste de responsabilité des établissements de crédit, en opérant un clivage entre les emprunteurs profanes et les emprunteurs avertis<sup>14</sup>. La volonté de réduire le contentieux dans ce domaine avait déjà conduit la chambre commerciale à appliquer cette distinction aux cautions, en jugeant que les dirigeants de sociétés cautions ne peuvent mettre en jeu la responsabilité des établissements de crédit que dans des "circonstances exceptionnelles"<sup>15</sup>. Un arrêt de la chambre commerciale du 20 septembre 2005<sup>16</sup> fournit une intéressante illustration de telles circonstances justifiant la condamnation d'un établissement de crédit à payer des dommages-intérêts à des cautions averties.

En l'occurrence, la société SHR 100, liée à la société Primevère par un contrat de franchise, a conclu avec un établissement de crédit deux contrats de crédit-bail portant sur du mobilier et du matériel de restauration qui étaient garantis par le cautionnement solidaire des deux cogérants de la société emprunteuse. Après que celle-ci a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, ses cautions, assignées en paiement par l'établissement de crédit, ont recherché la responsabilité de celui-ci. La cour d'appel de Paris a fait droit à cette prétention et a diminué le montant

obligations, 3. *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 3<sup>e</sup> éd., 2004, n° 143.

12. V. Ph. Simler, op. cit., n° 674.

13. Cass. com., 5 novembre 1968, Bull. civ. IV, n° 306; Cass. com., 28 janvier 1997, Bull. civ. IV, n° 28; D. 1997 somm. p. 167, obs. L. Aynès; contra: T.G.I. Strasbourg, 11 février 1972, D. 1972, p. 680, note M. Puech, ou encore, citée par M. Simler (loc. cit.), C.A. Orléans, 4 juin 1996: Juris-Data n° 049269 (où le paiement partiel est imputé en proportion des parties cautionnée et non cautionnée).

14. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juillet 2005, 4 arrêts (FP-P+B+R+I), J.C.P. E 2005, 1359, note D. Legeais; D. 2005, A.J., p. 2276, obs. X. Delpech. L'un de ces arrêts (n° 1264) juge qu'un emprunteur averti, ne prétendant pas qu'un établissement de crédit aurait eu sur sa situation financière des renseignements que lui-même aurait ignorés, ne peut faire grief à cet établissement de lui avoir accordé un prêt qu'il avait lui-même sollicité.

15. V. notamment Cass. com., 12 novembre 1997, Bull. civ. IV, n° 284; Cass. com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 95; R.J.D.A. 1999, n° 710 (3 arrêts); adde *Lamy Droit du financement* 2006 par J. Devèze, A. Couret et G. Hirigoyen, n° 3809.

16. D. 2005, p. 2588, obs. X. Delpech.

de la condamnation des cautions de 50 000 euros en principal, en retenant que l'opération était particulièrement risquée et que l'établissement de crédit n'avait pas informé les cautions des éléments d'appréciation reçus du franchiseur et ne s'était pas assuré qu'elles en avaient connaissance.

Le pourvoi formé par l'établissement de crédit à l'encontre de cette décision, qui reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1147 du Code civil et d'avoir privé sa décision de base légale au regard du même texte, est rejeté par la chambre commerciale: *"l'arrêt relève que la crédit-bailleresse ne conteste pas que le dossier, établi par la société Primevère, lui a été transmis directement par cette dernière, qu'elle n'en a pas donné connaissance aux cautions, n'a pas vérifié que celles-ci avaient eu connaissance des éléments qu'il contenait, et qu'elle disposait ainsi d'éléments d'appréciation ignorés des cautions; qu'il constate encore "le compte prévisionnel type", apparemment établi en 1989, sur lequel la crédit-bailleresse a fondé sa décision en 1992, porte sur les années 1990 à 1994, quand l'exploitation de l'hôtel n'a commencé qu'à la fin de l'année 1992, que les conditions économiques étaient devenues globalement moins favorables et que les chiffres de ce compte étaient néanmoins alarmants, le résultat net comptable étant négatif pour les trois premières années, l'équilibre ne devant être atteint que la quatrième année avec un taux d'occupation de 70 %, hypothèse très optimiste; qu'il retient aussi qu'un professionnel du crédit ne pouvait que déduire des éléments contenus dans ce dossier l'échec prévisible et même probable de l'opération entreprise; qu'en l'état de ces constatations et appréciations faisant ressortir que la crédit-bailleresse détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient, la cour d'appel a pu en déduire que cette crédit-bailleresse avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard de ces cautions"*.

