

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 – Exception de nullité – Exécution du prêt garanti par le cautionnement – Recevabilité de l'exception (oui)

Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, n° 1542 FS-P+B, époux X c/ CRCAM de Champagne-Bourgogne.

L'exception de nullité peut être invoquée à l'effet de faire échec à la demande d'exécution de l'acte juridique qui n'a pas encore été exécuté.

Viola, par fausse application, l'article 1304 du Code civil, la cour d'appel qui, pour déclarer des époux irrecevables à invoquer l'exception de nullité du cautionnement qu'ils avaient souscrit, énonce que cette exception ne pouvait être opposée au prêteur postérieurement à l'expiration du délai de prescription de cinq ans, dès lors que le contrat de prêt avait été exécuté comme en l'espèce, alors que l'acte juridique en exécution duquel le créancier agissait à l'encontre des époux était non pas le contrat de prêt mais le cautionnement garantissant celui-ci.

La Cour de cassation maintient la règle, exprimée traditionnellement par l'adage *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*¹, selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle². Les règles gouvernant la nullité des contrats s'appliquant assurément au cautionnement, la caution peut ainsi invoquer la nullité de son engagement par voie d'exception après l'expiration du délai, de trente ou cinq ans suivant les cas, de l'action en nullité. Cette solution avait déjà été retenue implicitement par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 14 septembre 2006, commenté récemment dans ces colonnes³. Elle est confirmée de manière très nette par un arrêt de censure rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 7 novembre 2006⁴.

En l'occurrence, des époux se sont portés cautions solidaires à l'égard d'une banque du remboursement d'un prêt immobilier. À la suite de la défaillance des emprunteurs, les cautions ont été assignées par la banque en exécution de leur engagement et ont invoqué en défense la nullité de celui-ci. La cour d'appel d'Angers a jugé que l'exception de nullité du cautionnement était irrecevable au motif qu'elle ne pouvait pas être soulevée après l'expiration du délai de prescription de l'action alors que le contrat de prêt avait été exécuté. La première chambre casse cette décision sous le visa de l'article 1304 du Code civil: *"Attendu que l'exception de nullité peut être invoquée à l'effet de faire échec à la demande d'exécution de l'acte juridique qui n'a pas encore été exécuté; attendu que pour déclarer les époux X irrecevables à invoquer l'exception de nullité du cautionnement, l'arrêt attaqué... énonce que cette exception ne peut être opposée au prêteur postérieurement à l'expiration du délai de prescription de cinq ans, dès lors que le contrat de prêt a été exécuté comme en l'espèce; qu'en se déterminant ainsi, alors que l'acte juridique en exécution duquel [la banque] agissait à l'encontre des époux X était non pas l'acte de prêt, mais le cautionnement garantissant celui-ci, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé"*.

Cette solution appelle deux observations sur le jeu de l'exception de nullité en matière de cautionnement et, d'une manière plus générale, sa pérennité dans notre droit.

La première chambre civile réaffirme la solution, retenue par toutes les formations de la haute juridiction⁵, selon laquelle l'exception de nullité est recevable après l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité seulement si l'acte litigieux n'a pas encore été exécuté⁶. Appliquée au cautionnement, elle signifie que si la garantie est entachée de nullité relative (par exemple en raison d'un vice du consentement du garant), comme cela était

1. V. H. Roland et L. Boyer, *Adages droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 60, p. 109.

2. Certains arrêts visent *"le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle"* (V. notamment Cass. 3^e civ., 10 mai 2001, Bull. civ. III, n° 61).

3. Banque & Droit, novembre-décembre 2006, p. 50, obs. N. R.

4. D. 2007, AJ, p. 15, obs. X. Delpech.

5. V. notamment Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 1998, Bull. civ. I, n° 338 ; Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002, Bull. civ. I, n° 76 ; Cass. 2^e civ., 14 septembre

2006, préc.; Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002, Bull. civ. III, n° 24 ; D. 2002, S.C., p. 2837, obs. L. Aynès; Banque & Droit mars-avril 2002, p. 51, obs. N. R. ; Cass. com., 6 juin 2001, Bull. civ. IV, n° 113; Defrénois 2001, p. 1429, obs. R. Libchaber.

6. Cette exigence est conforme à l'un des fondements de l'exception de nullité qui est le maintien des situations acquises : *quieta non movere* (V. notamment L. Aynès, obs. préc.).

soutenu en l'espèce, celle-ci peut encore être opposée par la caution, à titre de moyen de défense, si elle est poursuivie en exécution par le créancier après l'expiration du délai de cinq ans de l'action en nullité (cf. article 1304 C. civil). Si l'exception de nullité suppose que l'acte nul n'a pas été exécuté, lorsque la caution invoque par voie d'exception la nullité de son propre engagement, et non celle de l'obligation principale garantie, il est indifférent que celle-ci ait été ou non exécutée⁷. Aussi la haute juridiction a-t-elle justement censuré le raisonnement des juges du fond qui avaient déclaré irrecevable l'exception de nullité invoquée par les cautions au motif que le contrat de prêt garanti avait déjà été exécuté. La portée de l'arrêt dépasse cependant le droit du cautionnement.

