

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 de l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

I Sûretés personnelles

Garantie financière professionnelle. Autonomie. Absence d'extinction de la garantie en cas d'omission de déclaration de la créance au passif de la procédure collective du professionnel garanti

Cass. ass. plén., 4 juin 1999, SARL Faraya c/Baumgartner ès qual. et autre, n° 440 P.

En raison de son autonomie, la garantie financière exigée des personnes exerçant des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce et affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs qu'elles ont reçus n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'agent immobilier, le client ne déclare pas au passif sa créance de restitution de la somme versée. En conséquence, ce client peut assigner directement le garant.

La nature juridique des garanties financières professionnelles (1) a suscité ces dernières années une controverse doctrinale et une divergence de jurisprudence au sein même de la Cour de cassation à laquelle la Haute juridiction vient de mettre fin par un arrêt remarqué rendu par l'assemblée plénière le 4 juin 1999 (2). Un bref rappel des données du problème mettra en lumière l'importance au plan pratique de la solution retenue par cette décision.

On sait que de nombreux professionnels détenant des fonds pour le compte de leurs clients (syndics de copropriété, agents immobiliers, agences de voyage, entreprises de travail temporaire, notaires...) sont tenus de fournir à ceux-ci une garantie que les sommes détenues leur seront payées même en cas d'insolvabilité (3). Selon les différents textes, la garantie peut être donnée par une caisse commune alimentée par les membres de la profession (par exemple les caisses régio-

nales de garantie des notaires), par une compagnie d'assurance ou par une société de caution mutuelle et certaines sociétés financières se spécialisent dans ce genre de service. Parmi ces garanties professionnelles, certaines sont expressément qualifiées de «cautionnement», comme celle exigée des agents immobiliers par le décret n° 72-678 du 20 juillet 1972. Aussi s'est-on logiquement posé la question de savoir si une telle garantie s'éteignait, à l'instar d'un véritable cautionnement personnel (4), en cas de défaut de déclaration de la créance du client au passif de la procédure collective ouverte à l'encontre du professionnel.

Une partie de la doctrine a souligné que les diverses garanties financières professionnelles avaient une origine légale (et non pas contractuelle en l'absence de contrat entre le garant et le client du professionnel garanti) et a soutenu que les bénéficiaires disposaient d'une action directe contre les garants qui n'était pas éteinte en cas de défaut de déclaration de la créance (5). D'autres auteurs ont écarté cette qualification et ont fait valoir, en prenant appui sur les textes, qu'une garantie financière n'était pas autre chose qu'un cautionnement de droit commun enchâssé dans une stipulation pour autrui (6).

Cette controverse avait trouvé un écho au sein de la Cour de cassation. En effet, après des tâtonnements, la chambre commerciale avait affirmé qu'une garantie financière ne s'éteignait pas en cas de défaut de déclaration par le client de sa créance au passif de la procédure collective du professionnel (7) tandis que la première chambre civile avait jugé que l'action dont disposait le bénéficiaire d'une garantie professionnelle n'était pas une action directe et que le défaut de déclaration de la créance entraînait l'extinction de l'obligation du garant au motif que celui-ci était «*tenu dans les termes du droit commun du cautionnement*» (8). Pour ajouter à la confusion, à propos d'une question de compétence, la deuxième chambre civile avait de son côté expressément qualifié l'action du bénéficiaire de la garantie d'«*action directe*» (9).

L'assemblée plénière de la Cour de cassation met fin à la discussion en ce qui concerne la garantie financière des agents immobiliers. Dans un arrêt de censure rendu au visa de l'article 3 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et des articles 17 et

39 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, elle affirme «*qu'en raison de son autonomie, la garantie financière exigée des personnes exerçant des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles ou les fonds de commerce et affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs qu'elles ont reçus n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'agent immobilier, le client ne déclare pas au passif sa créance de restitution de la somme versée ; qu'en conséquence, ce client peut assigner directement le garant*». La solution retenue par la Haute juridiction appelle des observations quant à son fondement, sa portée et son opportunité.

