

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)**

I Sûretés personnelles

Cautionnement. Crédit de trésorerie accordé par une banque à une entreprise avant toute activité. Action en responsabilité de la caution. Faute de la banque (non).

*Cass. com., 22 mars 2005, n° 493 F-P+B,
Boyer c/Crédit Lyonnais.*

La circonstance qu'un crédit de trésorerie ait été accordé à une entreprise, avant toute activité et pour en permettre le démarrage, afin de financer l'activité d'achat et de revente de produits n'est pas de nature à lui seul à caractériser un comportement fautif d'une banque.

L'enthousiasme ne suffit pas à créer une entreprise viable mais le législateur favorise les téméraires qui veulent se lancer dans l'aventure sans fonds propres en autorisant la constitution de certaines sociétés avec un capital symbolique (comme en atteste la suppression du capital social minimal dans les SARL : art. L. 223-2 C. com., issu de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003). Pourtant, en cas de dépôt de bilan, l'insuffisance des fonds propres expose les dirigeants à une action en responsabilité¹. Les cautions aussi déchantent alors et elles pensent souvent trouver leur salut en reprochant à la banque qui a financé, avec leur garantie, la création ou le rachat d'une entreprise d'avoir commis une faute dans l'octroi du crédit. Il est en effet acquis que le banquier a un devoir de vigilance, de vigilance-discernement², dans la distribution des crédits qui lui impose de refuser son concours à une entreprise ou une opération non viable et les cautions peu-

vent se prévaloir d'un manquement du banquier à cet égard³. Mais depuis quelques années, la Cour de cassation a soumis la responsabilité du banquier à l'égard d'un emprunteur ou des dirigeants cautions à des conditions très strictes, au point qu'elle ne peut être retenue désormais que dans des circonstances exceptionnelles⁴. Il reste alors le cas des autres cautions qui peuvent, de prime abord, plus aisément faire grief à la banque d'avoir financé inconsidérément la création ou le rachat d'une entreprise. Mais un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 mars 2005⁵ confirme que la faiblesse des fonds propres des créateurs ou repreneurs d'une entreprise ne suffit pas à caractériser un comportement fautif de la banque dans l'octroi du crédit.

En l'occurrence, une personne s'est portée caution solidaire des dettes d'une société envers une banque. Assignée en paiement par la banque après que la société ait fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, la caution a formé une demande de dommages et intérêts en mettant en jeu la responsabilité de la banque. La Cour d'appel de Bordeaux a rejeté cette prétention et a condamné la caution à payer la somme de 1 000 000 de francs en principal. Le pourvoi formé par la caution contre cet arrêt faisait valoir que la banque avait commis une faute en allouant un crédit disproportionné à une entreprise qui, dès sa création, présentait un important débit et que la cour d'appel ne pouvait se borner à énoncer qu'il n'était pas anormal de consentir un découvert dès la création de la société, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si l'octroi d'un crédit de trésorerie de 1 000 000 de francs avant le moindre début d'activité permettant d'établir la viabilité de l'entreprise ne caractérisait pas une faute de la banque.

La chambre commerciale rejette le pourvoi en énon-

¹ Sur la responsabilité pour insuffisance de capital, V. notamment M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 17^e éd., 2004, n° 240 et les décisions citées.

² V. notamment Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchretien, 5^e éd., 2003, n° 411 ; *Lamy Droit du financement* 2005 par J. Devèze, A. Couret et G. Hirigoyen, n° 2926.

³ V. par exemple Cass. com., 23 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 208, jugeant qu'une cour d'appel a pu estimer que commet une faute envers la caution le créancier qui consent un prêt en vue d'une opération immobilière qu'il sait non viable.

⁴ V. notamment Cass. com., 26 mars 2002, Bull. civ. IV, n° 57 ; Banque & Droit juillet-août 2002, p. 56 ; RTD com. 2002, p. 523,

jugeant que dès lors que les débiteurs (non professionnels) d'un prêt bancaire n'ont jamais prétendu que la banque aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, les juges du fond ont pu décider qu'ils étaient mal fondés à reprocher à cette banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en leur accordant un prêt sans considération de leurs capacités de remboursement ; à propos des dirigeants cautions, V. Cass. com., 8 octobre 2002, Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 2003, p. 414, note C. Koering ; JCP E, 2002, 1730, note D. Legeais ; RTD civ. 2003, p. 125, obs. P. Crocq ; Defrénois 2003, p. 411, obs. Ph. Théry.

⁵ Rev. Lamy Droit civil mai 2005, n° 655, obs. A. Decoux.