La première chambre civile manifeste en effet clairement sa volonté de maintenir l'exception de nullité, à l'heure où une forte doctrine conteste son bien fondé et son opportunité, en relevant notamment que la plupart des arrêts en écartent le jeu au motif que le contrat argué de nullité a été exécuté, ne serait-ce que partiellement⁸. Mais la règle est ancienne et solidement ancrée dans la pratique, ce qui justifie que sa remise en cause soit largement débattue dans le cadre de la réforme attendue du droit des obligations et de la prescription. Il convient de rappeler à ce propos que l'avant-projet de réforme du droit des obligations énonce (article 1130, alinéa 2) que "*l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à une convention qui n'a reçu aucune exécution*", ce qui mettrait fin aux hésitations que peut susciter le jeu de l'exception lorsque le contrat a été exécuté, même partiellement, avant l'expiration du délai de prescription⁹.

N. R.

Cautionnement – Information annuelle de la caution – Durée – Extinction de la dette garantie

Cass. ch. mixte, 17 novembre 2006, n° 246 P+B+R+I, Banque populaire de l'Ouest c/ Mme X.

Il résulte de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier que les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier, au sens de ce texte, sous la condition d'un cautionnement, doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie. Violent ce texte la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'une caution en annulation d'un commandement aux fins de saisie-vente, retient que, si l'obligation d'information doit être respectée, même après l'assignation de la caution en paiement, il en va différemment une fois que le jugement

7. Comp. Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002, préc., jugeant que l'exécution partielle d'un contrat de crédit-bail immobilier s'oppose à la survie de l'exception de nullité, de sorte que la demande d'annulation du contrat était irrecevable comme tardive et que le délai de prescription s'applique aussi aux cautions ; Cass. com., 10 janvier 2006, inédit, pourvoi n° 04-14.789, jugeant que la nullité de la stipulation d'intérêts dans un prêt ne peut plus être invoquée par la caution par voie d'exception après l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité dès lors que l'emprunteur a exécuté son obligation de remboursement pendant plusieurs années.

8. V. L. Aynès, obs. préc. sur Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002 au D. 2002, S.C., p. 2838 : "*on en vient alors à se demander s'il ne serait pas plus simple et plus juste de chasser totalement le principe de notre droit, où il ne s'est introduit qu'à la faveur d'une reconnaissance jurisprudentielle*

condamnant celle-ci au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée et que la caution ne peut par conséquent se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des intérêts postérieurs au taux conventionnel a acquis force de chose jugée pour solliciter la déchéance du droit aux intérêts.

Un arrêt rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 17 novembre 2006¹⁰ a tranché la question, très importante en pratique, de la durée de l'obligation d'information des cautions qui est prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Si le texte est clair en ce qui concerne la sanction du défaut d'information, à savoir la déchéance du droit aux intérêts (art. L. 313-22 al. 2), il n'en est pas de même en ce qui concerne la durée de l'obligation d'information mise à la charge des établissements de crédit. Le souci de renforcer la protection de la caution voulue par le législateur a conduit la chambre commerciale de la Cour de cassation à juger que l'obligation d'information de la caution subsistait jusqu'à l'extinction de la dette garantie¹¹. De son côté, la première chambre civile, après avoir jugé dans un premier temps que l'obligation d'information prenait fin lorsque le créancier avait engagé une action à l'encontre de la caution ou l'avait sommée de payer¹², a adopté la même position que la chambre commerciale en considérant que l'obligation d'information s'appliquait jusqu'à l'extinction de la dette garantie, même lorsque le créancier avait assigné la caution en paiement. Mais la première chambre civile a jugé récemment, dans un arrêt du 13 décembre 2005¹³, que l'obligation d'information cessait au moment où la condamnation de la caution était devenue définitive, au motif que "*à l'obligation contractuelle primitive de la caution s'est substituée celle découlant d'une décision devenue irrévocable condamnant [la caution] à payer à la banque les dettes garanties*". La chambre commerciale ayant maintenu sa position dans un arrêt ultérieur¹⁴, la réunion d'une chambre mixte s'imposait pour unifier la jurisprudence.

En l'espèce, à la suite de la défaillance du débiteur principal, un tribunal a condamné sa caution à payer à la banque garantie la somme due en capital, majorée des intérêts au taux conventionnel, commissions, frais et accessoires. La banque a ensuite fait délivrer à la caution un commandement aux fins de saisie-vente pour recouvrer la somme due en principal, outre les intérêts échus. La cour d'appel de Caen a rejeté la demande de la caution tendant à l'annulation du commandement en application des dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier au motif que la caution ne pouvait pas invoquer un défaut d'information après la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des

(Cass. req., 1^{er} décembre 1846, D.P. 1847, I, p. 15)".