Cette solution doit être approuvée et appelle trois observations concernant le fondement de la responsabilité du créancier, le préjudice subi par les cautions et l'incidence des nouvelles dispositions issues de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 cantonnant la responsabilité des créanciers.

En premier lieu, la responsabilité de la banque est retenue du chef d'un manquement à l'obligation de bonne foi, qui préside non seulement à l'exécution du contrat (cf. art. 1134 al. 3 C. civil) mais aussi à sa formation<sup>17</sup>. À cet égard, la jurisprudence rattache souvent l'obligation précontractuelle d'information à la bonne foi. Ainsi, la Cour

de cassation considère d'une manière générale qu'un contractant manque à l'obligation de contracter de bonne foi lorsqu'il tait volontairement une information dont il ne peut ignorer l'importance pour son partenaire<sup>18</sup>. En matière de cautionnement, bon nombre d'arrêts ont jugé que le manquement du créancier à son obligation précontractuelle d'information constituait une réticence dolosive justifiant l'annulation de la garantie<sup>19</sup>. Mais, dans un autre domaine, la chambre commerciale a récemment distingué, à juste titre, le devoir précontractuel d'information et le dol en énonçant que *"le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, s'il ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci"*<sup>20</sup>. Autrement dit, la Haute juridiction a affirmé que le dol comportait un élément intentionnel particulier, la volonté de tromper le contractant. La précision est importante car si le défaut d'information n'est pas délibéré mais résulte d'un oubli ou d'une négligence, la nullité du contrat ne peut pas être prononcée (sauf à démontrer que l'omission a provoqué une erreur sur une qualité substantielle) et seuls des dommages-intérêts peuvent être alloués<sup>21</sup>. Ainsi, en l'espèce, les cautions et les juges du fond ne reprochaient pas à la banque d'avoir sciemment dissimulé les éléments du dossier qu'elle avait reçu du franchiseur. Il y avait néanmoins une faute de l'établissement de crédit car les juges du fond avaient pris soin de relever que non seulement celui-ci détenait, à la date de l'engagement des cautions, des informations montrant que l'opération financée par les contrats de crédit-bail était dépourvue de viabilité<sup>22</sup> mais aussi qu'il n'avait pas vérifié que ses garants avaient eu connaissance des éléments du dossier. Il était ainsi établi que l'omission avait privé les cautions de la connaissance d'informations essentielles pour apprécier la portée de leur acte. Dans ces conditions, la responsabilité de l'établissement de crédit était susceptible d'être retenue<sup>23</sup>, même à l'égard de cautions averties.

En deuxième lieu, les cautions étaient en mesure de démontrer que le manquement de l'établissement de crédit à son obligation d'information leur avait causé un préjudice, qui est une autre condition de la responsabilité civile. Plus précisément, même si l'arrêt ne le dit pas, le préjudice consiste ici en la perte d'une chance d'éviter de contracter et de subir les préjudices résultant de la mise en œuvre de la garantie<sup>24</sup>. En conséquence, la réparation du dommage doit être mesurée à la chance perdue et ne peut pas être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette

17. V. sur ce point F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2005, n° 185; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2005, n° 776.

18. V. par exemple Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mars 1991, Bull. civ. III, n° 108 (non révélation par une commune du déclenchement de la révision du plan d'occupation des sols de nature à donner une plus-value aux terrains qu'elle achète).

19. V. par exemple Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2003, Bull. civ. I, n° 114; J.C.P. 2004, II, 10144, note R. Desgorges; Banque & Droit, septembre-octobre 2003, p. 68, obs. N. R., jugeant que *"manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager"*.