çant «d'une part, que la circonstance que le crédit de trésorerie ait été accordé à une entreprise, avant toute activité et pour en permettre le démarrage, afin de financer l'activité d'achat et de revente de produits n'est pas de nature à lui seul à caractériser un comportement fautif de la banque; que l'arrêt retient qu'il n'était pas anormal que, dès la création de la société, un découvert ait été consenti pour permettre l'acquisition du stock et qu'il n'était pas discuté devant la cour d'appel que les crédits avaient été consentis sur la base d'un programme prévisionnel d'activités attesté par des bons de commande fournis à la banque; d'autre part, qu'il n'est ni établi, ni même allégué par la caution que ces prévisions, en l'état des perspectives de développement de la société, qui venait de se créer, étaient irréalistes, c'est à bon droit que la cour d'appel a statué comme elle a fait, sans encourir les griefs du pourvoi».

Deux enseignements peuvent être tirés de cette décision.

Le premier, et le plus remarquable, est que dans une matière où les motifs d'ordre factuel sont souvent prépondérants, la Haute juridiction pose très clairement un principe de portée générale selon lequel le fait de financer le démarrage d'une entreprise, ne disposant ne semble-t-il guère de fonds propres, et l'acquisition d'un stock par un crédit de trésorerie important ne constitue pas en soi une faute de la banque. La chambre commerciale s'était du reste déjà prononcée dans le même sens à propos du financement de l'intégralité du prix d'achat d'une petite entreprise⁶. Cette solution peut être qualifiée de «laxiste»⁷ mais à l'heure où des projets de loi veulent alléger la responsabilité des banques pour soutien abusif et améliorer l'accès des entreprises au financement bancaire⁸, elle procède sans doute d'une volonté compréhensible de la Haute juridiction de ne pas sanctionner systématiquement les banques, dont les réticences dans ce domaine sont souvent critiquées, qui acceptent de consentir des concours à des créateurs ou repreneurs d'entreprises sans fonds propres.

Cela étant, le second enseignement de l'arrêt est que la chambre commerciale n'affranchit pas, à juste titre, les banques de leur devoir de vigilance et de prudence. Elle prend soin de relever qu'il n'était pas contesté en l'espèce que le crédit avait été accordé au vu de prévisions d'activités, étayées par des bons de commande, dont le caractère irréaliste n'était pas invoqué par la caution. Autrement dit, une banque ne commet pas de faute si elle consent un crédit normal au regard d'une étude sérieuse et de perspectives réalistes. Mais elle reste à juste titre responsable si elle consent un concours inconsidéré pour financer un projet manifestement inviable et voué à l'échec.

Le principe et le tempérament dont il est assorti sont de nature à établir un équilibre entre des considérations économiques (favoriser la création ou la reprise d'entreprise) et des exigences juridiques élémentaires (sanctionner les fautes flagrantes).

N. R.

⁶ Cass. com., 18 juin 1996, Bull. civ. IV, n° 174; RTD com. 1996, p. 701, obs. M. Cabrillac.

⁷ M. Cabrillac, obs. préc. à la RTD com. 1996, p. 701.

⁸ V. Projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, D. 2005, Actualité législative, p. 1075 et art. 142 du projet de loi relatif à la sauvegarde des entreprises.

⁹ NB : Exceptionnellement (et assez maladroitement), celui qui dans cette formule est désigné par les juges comme étant le donneur d'ordre

Garantie à première demande. Contregarantie. Cause de l'engagement de contregarantie. Incidence de la relation du contregarant et du débiteur. Incidence de l'absence de cause sur l'engagement d'un garant (ou contregarant) à première demande.

Cass. com., 19 avril 2005, n° 664 FS-P+B,
SA Leygafinance c/Crédit Lyonnais.

L'engagement d'un garant à première demande est causé dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu important qu'il n'y soit pas partie⁹.

Pourquoi, dans quel but souscrit-on un engagement de garantie personnelle? L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu le 19 avril 2005 par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁰ apporte à cette question une réponse qui peut sembler manquer quelque peu de clarté a priori, mais qui reste conforme à la manière dont nos juges envisagent les choses depuis l'arrêt Lempereur¹¹. On peut formuler cette réponse ainsi : le garant s'engage pour permettre au débiteur dont les obligations seront garanties d'obtenir un avantage de celui envers lequel la garantie est souscrite, avantage qui souvent prend la forme d'un crédit.