9. V. sur ce point les réflexions et suggestions de J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, 12^e éd., Sirey, 2006, n° 356.

10. D. 2006, AJ, p. 2980, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. Lamy Droit des affaires décembre 2006, n° 635, obs. D. Chemin-Bomben et S. Nahon ; Rev. Lamy Droit civil janvier 2007, n° 2364, obs. J.-J. Ansault.

11. V. notamment Cass. com., 25 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 103 ; Cass. com., 10 janvier 2006, inédit, pourvoi n° 04-14.789.

12. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1993, Bull. civ. I, n° 328.

13. Bull. civ. I, n° 488 ; JCP 2006, I, 131, n° 6, obs. Ph. Simler ; RJDA 2006, n° 702.

14. Cass. com., 10 janvier 2006, préc.

intérêts postérieurs au taux conventionnel avait acquis force de chose jugée.

La chambre mixte censure cette décision au visa de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier : *"Attendu qu'il résulte de ce texte que les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier, au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, sous la condition d'un cautionnement, doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie... ; attendu que pour rejeter la demande de Mme X, l'arrêt retient que si l'obligation d'information doit être respectée, même après l'assignation de la caution en paiement, il en va différemment une fois que le jugement, condamnant celle-ci au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée ; que la caution ne peut par conséquent se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des intérêts postérieurs au taux conventionnel a acquis force de chose jugée pour solliciter la déchéance du droit aux intérêts ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé"*.

La solution retenue par la chambre mixte, qui renforce la protection des cautions, ne satisfera sans doute pas les établissements de crédit mais elle a le mérite de clarifier définitivement la durée de leur obligation d'information dans un sens conforme à l'esprit de celle-ci.

L'analyse de la première chambre civile et de la cour d'appel de Caen, consistant à considérer que *"l'autorité attachée à l'acte juridictionnel transcende l'obligation légale d'information de la caution à la charge du créancier"*¹⁵, était certes séduisante au premier abord. En outre, d'un point de vue pratique, il avait été relevé qu'après une condamnation définitive, l'obligation de la caution n'était plus tribulaire de l'évolution des encours du débiteur garanti¹⁶. Mais la thèse de la substitution de l'acte juridictionnel à l'obligation primitive de la caution n'était pas cohérente au regard d'autres solutions retenues récemment par des formations solennelles de la haute juridiction qui ont jugé qu'une décision de condamnation au paiement d'une créance¹⁷ ou la constatation d'une créance par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire¹⁸ n'ont pas pour effet de changer la nature de la créance originelle¹⁹. Surtout, l'obligation d'information constitue une protection légale essentielle des cautions, qui a du reste été progressivement généralisée (cf. notamment art. 2293 al. 2 C. civil)²⁰, et l'on peut comprendre que la Cour de cassation n'ait pas voulu que celles-ci puissent en être privées par l'effet d'un acte juridictionnel, alors que les intérêts continuent à courir²¹.

N. R.

15. Avis de M. l'Avocat général Jobard, spéc. III, qui peut être consulté sur le site www.courdecassation.fr, se prononçant cependant en faveur de la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Caen.

16. V. Ph. Simler, obs. préc. sur Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2005.

17. Cass. ass. plén., 10 juin 2005, Bull. civ., n° 6, jugeant que si le créancier peut poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2277 du Code civil applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande ; sur cette décision, V. R. Libchaber, Le point sur l'intervention des prescriptions en cas de condamnation en justice, D. 2006, Chron., p. 254.

18. Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. civ., n° 3 ; D. 2006, p. 1793, note R. Wintgen, jugeant que la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance et que la circonstance que celle-ci soit consta-

Cautionnement – Défaut d'inscription définitive d'un nantissement judiciaire autorisé à titre conservatoire pour la garantie des mêmes dettes – Décharge de la caution en application de l'art. 2314 du Code civil

Cass. ch. mixte, 17 décembre 2006, n° 247 P+B+R+I, Société Comptoir Bigourdan de l'électronique c/ M. X...

Le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive.

L'article 2037 (de notre Code civil) n'est plus l'article L2037. Il est désormais l'article 2314. Mais il reste, fidèle à lui-même, le siège d'un substantiel devoir de vigilance du créancier dans la préservation des intérêts de la caution. Un arrêt rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 17 novembre 2006 en atteste. Il y est jugé que *"le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive"*.