20. Communication, commerce électronique 2005, n° 158, note Ph. Stoffel-Munck; à paraître au Bull. civ. (à propos de contrats d'options qu'une banque avait fait souscrire à l'un de ses clients).

21. V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 234 et note 3.

22. Le financement d'une opération dépourvue de viabilité suffit à engager la responsabilité d'un établissement de crédit à l'égard d'une caution non avertie (V. par exemple Cass. com., 7 janvier 2004, Bull. civ. IV, n° 2).

23. S'agissant d'une faute commise au moment de la formation du contrat, certains considéreront que la responsabilité devrait être délictuelle et non pas contractuelle mais la distinction entre formation et exécution du contrat est ici très subtile et difficilement applicable (V. en ce sens Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 780).

24. Sur la perte d'une chance d'éviter un préjudice en raison d'un manquement à une obligation précontractuelle d'information, V. Ph. Le Tourneau et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2004-2005, n° 1425; rappr. Cass. com., 24 septembre 2003, Banque & Droit, novembre-décembre 2003, p. 50, obs. N. R. (action en responsabilité de cautions contre un commissaire aux comptes dont les négligences pouvaient avoir permis à une banque de croire à la solvabilité de la société à laquelle un crédit d'exploitation avait été consenti et avoir privé en conséquence les cautions d'une chance de n'avoir pas à s'obliger).

chance si elle s'était réalisée<sup>25</sup>. Aussi les dommages-intérêts alloués aux cautions par les juges du fond sont-ils très sensiblement inférieurs au montant de la dette de celles-ci envers l'établissement de crédit (dommages-intérêts de 50 000 euros réduisant la dette en principal des cautions à 30 002,35 euros). La solution n'est pas favorable en l'occurrence aux cautions qui ne se seraient très vraisemblablement pas engagées si elles avaient eu connaissance des éléments établissant que l'opération n'était pas viable.

En dernier lieu, il convient de s'interroger sur le point de savoir si la responsabilité des établissements de crédit-bail est susceptible d'être remise en cause à l'avenir par le nouvel article L. 650-1 du Code de commerce, issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, aux termes duquel "*les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont manifestement disproportionnées à ceux-ci*"<sup>26</sup>. La portée de ce nouveau principe d'irresponsabilité des créanciers prête d'ores et déjà à discussion<sup>27</sup>. En l'état, il peut être soutenu, même si cela ne va pas de soi, que l'exclusion de responsabilité des fournisseurs de crédit est générale et peut être opposée non seulement au débiteur et à ses créanciers mais aussi aux cautions et autres garants<sup>28</sup>. Mais le texte vise les préjudices subis "*du fait des concours consentis*". Or, si ces termes permettent sans doute d'englober tous les crédits, quelle que soit leur qualification<sup>29</sup>, il n'est pas certain qu'ils puissent s'appliquer aux opérations de crédit-bail, mobilier ou immobilier, dont la spécificité a été maintes fois relevée. La Cour de cassation a du reste déjà jugé à plusieurs reprises, au sujet de l'obligation d'information des cautions prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier (visant "*les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise...*"), que le contrat de crédit-bail ne constituait pas un concours financier<sup>30</sup>.

N. R.

## Délégation de loyers. Redressement judiciaire du délégant. Délégation consentie antérieurement à la période suspecte. Validité (oui).

Cass. com., 4 octobre 2005, n° 1286 FS-P+B+I+R, Caisse de Crédit Mutuel du Val de Moder c/Époux Thal

L'acte prévoyant la délégation de loyers par des cautions au profit d'une banque ayant été conclu avant la date d'insolvabilité notoire des cautions, peu important que son exécution fût postérieure à cette date, une cour d'appel a violé l'article L. 621-107, I, 4° du Code de commerce en retenant que, les significations faites aux locataires étant intervenues postérieurement à la date de l'insolvabilité notoire, la délégation de loyers mise en œuvre, qui ne peut être considérée comme un mode de paiement normal communément admis dans les relations d'affaires, était nulle.