Une société importatrice de matières premières envisageait de conclure avec une autre société un contrat de fourniture. Afin d'assurer à celle-ci les facilités de caisse nécessaires à son propre approvisionnement, la société importatrice accepta de contregarantir l'engagement de garantie (de premier rang) pris par sa banque au bénéfice de celle qui, au Luxembourg, acceptait de consentir les facilités de caisse en question : un classique enchaînement de garanties à première demande vint à être ainsi mis en place. Tout aussi classiquement, après que la garantie de premier rang fut appelée par la banque luxembourgeoise, la contregarantie le fut à son tour. La société importatrice, contregarantie, invoqua alors la nullité de son engagement pour absence de cause. Sa demande d'annulation s'appuyait sur l'argument selon lequel l'engagement de contregarantie qu'elle avait souscrit était dénué de toute contrepartie puisqu'il s'avérait qu'en définitive aucun contrat d'approvisionnement n'avait été conclu entre elle-même et la société à laquelle les facilités de caisse avaient été accordées. La société importatrice contregarantie n'a cependant obtenu satisfaction ni devant les juges du fond ni devant la Cour de cassation.

Dans un arrêt confirmatif, la cour d'appel relève que «l'engagement de la société Leygafinance (la société importatrice) était destiné à assurer à la société Caisoon (la société avec laquelle la société importatrice Leygafinance était en contact) les moyens financiers permettant à celle-ci de se procurer la matière première à fournir à la société Ley-

n'est autre que le garant lui-même, qui soutenait que son engagement était dépourvu de cause, et non celui dont les obligations sont garanties (et que l'on nomme habituellement donneur d'ordre car en pratique c'est généralement lui qui, après que son partenaire commercial le lui a demandé, accomplit les démarches et donne les instructions qui conduisent à mise en place de la ou des garanties attendues).

¹⁰ D. 2005, AJ p. 1285.

¹¹ Cass. com., 8 novembre 1972, D. 1973, p. 753, note Ph. Malaurie.

gafinance» et aussi que «la cause de la garantie à première demande consentie par le crédit Lyonnais France (le garant de premier rang) en faveur du Crédit Lyonnais Luxembourg était constituée par la facilité de caisse accordée par ce dernier à la société Caisoon». Reproduisant dans son propre arrêt ces constatations et appréciations, la chambre commerciale de la Cour de cassation admet qu'il en résulte que «la société Leygafinance avait un intérêt économique à la conclusion du contrat de base constitué par la facilité de caisse accordée par le crédit Lyonnais Luxembourg à la société Caisoon», et qu'ainsi la cour d'appel a légalement justifié sa décision en considérant que la garantie souscrite par Leygafinance était causée «peu important que la société Leygafinance ne soit pas partie au contrat de base et que l'opération commerciale d'acquisition que ce contrat rendait possible n'ait pas été conclue».

La proposition doit être pleinement approuvée selon laquelle la cause des garanties ici souscrites (par le Crédit lyonnais France et par la société Leygafinance, dont l'engagement, ainsi que le relèvent les juges, «était destiné à assurer à la société Caisoon les moyens financiers» nécessaires) était constituée par la facilité de caisse accordée à la société Caisoon. La proposition est au demeurant parfaitement conforme à ce qu'est très clairement la position de la jurisprudence depuis 1972¹². Cette position a certes été parfois critiquée. On a pu dire ainsi qu'elle ruinait la distinction entre cause objective et cause subjective puisque l'on ne peut comprendre pourquoi le garant personnel cherche à obtenir un avantage au profit du débiteur que si l'on s'intéresse aux relations qu'entretiennent ce garant et le débiteur, relations qui, par hypothèse, participent des motifs – extérieurs au créancier – que le garant a pu avoir de s'engager¹³. Mais cette critique peut être écartée. Rien n'impose en effet à celui qui s'intéresse à la cause d'un engagement de garantie de se soucier de l'intérêt que le garant a pu ou va pouvoir tirer de l'opération à titre personnel. La finalité économique et sociale d'une garantie, après tout, n'est ni un échange entre le garant et celui dont les obligations seront garanties (ici «l'opération commerciale d'acquisition»), ce contrat de fourniture dont la conclusion avait été projetée mais dont la non-conclusion ne pouvait, selon une très juste proposition de la Cour de cassation, avoir aucune incidence), ni un échange entre le garant et le bénéficiaire de la garantie. La finalité économique et sociale de la garantie (que l'on définit volontiers comme constituant un instrument de crédit) est un échange entre le bénéficiaire de la garantie (le créancier) et celui dont les obligations seront garanties (le débiteur). Dès lors, du moment que le garant veut et obtient du créancier l'avantage attendu par le débiteur, cela suffit : on a une explication rationnelle et valable de l'engagement, on a un acte attentif», on a... une cause objective¹⁴.