En l'espèce, un cautionnement avait été souscrit au bénéfice d'une société en garantie des dettes de l'exploitant d'un fonds de commerce. Le jour même de la souscription de ce cautionnement, la société créancière prenait sur le fonds une inscription provisoire de nantissement, autorisée la veille par ordonnance du président du tribunal de grande instance. Cette inscription, ainsi que cela est rappelé dans le rapport du conseiller Cachelot et l'avis du premier avocat général Petit²², aurait dû être confirmée par une publicité définitive, à effectuer dans le délai de trois mois à compter de la date de l'ordonnance autorisant le nantissement, sous peine de caducité. L'inscription définitive n'ayant cependant pas été prise dans le délai requis, la caution, qui ne pouvait plus espérer être subrogée dans le bénéfice du nantissement, demanda à être déchargée de son engagement en application de ce très fameux article 2314 du Code civil (qui était alors encore l'article 2037), aux termes duquel, rappelons-le, *"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"*.

La cour d'appel de Pau fit droit à la demande de la caution, soulignant que la garantie provisoire existait au jour du cautionnement et que la caution, qui savait qu'une

tée par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire n'a pas pour effet de modifier cette durée.

19. M. l'Avocat général Jobard (avis préc.) a souligné que, dans le prolongement de ces décisions, *"pourrait être admise, très logiquement, l'idée que le jugement condamnant la caution à payer ne saurait se substituer à l'obligation primitive, mais au contraire coexister avec celle-ci"*.

20. V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2^e éd., 2006, n° 296.

21. V. sur ce point les réflexions de M. l'Avocat général Jobard, avis préc., considérant que la protection de la caution voulue par le législateur justifie que celle-ci reste informée de l'évolution de la créance ; adde D. Chemin-Bomben et S. Nahon, obs. préc., qui soulignent que les intérêts continuent à courir postérieurement à la décision ayant acquis force de chose jugée ; L. Aynès et P. Crocq, *ibid*.

22. A lire sur le site de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr.

inscription provisoire de nantissement avait été prise, avait pu croire que la société créancière la rendrait définitive. La Cour de cassation, par un premier arrêt, rendu le 20 octobre 2002 par la première chambre civile, censura cependant la décision de la cour d'appel de Pau, pour défaut de base légale, en reprochant à celle-ci de ne pas avoir relevé que la société créancière s'était obligée à rendre définitif le nantissement litigieux. Sur renvoi, la cour d'appel d'Agen confirma "qu'il résulte des dispositions de l'article 2037 (devenu 2314) du Code civil que la caution ne saurait reprocher au créancier de ne pas avoir conservé un droit qu'il pouvait ne pas acquérir définitivement et sur lequel, par conséquent, elle ne pouvait pas compter". La cour d'Agen en conclut "que le fait de ne pas rendre définitif le nantissement judiciaire provisoire d'un fonds de commerce en l'absence d'engagement pris par le créancier sur ce point ne constitue pas un fait susceptible de décharger la caution de son obligation".

Un nouveau pourvoi fut alors formé, où était invoquée la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, supposée être favorable dans ce genre de circonstances à la libération de la caution, jurisprudence illustrée, par exemple, par un arrêt du 11 avril 1995 qui admet que le fait pour une banque de ne pas constituer de nantissement sur l'outillage et le matériel financé par le prêt cautionné permet à la caution d'être déchargée dès lors qu'elle pouvait légitimement croire que ce nantissement serait constitué²³, ou bien sûr par l'arrêt du 13 mai 2003 selon lequel "si l'attribution judiciaire du gage ne constitue qu'une faculté pour le créancier, ce dernier, lorsqu'il est par ailleurs garanti par un cautionnement, commet une faute au sens de l'article 2037 du Code civil si, en s'abstenant de demander cette attribution, il prive la caution d'un droit pouvant lui profiter"²⁴. Compte tenu du fait que la question posée, qui divisait la doctrine, paraissait donc bien devoir opposer aussi différentes chambres de la Cour de cassation, il fut jugé nécessaire de faire statuer une chambre mixte.

À en croire le premier avocat général et le conseiller rapporteur, la chambre mixte devait procéder, à l'occasion de cette affaire, à un choix entre deux conceptions du devoir de vigilance du créancier. Une conception "rigoriste", que la première chambre civile a semblé vouloir faire sienne, et une autre, "solidariste", qui serait effectivement plus celle de la chambre commerciale depuis quelque temps. La première conception peut se recommander d'un certain nombre d'arguments de bon sens qu'a relevé le conseiller rapporteur Cachelot, soulignant, à la suite d'un certain nombre d'auteurs, que le créancier est libre de se constituer ou non des garanties, que leur cumul ne doit pas devenir pour lui une contrainte, que le créancier doit pouvoir choisir celle qui présente pour lui le plus d'intérêt, doit pouvoir décharger éventuellement un garant, et aussi que la caution "doit s'attendre à être obligée d'exécuter l'intégralité de ses engagements, même s'il existe plusieurs autres sûre-

tés". Faut-il considérer que la Cour de cassation, par cet arrêt de chambre mixte, a définitivement fait le choix de la seconde conception, celle qui veut que le créancier fasse toujours au mieux des intérêts de la caution... et aille éventuellement jusqu'à préférer aux siens les intérêts de la caution ? Nous voulons croire que non. À vrai dire, la décharge obtenue en l'espèce par la caution n'était guère critiquable. Le nantissement en cause portait en effet sur le fonds de commerce du débiteur. Négliger d'inscrire ce nantissement à titre définitif revenait à renoncer à essayer d'obtenir paiement du côté de ce débiteur plutôt que de celui de la caution, à sacrifier celle-ci plutôt que celui-là. Une caution, pourtant, n'est par hypothèse qu'un débiteur subsidiaire, de second rang. De fait, la négligence du créancier contrariait ici la logique même de l'opération de cautionnement. Les circonstances se prêtaient ainsi très mal à un autre choix que celui de la décharge.