Des arrêts récents de la Cour de cassation ont renforcé très sensiblement l'efficacité des garanties tirées du droit commun des obligations, et notamment de la délégation simple (cf. art. 1275 C. civil)<sup>31</sup>. L'une de ses applications les plus fréquentes est la délégation de loyers<sup>32</sup>, souvent utilisée dans la pratique bancaire comme en témoigne un arrêt de la chambre commerciale du 4 octobre 2005<sup>33</sup> qui présente l'intérêt de se prononcer sur la validité de cette opération au regard des nullités de la période suspecte (art. L. 621-107, I, 4° C. com.<sup>34</sup>).

En l'espèce, par acte du 30 avril 1998, une banque a consenti un prêt à une société dont le remboursement était garanti par des "*cautions solidaires et hypothécaires*" souscrites par des époux. L'acte stipulait en outre une clause de délégation des loyers afférents à l'immeuble hypothéqué au profit de la banque, en cas de non-paiement par le propriétaire de l'immeuble d'un terme échu. Après que la société a fait l'objet, le 8 février 1999, d'une procédure de redressement judiciaire, la banque a fait signifier la clause de délégation de loyers aux différents locataires de l'immeuble hypothéqué par actes des 8, 9 et 10 juin 1999. Quinze jours plus tard, les époux cautions ont été mis en redressement judiciaire, selon la procédure particulière en vigueur en

de loyers; comp. Th. Bonneau note sous Cass. com., 5 décembre 1995, Dr sociétés 1996, n° 52.

31. V. Cass. com., 7 décembre 2004, Bull. civ. IV, n° 214; Banque & Droit, mars-avril 2005, p. 39, obs. N. R., affirmant que l'obligation du délégué est une obligation personnelle indépendante de l'obligation du délégant et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janvier 2005, Bull. civ. I, n° 43; Banque & Droit, mars-avril 2005, p. 41, obs. N. R., affirmant que la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome mettant à la charge du promettant une obligation de résultat; sur ces deux arrêts, V. Ph. Stoffel-Munck, Chronique de Droit des obligations, Droit & Patrimoine, octobre 2005, p. 90, spéc. IV, p. 102.

32. Le propriétaire d'un immeuble donné en location délègue à sa banque le locataire qui payera directement ses loyers entre les mains de celle-ci (sur cette opération, V. notamment M.-L. Niboyet, Une illustration du concept de droit civil des affaires, La délégation de locataire, à titre de garantie, *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 71; Rép. civ. Dalloz, V° Délégation par M. Billiau, spéc. n° 4-5).

33. D. 2005, A.J., p. 2591, obs. A. Lienhard.

34. En vertu de ce texte, est nul, lorsqu'il aura été fait par le débiteur depuis la date de la cessation des paiements, "*tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires*".

25. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 260.

26. Sur ce texte, V. notamment R. Routier, Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce, Gaz. Pal. 9-10 septembre 2005, p. 33; D. Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficulté (art. L. 650-1 C. com.), JCP E 2005, I, 1510.

27. V. ce sur point Y. Chaput, La sauvegarde des entreprises en difficulté, JCP 2005, Actualités, 428, spéc. 2°; R. Routier, art. préc., n° 10; D. Legeais, n° 4 et s.; R. Dammann, La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, Banque & Droit septembre-octobre 2005, p. 16, spéc. II, A, b, p. 20.

28. V. en ce sens, D. Legeais, art. préc., n° 7, soulignant que le texte vise "*les préjudices subis*", ce qui indique qu'aucune distinction ne doit être opérée; comp. X. Delpéch, obs. préc., in fine, estimant que l'irresponsabilité des créanciers constitue une exception au principe à valeur constitutionnelle selon lequel chaque faute qui cause un dommage à autrui oblige son auteur à le réparer et doit faire l'objet d'une interprétation stricte.