Aussi bien, on peut regretter que la Cour de cassa-

tion ait voulu souligner ici, fut-ce en passant, que la société Leygafinance avait un intérêt économique à la conclusion du contrat de base. Le fait est que le garant a généralement un intérêt indirect, pécuniaire (la bonne marche des affaires de son client lorsque le garant est une banque), voire moral à la conclusion de l'opération garantie. Mais s'agissant d'un contrat unilatéral comme le contrat de garantie, le contrôle de l'utilité de l'engagement, du bien-fondé, en termes de raison, de la volonté de s'engager, ne passe pas, comme en matière de contrat synallagmatique, par la vérification qu'au sacrifice consenti correspond un avantage corrélatif propre à la personne de celui qui s'oblige (le garant). Cet avantage-là n'est pas celui qui importe. Au demeurant, il ne peut être présenté comme le but immédiat de l'engagement de garantie. Le but immédiat de l'engagement de garantie c'est le résultat immédiat sur lequel sa souscription va déboucher, à savoir l'octroi au débiteur de l'avantage subordonné à la garantie, autrement dit l'effort que le bénéficiaire de la garantie va consentir pour mériter que le garant accepte d'assumer un risque de paiement. Ajoutons que le garant n'a parfois aucun intérêt véritable, même indirect, à la conclusion du contrat de base. Bien souvent, la seule chose qui le motive est le versement par le débiteur de la rémunération qui a pu être prévue. Cette absence d'intérêt personnel à la conclusion du contrat de base ne permettrait évidemment pas de prétendre que la garantie manque de cause.

Mais, à vrai dire, le plus important ne tient sans doute pas à cette malheureuse observation de la Cour de cassation. Le plus important, finalement, tient peut-être au fait que les juges, y compris ceux de la Cour de cassation, aient accepté d'entrer dans ce jeu de la détermination de la cause de l'engagement du garant autonome. Cette détermination n'a évidemment d'intérêt (autre que purement théorique) que si l'on admet que cette cause, ou plutôt son absence, peut avoir une incidence sur le maintien de la garantie. Or, jusque-là, on pouvait penser que ce n'était pas le cas. En 1982, en effet, dans l'un des arrêts fondateurs dont on dit qu'ils ont fait entrer la garantie autonome dans le droit français, la Cour de cassation¹⁵ – concédant déjà que la cause de l'engagement du garant autonome est bien là où elle s'accorde expressément à la voir aujourd'hui – s'était exprimée en ces termes : «même si l'engagement (du garant) avait pour cause le protocole n° 7 (le contrat principal, autrement dit), dont la nullité était alléguée, en l'état, (le garant), en raison de son engagement de payer à première demande, ne pourrait se dérober à son obligation». Cette formule ne pouvait être interprétée que comme un refus de voir la cause objective jouer en la matière le moindre rôle¹⁶. Et la solution pouvait s'expliquer. Lorsqu'elles conviennent de la mise en place d'une garantie autonome, en effet, les parties cherchent à confé-

12 V. Cass. com., 8 novembre 1972, arrêt Lempereur précité, où on lit que «la cause de l'obligation de (la caution) était la considération de l'obligation prise corrélativement par (la banque bénéficiaire de la garantie), à savoir l'ouverture de crédit à la société Lempereur (dont les obligations étaient garanties)».

13 V. P. Ancel, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, Thèse Dijon, 1981, n° 170.

14 L'intérêt principal de la théorie de la cause, écrivait Capitant, est de protéger la volonté «en exigeant un acte attentif» (H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz 1923, n° 66).

15 Cass. com., 20 décembre 1982, Bull. civ. IV, n° 417; D. 1983, p. 365, note M. Vasseur; JDI 1983, p. 811, note A. Jacquemont; RTD com. 1983, p. 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

16 Étant admis que les mots «en l'état» avaient ici pour seul but de réserver la possibilité que le garant aurait sans doute de plaider l'appel manifestement abusif ou frauduleux dans le cas où la garantie serait appelée après l'annulation, par un garant qui n'ignorerait rien de cette annulation qui n'aurait aucun droit à indemnisation (V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e éd., Litec, 2000, n° 942).

rer à leur garantie une liquidité équivalente à celle que revêtirait un dépôt de fonds. C'est donc une inopposabilité des exceptions sans faille qu'elles cherchent à atteindre. On peut admettre qu'il en découle une renonciation implicite mais nécessaire du garant à se prévaloir de la cause de son engagement dès lors que cette cause doit être considérée comme résidant dans la considération du contrat principal. L'engagement de garantie autonome ne serait certes pas dénué de cause mais il serait détaché de sa cause¹⁷.