Au-delà, on relèvera que la formule de la chambre mixte selon laquelle "le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive", aussi générale soit-elle, n'est pas contestable. Il appartient au créancier de veiller à ce que la caution puisse exercer son recours dans les meilleures conditions et avec les meilleures chances de succès. Aussi bien, s'il suffit pour cela que le créancier prenne la peine d'inscrire une sûreté, il est bien évident qu'il faut lui imposer de le faire. La formule de la chambre mixte n'implique pas autre chose, que le créancier accorde une attention forcément prioritaire aux intérêts de la caution. Par exemple, la formule n'autorise pas la solution condamnée par la première chambre civile²⁵ mais retenue par l'arrêt de la chambre commerciale le 13 mai 2003 (solution de la décharge de la caution lorsque le créancier omet de demander l'attribution du matériel nanti), ni la solution retenue par cette même chambre commerciale le 3 mai 2006 (décharge de la caution dans une affaire dans laquelle le prêteur avait négligé de mettre en œuvre la clause de cession conditionnelle des loyers dus à l'emprunteur dès les premières échéances impayées, pour préférer la vente amiable du bien financé)²⁶.

Bien que l'arrêt du 17 décembre 2006 soit le deuxième que la Cour de cassation aura rendu en chambre mixte en moins d'un an et demi sur le sujet, bien des incertitudes demeurent donc concernant la portée de l'attention que le créancier se doit d'accorder aux intérêts de la caution.

F. J.

23. Inédit titré : n° de pourvoi 93-16811.

24. Cass. com., 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 73 ; D. 2003, AJ, p. 1629, obs. V. Avena-Robardet (2^e espèce) ; D. 2004, somm. p. 52, obs. P.-M. Le Corre (2^e espèce) ; Defrénois 2004, p. 889, obs. J. Honorat ; Petites affiches 24 novembre 2003, note D. Houtcieff. On peut renvoyer à d'autres arrêts encore, notamment à un arrêt rendu le 3 mai 2006 et

commenté dans ces colonnes : Banque & Droit juill.-août 2006, p. 51.

25. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2003, D. 2004, S.C., p. 52, obs. P.-M. Le Corre.

26. Sur ces arrêts précités, V. nos observations critiques : Banque & Droit juillet-août 2005, p. 63, et Banque & Droit juillet-août 2006, p. 51.

27. V. notamment Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, Banque & Droit

Cautionnement – Responsabilité du créancier – Caution non avertie – Manquement à l’obligation de mise en garde

CA Limoges, chambre civile, section 1, 6 juillet 2006, n° 05/01106

La banque qui soutient abusivement une entreprise en laissant poursuivre une exploitation déficitaire manque à son obligation de mise en garde envers une caution, qui n’a pas la qualité de caution avertie, dès lors qu’il n’est pas démontré qu’en dehors de l’aide matérielle qu’elle pouvait apporter à l’entreprise cautionnée, elle aurait eu un pouvoir de décision et des compétences particulières en gestion et diagnostic d’entreprise de nature à lui permettre de procéder à une analyse utile sur les déconfitures du principal client de l’entreprise.

La première chambre civile de la Cour de cassation²⁷ puis la chambre commerciale²⁸ ont récemment consacré un devoir de mise en garde du banquier à l’égard des emprunteurs et des cautions profanes ou non avertis qui a déjà été longuement commenté dans le cadre des chroniques de cette revue. Mais que l’on fonde la force obligatoire de la jurisprudence de la Cour de cassation sur un phénomène d’*autorité* et une “*loi d’imitation*”²⁹ ou sur la “*commune reconnaissance de la règle jurisprudentielle*”³⁰, la réception par les juges du fond des solutions de la haute juridiction est essentielle.

Il n’est donc pas sans intérêt de relever un arrêt de la cour d’appel de Limoges du 6 juillet 2006, récemment mentionné au Bulletin d’information de la Cour de cassation³¹, qui a retenu la responsabilité d’une banque envers une caution non avertie en raison d’un manquement à l’obligation de mise en garde : “*La banque qui soutient abusivement une entreprise en laissant poursuivre une exploitation déficitaire manque à son obligation de mise en garde envers une caution, qui n’a pas la qualité de caution avertie, dès lors qu’il n’est pas démontré qu’en dehors de l’aide matérielle qu’elle pouvait apporter à l’entreprise cautionnée, elle aurait eu un pouvoir de décision et des compétences particulières en gestion et diagnostic d’entreprise de nature à lui permettre de procéder à une analyse utile sur les déconfitures du principal client de l’entreprise*”.