En premier lieu, l'assemblée plénière ne tient pas compte de la lettre des textes se référant au concept de cautionnement et fonde expressément sa décision sur l'«*autonomie*» de la garantie financière professionnelle de l'agent immobilier. Certains regretteront cette méconnaissance des termes de la loi mais force est de constater qu'il y a bien longtemps que la Cour de cassation ne se fait plus un devoir de respecter les textes (10). A cet égard, l'affirmation de l'autonomie de la garantie financière s'inscrit dans le prolongement des arrêts rendus par la troisième chambre civile qui ont reconnu le «*caractère spécifique*» de la garantie d'achèvement exigée du lotisseur par le code de l'urbanisme (art. R. 315-34) (11) et de la garantie de livraison imposée par le code de la construction et de l'habitation (art. L. 231-6) dans le cadre du contrat de construction de maison individuelle (12) pour en déduire que leur mise en œuvre n'était pas soumise à une déclaration préalable en cas de redressement ou de liquidation judiciaire. Le terme autonomie invite également à rapprocher la solution de celle retenue à propos de la garantie indépendante (13). Pourtant, l'autonomie visée ici n'est pas la même que celle de la garantie indépendante «*à première demande*». En effet, comme l'a souligné un auteur (14), l'obligation du débiteur d'une garantie financière professionnelle présente un «*caractère subsidiaire très accusé*» car son exécution suppose que le client bénéficiaire ait établi la défaillance du professionnel garanti et le garant n'est pas tenu de payer une somme forfaitaire mais un montant qui ne peut excéder celui des fonds remis et non restitués (15). La garantie financière professionnelle est cependant autonome en ce sens qu'elle n'est pas l'accessoire de la dette principale dans la mesure où elles ne sont pas toutes deux soumises aux mêmes conditions d'exigibilité (16).

On remarquera encore que l'assemblée plénière déduit de l'autonomie de la garantie financière professionnelle que le garant peut être assigné «*directement*» par le client, ce qui évoque l'action directe ouverte par le code des assurances (art. 124-3) à la victime d'un dommage contre l'assureur du responsable qui, selon une jurisprudence bien assise (17), peut être exercée sans que l'on ait à déclarer la créance au passif de la procédure collective du responsable. Mais il faut souligner que la Cour de cassation se garde bien de qualifier l'action en cause d'action directe, qualification qui serait du reste discutable comme on l'a vu, et ancre sa solution dans la seule autonomie de la garantie (18). Le rapprochement avec l'action directe de la victime contre l'assureur est néanmoins fécond car il permet de dégager l'essence des garanties professionnelles qui, à l'instar des garanties du droit de la construction (19), revêtent en réalité la nature d'une assurance de responsabilité civile professionnelle (20) ou d'une garantie indemnitaire (21). On en veut pour preuve que les textes les plus récents instaurant des mécanismes de garantie analogues en faveur des investisseurs soulignent qu'ils ont «*pour objet d'indemniser les investisseurs*» (art. 62 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 modifié par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à

l'épargne et à la sécurité financière (22)). Autrement dit, il s'agit avant tout de mécanismes de protection des clients d'un professionnel auquel ceux-ci ont confié des fonds, effets ou valeurs. Ce fondement va du reste dans le sens d'une extension de la solution retenue par l'assemblée plénière.

En deuxième lieu, s'agissant de la portée de l'arrêt du 4 juin 1999, celui-ci a trait à la garantie financière des agents immobiliers mais il faut souhaiter que le principe posé à ce propos sera appliqué à toutes les garanties obligatoires en vertu d'un texte qui sont affectées à la restitution des fonds, effets ou valeurs remis à un professionnel par ses clients (23). Rien ne justifierait en effet que des garanties ayant toutes la même finalité protectrice ne soient pas soumises au même régime en cas de non-déclaration de la créance. Plus généralement, l'arrêt du 4 juin 1999 peut laisser à penser que la Cour de cassation entend soustraire au droit commun du cautionnement toutes les garanties obligatoires, quelle que soit la qualification retenue par les différents textes (24).