Aujourd'hui, la question que l'on peut se poser est celle de savoir si cette renonciation au rôle de la cause objective doit continuer d'être regardée comme participant du régime des garanties autonomes. Si tel n'était effectivement plus le cas, l'inopposabilité des exceptions demeurerait le principe, sans doute (d'où un maintien de la garantie même en cas de défaut de déclaration à la procédure de redressement dont le débiteur ferait l'objet, par exemple), mais du moins une garantie autonome pourrait-elle être annulée (pour absence de cause) chaque fois que le crédit en considération duquel a été consentie la garantie n'est finalement pas accordé (en l'espèce il l'avait bien été) ou n'est pas maintenu¹⁸.

F. J.

II Sûretés réelles

Hypothèque conventionnelle. Opposabilité aux tiers à la date de l'inscription. Absence de publication antérieure d'un autre droit. Responsabilité du notaire en raison de la tardiveté de l'inscription (non).

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2005, n° 237 FS-P+B, X c/Commerzbank.

L'hypothèque prend rang à compter de son inscription et est, dès ce jour, opposable à tous, y compris au tiers qui a acquis le bien qu'elle grève. En condamnant un notaire à payer à une banque une certaine somme à titre de réparation du préjudice subi du fait de l'inscription tardive d'une hypothèque, alors que celle-ci était devenue opposable à tous avant qu'aucun droit n'ait été publié, la cour d'appel a violé les articles 1382 et 2134 du Code civil.

Alors que l'on envisage d'étendre le domaine du crédit hypothécaire¹⁹ et qu'une modernisation du droit des hypothèques devrait prochainement intervenir dans le

17 À propos des actes dits ainsi « abstraits », V. notamment A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, n° 292.

18 Solution posée à plusieurs reprises à propos d'engagements de caution. V. par exemple CA Paris, 20 octobre 1998, JCP 1999, I, 116, obs. Ph. Simler ; CA Paris, 6 juin 2003, Banque & Droit mars-avril 2004, p. 51, obs. F. Jacob ; adde : Cass. com., 17 juillet 1978, Bull. civ. IV, n° 200 (a contrario).

19 V. M.-E. Ancel, *Crédit hypothécaire transfrontière, ou comment dessiner l'empire des lois*, Rev. Lamy Droit civil mai 2005, p. 28.

20 V. Rapport du Groupe de travail (présidé par M. Michel Grimaldi) relatif à la réforme du droit des sûretés présenté au Garde des Sceaux le 28 mars 2005, II, C, 2, p. 16, Modernisation de l'hypothèque. Il n'est pas possible de rendre compte dans cette chronique de l'ensemble de ce rapport (cf. www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.pdf) qui propose une rénovation de grande ampleur du droit des sûretés, qui

cadre de la réforme de notre droit des sûretés²⁰, la Cour de cassation rappelle opportunément les principes qui gouvernent l'inscription hypothécaire et la responsabilité notariale dans ce domaine. La responsabilité du notaire peut, en effet, être engagée à différents titres en matière hypothécaire²¹, et notamment en raison de la tardiveté de l'inscription. Si celle-ci ne constitue pas une condition de validité de la sûreté, elle est cependant indispensable pour la rendre opposable aux tiers et permettre au créancier d'exercer le droit de préférence et le droit de suite²². La tardiveté de l'inscription peut ainsi constituer une faute du notaire ayant mandat d'y procéder. Mais il est banal de rappeler qu'une faute ne suffit pas à engager la responsabilité civile de son auteur s'il n'en est résulté aucun dommage et le droit hypothécaire peut venir ici au secours du notaire. Les créanciers hypothécaires et les juges du fond l'oublient pourtant parfois et il faut savoir gré à la première chambre civile de la Cour de cassation d'avoir rendu le 1^{er} février 2005²³ un arrêt réaffirmant que la tardiveté d'une inscription hypothécaire n'entraîne pas nécessairement un dommage réparable pour le créancier.

En l'occurrence, par acte notarié du 28 décembre 1990, une société V a acquis un terrain et le droit de construire. Quelques jours après, par un acte reçu par le même notaire, la société V a vendu, en l'état futur d'achèvement, un certain nombre de lots à une société civile immobilière EI. Puis, par acte du 22 janvier 1991, passé encore devant le même notaire, la banque W a consenti à la société V une ouverture de compte courant avec un crédit de 6 000 000 de francs, garanti par une affectation hypothécaire en premier rang de lots appartenant encore à la société V, l'acte prévoyant en outre que celle-ci avait l'obligation de verser au compte courant toutes les sommes qu'elle recevrait des acquéreurs, notamment au titre du règlement du prix de vente, et que les versements devaient être effectués en la comptabilité du notaire chargé d'établir l'acte de vente directement par les acquéreurs par chèque à l'ordre de la banque. Puis la société V a vendu à la société E un certain nombre d'autres lots, en l'état futur d'achèvement, par acte du 28 juin 1991 mentionnant que le vendeur déclarait le bien vendu libre de toute hypothèque conventionnelle, légale ou judiciaire. Le notaire n'a procédé à l'inscription des hypothèques que le 8 juillet 1991. Ultérieurement, la banque W a cédé sa créance qui a ensuite été l'objet d'autres cessions, en dernier lieu à la banque WS. N'étant pas payée, celle-ci a assigné le notaire en responsabilité en lui reprochant de n'avoir procédé que tardivement à l'inscription hypothé-