Ce disant, la cour d’appel retient à juste titre une approche très pragmatique de la qualité de caution avertie ou non avertie, dans le droit fil de l’arrêt de la chambre

novembre-décembre 2005, p. 80, obs. Th. Bonneau ; D. 2005, AJ p. 2276, obs. X. Delpech ; JCP E 2005, 1359, note D. Legeais ; JCP 2005, 10140, note A. Gourio, et en dernier lieu Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006 et Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006, Banque & Droit septembre-octobre 2006, p. 50, 2^e et 3^e espèces, obs. Th. Bonneau.

28. V. notamment Cass. com., 3 mai 2006, 3 arrêts, Banque & Droit septembre-octobre 2006, p. 49, obs. Th. Bonneau ; JCP E 2006, 1890, note D. Legeais ; Cass. com., 20 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 145 ; Banque & Droit septembre-octobre 2006, p. 50, 1^{re} espèce, obs. Th. Bonneau ; adde notre commentaire de l’un des trois arrêts du 3 mai 2006 concernant le devoir de mise en garde du banquier à l’égard d’une caution, Banque & Droit juillet-août 2006, p. 53.

29. V. F. Terré et Y. Lequette, obs. sur Cass. civ., 26 août 1874 in Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. 1, n° 73, p. 367, spéc. n° 6 : “*loi d’imitation : ce que la Cour de cassation a jugé, les juges du fond le jugeront. Ils savent, en effet, que, s’ils ne respectent pas les directives de la haute juridiction, leurs décisions seront censurées*”.

commerciale du 3 mai 2006³² concernant le devoir de mise en garde du banquier à l’égard des cautions. Ainsi, le fait que la caution ne soit pas totalement étrangère à l’activité de l’entreprise garantie ne suffit pas à la considérer comme avertie, dès lors qu’il n’est pas établi qu’elle était en mesure d’apprécier pleinement la situation de l’entreprise et les risques auxquels l’exposait son engagement.

N. R.

Garantie autonome – Paiement de la garantie – Recours du garant contre le débiteur en redressement judiciaire – Date de naissance de la créance du garant – Extinction de cette créance par compensation en compte courant – Connexité (non)

Cass. com., 19 décembre 2006, n° 1449 FS-P+B+I, Société Natexis Banques populaires SA c/ M. Baudouin X, commissaire à l’exécution du plan de la société Air Liberté AOM,

La créance de recours du garant contre le donneur d’ordre prend naissance à la date à laquelle l’engagement à première demande a été souscrit.

Le caractère autonome d’une garantie exclut la connexité entre la créance du garant à l’encontre du débiteur et toute créance de celui-ci à l’encontre du garant.

La question de savoir quand naît la créance de remboursement du garant personnel contre le débiteur principal est importante, particulièrement du point de vue pratique et lorsque le débiteur est en redressement judiciaire, puisque du moment où naît une créance (avant ou après l’ouverture de la procédure) dépend l’obligation qui incombe ou non au créancier de déclarer à la procédure, la possibilité pour celui-ci de bénéficier ou non de la priorité de paiement de l’article L. 621-32 du Code de commerce, ainsi que la possibilité de lui opposer ou non les dispositions du plan qui pourra être adopté³³.

D’un arrêt rendu le 16 juin 2004 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, il résultait que le recours personnel après paiement de la caution prend naissance dès la conclusion du contrat de cautionnement³⁴. Cette solution, contraire à celle qui était jusqu’alors admise³⁵, n’est sans doute pas à l’abri de la cri-

30. Ph. Jestaz, La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, D. 1987, Chron., p. 11, spéc. II, A, pp. 14-15, visant ainsi la reconnaissance de la règle jurisprudentielle par la “*communauté des juristes*”.

31. Bull. Inf. C. Cass. 15 novembre 2006, n° 2264.

32. Préc.

33. V. notamment les observations à ce sujet de P. Crocq, R.T.D.civ. 2004, pp. 758-759.

34. Cass. com., 16 juin 2004, Bull. civ. IV, n° 123 ; JCP 2005, I, 107, n° 15, obs. M. Cabrillac ; Gaz. Pal. 2004, 2531, note P.-M. Le Corre ; RTDciv. 2004, 758, obs. P. Crocq ; RTDcom. 2004, 811, obs. A. Martin-Serf ; Banque & Droit septembre-octobre 2004, p. 76, obs. F. Jacob ; Rev. Lamy Droit civil 2004/10, n° 415, et 2004/11, n° 453, étude I. Despres.