En troisième lieu, l'opportunité de la solution ne paraît guère discutable car le débat concernant la nature juridique de la garantie financière professionnelle ramène tout simplement à la question de savoir qui doit être préféré du client spolié ou du garant du professionnel défaillant (25). Il est heureux que la Cour de cassation ait choisi de privilégier la protection du premier (26), conformément à l'esprit des garanties professionnelles. Il faut se souvenir ici que l'extinction des créances non déclarées dans un bref délai n'est rien d'autre qu'un «*moyen de spoliation des créanciers*» (27), appliqué avec une rigueur souvent excessive aux établissements de crédit (28) et dont on ne saurait user à l'encontre de personnes qui non seulement ne lisent pas le BODACC (29) mais ignorent même son existence ! Il semble du reste que certains garants financiers avaient déjà la délicatesse de ne pas invoquer le défaut de déclaration de la créance à l'encontre des particuliers (30).

L'arrêt commenté invite enfin à dresser un inventaire des garants qui ne peuvent invoquer le défaut de déclaration de la créance pour échapper à leur obligation : outre le débiteur d'une garantie financière professionnelle, il s'agit du codébiteur solidaire, des débiteurs des diverses garanties autonomes du droit de la construction, des garants indépendants et vraisemblablement des souscripteurs de lettres d'intention (31).

N. R

(1) Pour une présentation de ces garanties, V. notamment Ph. Simler, «Cautionnement et garanties autonomes», *Litec*, 1991, n° 74 et s. ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, «Droit des sûretés», *Litec*, 4^e éd., 1997, n° 360 et s. ; I. Riassetto, «Réflexions sur la nature juridique des garanties professionnelles», *Petites affiches*, 16 décembre 1996, p. 4 ; I. Feviliye-Dawey, «La garantie financière professionnelle», *Thèse Rouen*, 1999, sous la direction de M. Béhar-Touchais.

(2) D. Affaires 1999, p. 1082, obs. A. L. ; *JCP E* 1999, p. 1294, note M. Béhar-Touchais.

(3) V. l'énumération présentée par Ph. Delebecque, Rép. com., V^o Cautionnement commercial, n° 75.

(4) V. notamment Cass. com., 17 juillet 1990, *Bull. civ. IV*, n° 214 ; D. 1990, p. 494, note A. Honorat, jugeant que l'extinction de la créance non déclarée au passif, exception inhérente à la dette, peut être opposée par la caution en vertu de l'article 2036 du code civil.

(5) V. D. Tomasin, obs. sur Cass. civ. 2e, 27 février 1985 à la *RD imm.* 1986, p. 85.

(6) V. notamment Ph. Simler, op. cit., n° 75 ; plus nuancé, Ch. Jamin, obs. au *JCP* 1995, I, 3843, n° 9.

(7) Cass. com., 5 octobre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 331 ; D. 1994, p. 267, note F. Derrida et J.-P. Sortais ; *JCP* 1994, II, 22225, note M. Béhar-Touchais, à propos de la garantie financière des conseils juridiques.

(8) Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 17 ; D. 1995, p. 178, note L. Aynès ; *JCP* 1995, I, 3843, n° 10, obs. Ch. Jamin et II, 22489, note M. Béhar-Touchais ; *JCP E* 1995, I, 515, n° 2, obs. Ph. Simler ; Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 278 ; *Banque* décembre 1995, p. 92, obs. J.-L. Guillot, à propos de la garantie financière des agents immobiliers.

(9) Cass. 2^e civ., 22 février 1995, *Bull. civ. II*, n° 60, à propos de la garantie financière des agents immobiliers.

(10) V. déjà il y a une dizaine d'années la forte critique de Ph. Conte, L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, *JCP* 1988, I, 3843.

(11) Cass. 3^e civ., 14 janvier 1998, *Bull. civ. III*, n° 10 ; *JCP E* 1998, p. 298, note P. Morvan ; Cass. 3^e civ., 12 mars 1997, *Bull. civ. III*, n° 53, qualifiant la garantie extrinsèque d'achèvement de «garantie autonome» alors que là encore le texte parle pourtant de «caution».

(12) Cass. 3^e civ., 4 octobre 1995, *Bull. civ. I*, n° 213 ; *JCP* 1995, II, 22545, note H. Périnet-Marquet.