serait clarifié et regroupé dans un Livre quatrième du Code civil commençant par des principes directeurs destinés à guider l'interprétation des législations spéciales. Le Gouvernement a été habilité à réformer par ordonnance le droit des sûretés (cf. Droit & Patrimoine mai 2005, p. 17) et le rapport constituera pour les services de la Chancellerie et du ministère des Finances une assise remarquable qui fait trop souvent défaut aux textes contemporains.

21 Sur les obligations du notaire dans ce domaine, V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2004, n° 389 et pour une synthèse récente, S. Piedelièvre, *La responsabilité du notaire en matière hypothécaire*, Rev. Lamy Droit civil mai 2005, p. 15.

22 V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., n° 482.

23 D. 2005, AJ, p. 565, obs. V. Avena-Robardet ; JCP 2005, I, 135, n° 14, obs. Ph. Delebecque ; Rev. Lamy Droit civil mai 2005, n° 658, obs. A. Decoux.

caire. La Cour d'appel de Toulouse a fait droit à la demande de la banque et a condamné le notaire à payer à celle-ci une certaine somme à titre de réparation de son préjudice en retenant que «*les fautes du notaire ont eu pour conséquence de rendre l'hypothèque constituée le 22 janvier 1991 inopposable au tiers acquéreur qui ne pouvait être contraint d'entamer une procédure de purge, que la banque a donc été privée de la possibilité d'obtenir règlement du prix de vente ou, à tout le moins, d'être informée de la vente lui donnant ainsi la possibilité d'exiger, par application des dispositions de l'acte du 22 janvier 1991, le versement des sommes par sa comptabilité et d'exercer son droit de préférence*». La cour d'appel a également considéré que l'absence d'inscription des hypothèques constituées antérieurement à l'acte de vente avait eu pour conséquence directe de priver le créancier hypothécaire de l'essentiel de sa garantie par le transfert des biens hypothéqués à une autre société qui pouvait invoquer l'inopposabilité de l'hypothèque et n'avait aucune obligation de verser le prix de vente entre les mains du créancier hypothécaire et que, si la banque avait bénéficié d'un droit de suite du fait de la publication de l'inscription antérieurement à la publication de l'acte de vente du 28 juin 1991, elle avait néanmoins été privée de la «*garantie immédiate que représentait la possibilité de percevoir le prix de vente des lots pour lesquels elle avait un droit de préférence*».

Statuant sur le pourvoi du notaire, la première chambre civile de la Cour de cassation censure cette motivation et énonce, au visa des articles 1382 et 2134 du Code civil, que «*l'hypothèque prend rang à compter de son inscription et qu'elle est, dès ce jour, opposable à tous, y compris au tiers qui a acquis le bien qu'elle grève, qu'en statuant comme elle a fait, alors que l'hypothèque a été publiée le 8 juillet 1991 et est devenue opposable à tous à cette date avant qu'aucun autre droit n'ait été publié, la cour d'appel a violé les textes susvisés*».

Cette solution appelle trois séries d'observations.

En premier lieu, le visa de l'article 2134 du Code civil souligne que la tardiveté d'une inscription hypothécaire est sans incidence sur sa validité mais affecte seulement son rang. Le Code civil ne fixant aucun délai pour la prise d'une inscription d'hypothèque conventionnelle²⁴, le notaire peut procéder aux formalités nécessaires aussi longtemps qu'un événement arrêtant le cours des inscriptions ne le lui interdit pas (cf. art. 2147 C. civil). À cet égard, en cas de vente de l'immeuble, l'inscription peut être prise utilement sur le précédent propriétaire jusqu'à la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers²⁵. En l'espèce, la vente de l'immeuble était intervenue avant l'inscription hypothécaire mais elle n'avait été publiée

24 V. Cass. 3^e civ., 10 juillet 2002, Bull. civ. III, n^o 167 ; D. 2002, SC, p. 3338, obs. L. Aynès ; JCP 2003, I, 124, n^o 14, obs. Ph. Delebecque, qui censure un arrêt qui avait reproché à une banque bénéficiaire d'une promesse d'hypothèque de n'avoir pas agi dans un «délai raisonnable» en affirmant que «*ni la convention dont il s'agit, ni la loi ne fixe un délai pour la prise d'une inscription d'hypothèque conventionnelle*».