35. V. C.A. Toulouse, 25 novembre 1992, J.C.P. 1994, I, 3765, n° 7, obs. Ph. Simler ; Rev. proc. coll. 1997-1, p. 71, obs. C. Saint-Alary-Houin ; TGI Saint-Nazaire, 14 sept.embre 1998, JCP E 2000, p. 1076, obs. F.-X. Lucas, jugement où on lit qu’“*il n’est pas douteux que (la*

tique³⁶. Elle vient cependant d'être reprise dans un nouvel arrêt de la chambre commerciale, rendu le 19 décembre 2006. Cet arrêt a certes été rendu à propos du recours exercé par le souscripteur non d'un cautionnement mais d'une garantie autonome, et ce qu'on y lit est que "la créance de recours du garant contre le donneur d'ordre prend naissance à la date à laquelle l'engagement à première demande a été souscrit". Mais, s'agissant de la question en cause, la nature de la garantie personnelle souscrite n'a aucune incidence. Ce n'est pas le caractère accessoire du cautionnement qui peut expliquer que la créance de recours personnel de la caution *solvens* naisse au moment même de son engagement. Il n'y a donc aucune raison pour que la créance du garant autonome *solvens* naisse à un autre instant³⁷. De fait, on peut regarder l'arrêt commenté comme une confirmation de ce qu'est la position de la chambre commerciale à ce sujet.

La question du moment de la naissance de la créance du garant contre le débiteur (ici le donneur d'ordre) étant réglée, une autre question se posait, celle de savoir si la banque garante n'avait pas pu valablement se rembourser tout de même, ainsi qu'elle l'avait fait en l'espèce, par débit d'office, en inscrivant sa créance d'après paiement contre le débiteur au compte courant dont ce dernier était titulaire chez elle et dont la continuation avait été requise, en application de l'articles L. 621-28 du Code de commerce.

Certes, les règles des procédures collectives, on le sait assez bien, interdisent le paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure, et tout intéressé ainsi que le ministère public peut demander l'annulation d'un paiement fait en dépit de cette interdiction³⁸. Mais on sait aussi que certaines exceptions sont faites à ce principe. Ainsi l'interdiction du paiement des créances antérieures n'interdit pas le paiement par compensation entre créances réciproques et "connexes" (art. L. 622-7, al. 1^{er} C. com.). En effet, en présence de créances interdépendantes, explique-t-on, "il serait injuste d'obliger le cocontractant à payer ce qu'il doit au débiteur (exemple: le solde débiteur d'une vente) tandis qu'il ne recevrait rien du débiteur soumis à la procédure collective (exemple: des domages-intérêts pour vice caché...)"³⁹.

Précisément, le garant, auquel le débiteur était lié par une convention de compte courant, prétendait que l'on se trouvait dans ce cas ici, où une compensation entre créances connexes est possible, qui peut être invoquée après l'ouverture de la procédure.

L'analyse du fonctionnement du compte courant comme reposant sur des compensations successives est classique. Quand bien même s'accorderait-on à ne plus la trouver forcément exacte à tous les points de vue, cette

analyse reste proposée, au moins sous une forme renouvelée⁴⁰. Or le compte courant sert souvent de cadre au recours du garant contre le débiteur. Et lorsque c'est le cas, l'idée qu'il y aurait connexité est souvent présente, qui permet par exemple à un banquier caution de débiter le compte de son client pour une créance de remboursement non encore exigible. Dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 6 février 1996⁴¹, on lit d'ailleurs qu'il résulte du fait qu'une banque ait effectué en qualité de caution, antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, une première série de versements, et de la perspective d'avoir à en effectuer d'autres, "que la créance certaine de la banque était, bien que non encore exigible, connexe de celles devant être inscrites au compte courant, dont [la banque et la société débitrice] avaient fait le cadre de règlement de leurs créances réciproques, et que ladite créance déclarée au passif du redressement judiciaire pouvait, en conséquence, être invoquée en compensation du solde du compte" (en réponse à un pourvoi où il était soutenu au contraire que le principe de l'affectation des créances au compte courant ne créé pas un lien de connexité suffisant pour permettre une compensation entre le solde créditeur disponible d'un compte courant et la créance que pourrait détenir la banque en raison de son engagement de caution, créance qui figure au différé et ne sera portée au disponible que lorsqu'elle sera certaine, liquide et exigible en raison de l'exécution du cautionnement souscrit par la banque⁴²).

De fait, on n'est pas surpris des arguments développés par la banque en l'espèce, liés aux idées de compensation et de connexité. Une créance antérieure avait certes été payée... mais par inscription en compte courant. Une cour d'appel condamne la banque au remboursement des sommes correspondant à cette créance. La banque souligne dans son pourvoi que "la compensation de dettes connexes peut-être invoquée après l'ouverture de la procédure, dès lors que la créance a été déclarée [ce qui était le cas]. Elle poursuit en faisant valoir que "la cour d'appel, qui a constaté [...] que les parties étaient convenues d'un compte courant, ne pouvait écarter la compensation sans rechercher [...] s'il n'y avait pas connexité entre les dettes litigieuses". Le pourvoi, pourtant, est rejeté par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Mais le plus troublant est dans les termes dans lesquels il l'est.