29. V. en ce sens D. Legeais, art. préc., n° 6.

30. V. Cass. com., 30 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 435; Banque juin 1994, p. 91 obs. approbatives J.-L. Guillot; Defrénois 1994, p. 1173, obs. approbatives L. Aynès; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 décembre 1995, Bull. civ. I, n° 457; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 juin 2004, Banque & Droit, septembre-octobre 2004, p. 86, obs. Th. Bonneau; V. aussi sur ce point Ph. Simler, *Cautonnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 422 rappelant que si l'opération de crédit-bail est bien une technique de financement, elle prend la forme d'un bail et donne lieu au paiement non d'intérêts ou d'agios, mais

Alsace-Moselle, la date de leur insolvabilité notoire étant fixée au 5 mai 1999. Puis, par ordonnance de référé du 10 mai 2000, le juge d'instance a condamné les différents locataires de l'immeuble à remettre à la banque, à titre de provision, les loyers dus par chacun d'eux depuis la signification de la clause de délégation, ainsi que les loyers à échoir postérieurement à l'ordonnance. La cour d'appel de Colmar a infirmé cette ordonnance et rejeté les demandes de la banque à l'encontre des locataires de l'immeuble au motif que la clause de cession de loyers constituait un moyen de paiement stipulé en cas de défaillance des cautions et que les significations faites aux locataires étant intervenues postérieurement à la date de l'insolvabilité notoire, la délégation de loyers ainsi mise en œuvre, qui ne pouvait pas être considérée comme un mode de paiement normal communément admis dans les relations d'affaires, était nulle. Statuant sur le pourvoi formé par la banque, la chambre commerciale censure cette motivation au visa de l'article L. 621-107 I, 4° du Code de commerce: "*en statuant ainsi, alors que l'acte prévoyant la délégation de loyers avait été conclu avant la date d'insolvabilité notoire, peu important que son exécution fût postérieure à cette date, la cour d'appel a violé le texte susvisé*".

Cette affirmation règle une question mais en laisse une autre en suspens.

La chambre commerciale affirme clairement que la validité de la délégation au regard des nullités de la période suspecte doit être appréciée à la date de l'acte la prévoyant, et non à la date de son exécution. La délégation de loyers mise en place à une date antérieure à celle de l'insolvabilité notoire du délégant est ainsi valable alors même que son exécution, par la signification de la clause aux locataires délégués, a eu lieu ultérieurement, au cours de la période suspecte. La solution retenue par la Haute juridiction, qui vise l'article L. 621-107 I, 4° du Code de commerce et aucun autre texte, n'est assurément pas cantonnée à la procédure spécifique de redressement judiciaire en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle<sup>35</sup>. Rappelons que celle-ci est applicable aux personnes physiques qui ne sont ni des commerçants, ni des personnes immatriculées au répertoire des métiers, ni des agriculteurs, lorsqu'elles sont de bonne foi et en état d'insolvabilité notoire, notion distincte de la cessation des paiements (art. L. 628-1 C. com.)<sup>36</sup>. Il en résulte que la nullité de la délégation de loyers ne peut pas être prononcée en

application de l'article L. 621-107, I, 4° du Code de commerce (et demain en application du nouvel article L. 632-1, 4° du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde des entreprises) lorsque l'engagement pris par le délégué envers le délégataire, qui réalise l'opération<sup>37</sup>, est antérieur à la date de la cessation des paiements du délégant<sup>38</sup>.