25 V. notamment Cass. 3^e civ., 14 janvier 1976, Bull. civ. III, n^o 12 ; Cass. 3^e civ., 22 février 1977, Bull. civ. III, n^o 91, à propos d'inscriptions hypothécaires prises avant la publication de l'acte authentique constatant la réalisation d'une promesse unilatérale de vente.

26 V. notamment Cass. 3^e civ., 27 janvier 1999, Bull. civ. III, n^o 26 ; Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2004, Banque & droit novembre-décembre 2004, p. 52, obs. N. R. ; adde L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2003, n^o 685.

qu'après celle-ci. Ainsi, en dépit de sa tardiveté, l'inscription était efficace et opposable au tiers acquéreur. Le créancier hypothécaire n'avait perdu ni le droit de suite, ni le droit de préférence. N'ayant aucun droit sur le prix de la vente amiable de l'immeuble²⁶, il ne pouvait pas utilement faire grief au notaire de l'avoir privé de la «*garantie immédiate*» que représentait la possibilité de percevoir le prix de vente des lots pour lesquels il avait un droit de préférence. Le retard de l'inscription n'avait donc causé aucun préjudice au créancier, de sorte que la responsabilité du notaire ne pouvait pas être retenue.

En deuxième lieu, la possibilité d'inscrire une hypothèque conventionnelle tant qu'aucun événement arrêtant le cours des inscriptions n'est intervenu ne doit pas masquer l'existence de délais impératifs pour certaines hypothèques. Ainsi, en matière d'hypothèque judiciaire conservatoire, l'inscription provisoire doit avoir été prise dans un délai de trois mois à compter de la date de l'ordonnance d'autorisation (art. 214 D. n^o 92-755 du 31 juillet 1992) et la publicité provisoire est également caduque si la publicité définitive n'est pas effectuée dans un délai de deux mois à compter du moment où les droits du créancier ne sont plus contestables (art. 263 D. 31 juillet 1992)²⁷.

Enfin, en troisième lieu, l'arrêt met en évidence une faille du droit français de la publicité foncière qui ne peut assurer une sécurité absolue des transactions en matière immobilière²⁸. À la date de la conclusion de la vente d'un immeuble, un notaire ne peut pas connaître, en effet, sa situation hypothécaire définitive puisqu'une inscription peut encore être utilement prise avant la publication de la vente. Si certaines précautions peuvent être prises, elles ne sont pas de nature à supprimer tout risque²⁹.

N. R.

Nantissement sur fonds de commerce. Résiliation du bail commercial. Droits du créancier nanti sur l'indemnité de résiliation.

Cass. 3^e civ., 6 avril 2005, n^o 464 FS-P+B,
Orliac c/Sté Cavabanque.

Le créancier titulaire d'un nantissement sur un fonds de commerce ne bénéficie d'aucun droit de préférence ou de suite sur l'indemnité de résiliation du bail grâce auquel est exploité le fonds de commerce.

Convient-il, dans notre droit moderne, de faire de la subrogation réelle le principe³⁰, et admettre qu'elle intervient chaque fois qu'au sein d'un patrimoine un bien soumis à une affectation spéciale est remplacé par un

27 V. notamment R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2^e éd., 2005, n^o 797-798 et n^o 919 et s.

28 Le système du Livre foncier, en vigueur en Alsace-Moselle est plus performant et pourrait constituer un modèle dans la perspective d'une harmonisation des différents régimes de publicité foncière européens (V. J.-Cl. Alsace-Moselle, Publicité foncière, Généralités, Sources du droit positif par E. Sander, spéc. n^o 127).

29 Pour une autre illustration, V. Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, Rev. Lamy Droit civil mai 2005, n^o 657, obs. A. Decoux ; adde S. Piedelièvre, art. préc., II.

30 La subrogation peut être définie comme le remplacement d'un bien disparu par un autre qui prend sa place et se retrouve soumis à la même réglementation.

autre, ou faut-il au contraire n'admettre la subrogation réelle que dans un nombre limité de cas, ceux dans lesquels la loi la prévoit expressément? Cette question, pour classique qu'elle soit, continue de diviser. D'un côté de la ligne de démarcation on trouve la doctrine qui, ce n'est pas tout à fait récent, est majoritairement favorable à une application étendue de la subrogation réelle³¹. De l'autre côté se trouve la jurisprudence qui tend pour sa part à retenir une position plus stricte, position qu'un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation vient de confirmer³².