"Le caractère autonome d'une garantie, répond la Cour de cassation, exclut la connexité entre la créance du garant à l'encontre du débiteur et toute créance de celui-ci à l'encontre du garant". Cet attendu laisse fortement circonspect. Sans doute aurait-on pu comprendre que la Cour de cassation fasse valoir qu'il y a connexité et connexité⁴³, que celle qui résulte de l'affectation de

créance des cautions) n'a pu prendre naissance qu'à compter du paiement opéré (par elle) entre les mains du créancier"; CA Metz, 21 mai 2002, D. 2002, AJ, p. 2468, obs. A. Lienhard.

36. V. notamment nos observations, Banque & Droit septembre-octobre 2004, p. 77.

37. V. les observations d'A. Lienhard sur le site Dalloz actualité.

38. V. par exemple F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^e éd., 2006, n° 230 et s.

39. F. Pérochon et R. Bonhomme, op. cit., n° 243.

40. V. notamment F. Pérochon et R. Bonhomme, op. cit., n° 917-1.

41. Bull. civ. IV, n° 34; PA 1^{er} octobre 1997, p. 12, note B. Soinne; D. 1997, p. 353, note D.-D. Boccara.

42. Rappelons que dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, la connexité entre les créances réciproques permet la compensation postérieurement à l'ouverture de la procédure même si les conditions habituelles de liquidité et d'exigibilité ne sont pas réunies. V. notamment, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 1403, et la jurisprudence citée.

43. La connexité "ne peut être enfermée dans une définition technique précise" relèvent les auteurs (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 1404) avant de souligner que des considérations d'équité et d'opportunité sont ce qui guide les juges qui ont à en apprécier l'existence.

44. Mesdames Pérochon et Bonhomme expliquent que les parties au compte courant choisissent cette affectation préalable et générale de leurs créances réciproques au compte car elles prévoient de conclure un

créances réciproques à un compte courant⁴⁴ n'est pas forcément celle qui justifie que l'on fasse exception au principe d'interdiction du paiement des créances antérieures, que la première est une connexité que l'on déduit non de la nature des choses, de l'existence d'un lien objectivement étroit entre deux créances (nées d'une seule et même opération contractuelle par exemple), mais de la seule volonté des parties à la convention de compte de voir leurs créances réciproques (quelle que soit leur origine : l'affectation est générale) être payées d'une certaine manière (par fusion en un solde), et qu'il est difficile, lorsqu'un paiement est interdit par la loi, d'invoquer cette connexité là pour obtenir que ce paiement soit tout de même permis. Sans doute aurait-on pu comprendre que la Cour de cassation fasse valoir que cette connexité-là n'a rien d'incontournable, et qu'à la volonté des parties sur laquelle elle repose il n'est pas anormal en période de crise, au nom de l'égalité entre les créanciers et du redressement, d'en préférer une autre, qui sera exprimée par l'administrateur, et qui sera de ne plus voir le compte fonctionner que comme une caisse où sera recueilli ce qui est dû au débiteur. Une telle motivation aurait au moins eu un sens. L'argument tenant à la nature autonome de la garantie n'en a guère.

grand nombre et une grande variété d'opérations, créant une importante charge de risque pour le banquier qui fonde sa confiance sur les futures remises en sens inverse qui équilibreront la balance ou l'inverseront. "C'est ce qui explique leur connexité naturelle et juridiques" concluent les auteurs (op. cit., n° 917-1).

C'est dans les rapports du garant et du créancier bénéficiaire de la garantie, à la lumière de l'influence que la relation débiteur-créancier (et les vicissitudes qui peuvent affecter cette relation) va (vont) pouvoir avoir sur la relation garant-créancier, que se vérifie l'autonomie d'une garantie. Et cette autonomie tient au contenu et aux termes de l'engagement de garant vis-à-vis du bénéficiaire. Il ne saurait donc résulter de cette autonomie ou de son absence le moindre enseignement concernant la connexité ou l'absence de connexité entre la créance de remboursement du garant contre le débiteur et une créance que celui-ci pourrait avoir contre ce garant. La créance de remboursement du garant autonome, au demeurant, a le même fondement et la même nature que celle de la caution. Dans les deux cas, une opération de crédit par signature a été conclue, crédit ouvert au bénéfice du débiteur⁴⁵. Cette opération implique à titre éventuel un paiement. Lorsqu'il se produit, le débiteur doit rembourser le garant, comme on doit rembourser n'importe quel crédit.

Une fois n'est pas coutume, la Cour de cassation a rendu un arrêt à la motivation parfaitement déroutante. ■

F. J.

⁴⁵ V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd., 2000, n° 558 et 995.