(13) V. TGI Paris, 8 mars 1995 (solution implicite), *RD bancaire et bourse* 1995, p. 191, obs. M. Contamine-Raynaud ; adde M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 471-12.

(14) I. Riassetto, art. préc., II, A, p. 6 ; adde sur l'autonomie de la garantie financière, I. Feviliye-Dawey, *Thèse préc.*, p. 191.

(15) Ce qui évoque le constitut mais cette qualification doit être écartée car cette sûreté personnelle garantit exclusivement des obligations de somme d'argent tandis que les garanties professionnelles couvrent également parfois des obligations de faire (V. F. Jacob, «Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie», *LGDJ*, 1998, préf. Ph. Simler, tableau II, p. 372-373).

(16) V. M. Béhar-Touchais, note préc. sous Cass. ass. plén., 4 juin 1999, n° 11.

(17) Cass. ch. mixte, 16 juin 1979, D. 1979, p. 562, note F. Derrida et sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, Cass. com., 25 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n° 78.

(18) V. M. Béhar-Touchais, note préc. sous Cass. ass. plén., 4 juin 1999, n° 9.

(19) V. sur ce point les fines observations de P. Morvan, note préc.

(20) Sur les rapprochements entre assurance et sûreté, V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, *Dalloz*, 2^e éd., 1995, n° 11 ; adde F. Derrida et J.-P. Sortais, note préc., n° 4, qui relèvent le lien de parenté entre les garanties financières professionnelles et l'assurance des salariés contre l'insolvabilité de leur employeur.

(21) V. en ce sens la remarquable analyse d'I. Riassetto, art. préc., II, B, p. 7 et la référence (notes 52 et 61) à P. Ancel, «Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé», *Thèse Dijon*, 1981, n° 34 et s. qui définit la garantie indemnitaire comme «le contrat par lequel une personne s'engage d'une manière indépendante à indemniser une autre personne pour le cas où celle-ci ne recevrait pas une prestation qui lui a été promise par un tiers» et qui rapproche cette garantie du contract of indemnity du droit anglais et du *Garantievertrag* du droit allemand ; adde sur la notion de garantie indemnitaire, F. Jacob, op. cit., n° 83.

(22) *JO* 29 juin 1999, p. 9487 ; D. Affaires 1999, p. 1057 et p. 1121 ; adde Th. Bonneau, De quelques apports de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier, *JCP E* 1999, p. 1378, spéc. n° 25.

(23) V. en ce sens, A. L., obs. préc. ; M. Béhar-Touchais, note préc., n° 15-16.

(24) V. déjà en ce sens, P. Morvan, note préc., in fine.

(25) V. Ch. Jamin, obs. préc. in fine.

(26) La volonté de la Haute juridiction de protéger les clients apparaissait déjà dans des arrêts récents qui ont réaffirmé l'existence d'un devoir de surveillance pesant sur le débiteur d'une garantie financière professionnelle (V. Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1999, *Bull. civ. I*, n° 14 ; *JCP E* 1999, p. 861, note M. Béhar-Touchais). Ce devoir de surveillance montre bien que la garantie financière est distincte d'un cautionnement (V. D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, *LGDJ*, 1996, n° 76).

(27) M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 220.

(28) V. par exemple CA Rennes, 18 février 1998, *JCP E* 1998, p. 993, 1^{re} espèce, note F.-X. Lucas, rejetant une action en relevé de forclusion de la BNP au motif qu'il s'agit d'un «plaideur institutionnel doté d'un service contentieux» qui ne pouvait ignorer l'obligation de déclarer une seconde fois sa créance au passif d'une seconde procédure collective ouverte à l'encontre d'une SCI.

(29) V. M. Béhar-Touchais, note préc., n° 2 ; pour une application de cette idée, V. Trib. com. Paris, 31 mai 1991, *Gaz. Pal.* 1992, somm., p. 333, jugeant que la lecture du Bodacc ne saurait être exigée d'un créancier que pour les dettes professionnelles.

(30) V. Ph. Simler, obs. préc. in fine.

(31) V. en ce sens, M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 482 ; R. Baillo, Les lettres d'intention, *RTD com.* 1992, p. 547, spéc. n° 56.