En revanche, l'arrêt commenté ne prend pas position semble-t-il sur la validité de la délégation de loyers consentie en période suspecte car la chambre commerciale n'a retenu que la première branche du moyen du pourvoi de la banque, concernant la date de l'opération, sans statuer sur les autres griefs adressés au raisonnement des juges du fond<sup>39</sup>. Les précisions qui pourraient être données dans le Bulletin civil<sup>40</sup>, dans le Bulletin d'information et le rapport annuel de la Cour de cassation, où l'arrêt figurera, pourraient cependant permettre de mieux percevoir le sens de celui-ci. En l'état, il faut rappeler qu'un arrêt antérieur de la chambre commerciale, en date du 23 janvier 2001<sup>41</sup>, a sensiblement assoupli la rigueur traditionnelle à l'égard de la délégation<sup>42</sup> en approuvant une cour d'appel d'avoir jugé que la délégation de loyers constituait une pratique générale et habituelle dans les relations d'affaires du secteur bancaire pour la mise en place d'un prêt immobilier. D'une manière plus générale, la délégation de loyers est couramment pratiquée à l'occasion des crédits bancaires. Ce constat devrait être décisif, comme l'a déjà souligné M. Michel Cabrillac dans ses observations concernant l'arrêt précité du 23 janvier 2001<sup>43</sup>: "*selon l'esprit de la période suspecte, le secteur professionnel à prendre en considération est celui du créancier, puisque c'est lui qui a choisi ou accepté le mode de paiement qui lui est reproché. La question à se poser est donc de savoir si, en optant pour la délégation, il s'est conformé à un mode courant dans son secteur d'activité, s'il a agi comme le font habituellement ses concurrents*". Le fait que la délégation de loyers joue ici plus un rôle de garantie que de simple mode de paiement ne suffit pas à remettre en cause cette analyse<sup>44</sup>. Aussi est-il souhaitable que la chambre commerciale ne s'engage pas davantage dans une casuistique qui n'est guère conciliable avec les exigences de sécurité et de prévisibilité<sup>45</sup> et qu'elle reconnaisse le caractère habituel de la délégation de loyers mise en place au moment de l'octroi d'un crédit bancaire. ■

N. R.

35. V. A. Lienhard, obs. préc.: "*en la matière, pas de doute, vérité en deçà des Vosges ne devient pas erreur au-delà*".

36. V. CA Colmar, 16 mars 1988, D. 1989, S.C., p. 4, obs. F. Derrida.

37. V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1444, qui rappelle que la délégation n'est réalisée que si le délégataire accepte l'engagement du délégué.

38. V. déjà en ce sens, à propos des inopposabilités facultatives de l'ancien article 478 du Code de commerce, Cass. com., 5 janvier 1965, Bull. civ. III, n° 7; RTD com. 1965, p. 657, obs. R. Houin, énonçant que les juges du fond devaient vérifier si les tiers délégués s'étaient directement obligés envers la banque avant la date de la cessation des paiements du délégant.

39. V. aussi en ce sens A. Lienhard, obs. préc., qui estime que l'arrêt ne permet pas d'admettre sans nuance la validité de la délégation de loyers consentie en période suspecte.

40. Sur la nouvelle typologie des renvois figurant sous certains arrêts publiés au Bulletin civil, V. X. Henry, Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil, Bull. inf. C. cass., n° 599, 1<sup>er</sup> juin 2004, p. 4, avec un exergue (p. 3) du conseiller E. Lesueur de Givry, directeur du service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

41. Bull. civ. IV, n° 22; D. 2001, A.J., p. 701, obs. A. Lienhard; JCP E 2001, p. 752, obs. M. Cabrillac; D. 2001, p. 2509, note S. Bimes-Arbus; RTD com.

2001, p. 977, obs. A. Martin-Serf, jugeant qu'"un mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ne résulte pas forcément d'un usage".

42. Sur cette évolution, V. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, LGDJ, 17<sup>e</sup> éd., 2004 par Ph. Delebecque et M. Germain, n° 3125, qui opèrent un rapprochement avec l'assouplissement de la jurisprudence relative au paiement par cession de créance et relèvent l'utilisation de plus en plus fréquente de la délégation dans le cadre de certaines relations d'affaires.

43. Obs. préc., in fine; comp. F.-X. Lucas, obs. sur C.A. Paris, 17 septembre 2003 et 27 janvier 2004, RD bancaire et financier 2004, n° 136 estimant que lorsque le créancier est un établissement de crédit, c'est l'activité de celui qui a bénéficié du crédit qui doit être prise en considération.

44. Comp., plus nuancé, A. Lienhard, obs. préc. En vérité, la délégation simple ne joue qu'incidemment le rôle de garantie lorsque le délégué était précédemment débiteur du délégant (V. sur ce point Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 338).

45. V. sur ce point les réflexions de A. Martin-Serf, obs. préc., p. 979, in fine; adde S. Bimes-Arbus, note préc., p. 2511, in fine souhaitant davantage de souplesse dans l'appréciation de la validité des modes de paiement.