En l'espèce, un prêt est consenti par sa banque à une société exploitant un fonds de commerce. La banque est garantie par un nantissement pris sur ce fonds. La société emprunteuse mise en redressement judiciaire, une résiliation amiable du bail relatif aux locaux où est exploité le fonds de commerce est négociée. Un acte notarié est établi. Il y est constaté le versement d'une indemnité de résiliation de 300 000 francs. Pour son remboursement, la banque demande le report du nantissement sur cette indemnité, dont elle réclame au notaire l'attribution. La demande est accueillie par la cour d'appel, celle-ci jugeant même que le notaire a commis une faute engageant sa responsabilité en ignorant délibérément la volonté légitime de la banque. Mais la Cour de cassation, saisie à son tour (et pour la première fois semble-t-il sur le point qui faisait ici précisément l'objet du litige), condamne fermement la solution retenue : en statuant comme elle l'a fait, nous dit la Haute juridiction, «alors que le créancier titulaire d'un nantissement sur un fonds de commerce ne bénéficie d'aucun droit de préférence ou de suite sur l'indemnité de résiliation du bail grâce auquel est exploité le fonds de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés (ensemble les articles L. 142-1 du Code de commerce³³ et 1382 du Code civil)». L'arrêt d'appel est en conséquence cassé. Cependant, cette cassation n'est pas de celles qui peuvent susciter une approbation sans réserve.

Que le créancier nanti ne puisse en une telle hypothèse se prévaloir d'un droit de suite est tout à fait évident. Mais la question du droit de suite, à dire vrai, ne se posait pas. Le créancier bénéficiaire d'un nantissement sur un

fonds de commerce dispose certes d'un tel droit³⁴. Il ne peut cependant songer à l'exercer que dans l'hypothèse où le fonds ferait l'objet d'une aliénation, en bloc qui plus est «à titre d'universalité juridique»³⁵. Or il n'y avait eu ici aucune mutation de propriété.

La question de l'existence ou non d'un droit de préférence sur l'indemnité de résiliation du bail commercial est plus complexe. La troisième chambre civile de la Cour de cassation n'exprime pas dans son arrêt les raisons qui la conduisent à refuser ce droit au créancier nanti sur le fonds. On connaît cependant les arguments qui ont pu être développés par les tenants la position qu'elle retient. L'un au moins a une certaine valeur. Il tient au constat que les textes qui autorisent expressément l'exercice d'un privilège sur une somme qui n'est pas exactement un prix (il peut s'agir d'une indemnité d'assurance, ou d'expropriation...³⁶) sont exceptionnels... et seraient ainsi insusceptibles d'extension³⁷. Mais cet argument, en vérité, n'a rien d'incontournable. L'interprétation de toute règle doit rester conforme au but de la loi. «Aussi une exception peut-elle être étendue, notamment par voie d'analogie»³⁸ ou encore par induction³⁹. Ainsi n'est-il pas rare qu'une règle soit dégagée d'une succession de solutions particulières qui vont dans le même sens et dont l'addition finit par constituer un principe⁴⁰. La question qu'il faut donc se poser est bien celle de savoir si les cas de subrogation réelle prévus par la loi ne doivent pas être regardés comme autant d'applications fragmentaires d'un principe général de subrogation. On peut penser que si. La fertilisation d'un ou plusieurs textes d'exception se conçoit et sans doute même s'impose chaque fois qu'elle peut prendre appui sur des considérations d'équité et de bon sens comme est le cas ici. Les droits du créancier titulaire d'une sûreté réelle sont avant tout des droits sur la valeur de la chose⁴¹. Logiquement, tout ce qui représente cette valeur doit donc être soumis à ces droits. Or l'indemnité de résiliation versée par le bailleur était une traduction du droit qu'avait le preneur à la continuation de son bail et au renouvellement de celui-ci⁴², un exact équivalent en argent de ce droit sans lequel le fonds de commerce exploité dans un local loué n'aurait que peu de valeur et

31 V. par exemple F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Dalloz 2002, 6^e éd., n° 490; Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., n° 506; ou auparavant Esmein, repris par A. Cohen dans une note sous T. com. Charleville, 29 août 1951, JCP 1952, II, 7037.

32 D. 2005 AJ, p. 1152, obs. Y. Rouquet et p. 1367, note S. Piedelièvre.

33 «Les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissements, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par le présent chapitre et le chapitre III ci-après» (al. 1^{er}). «Le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence» (al. 2).

34 V. notamment J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 979.

35 V. T. com. Charleville, précité. V. aussi Cass. com., 5 novembre 1963, Bull. civ. III, n° 480, cite par MM. Mestre, Putman et Billiau (loc. cit.) et dont il résulte qu'en cas de cession du seul bail le créancier ne dispose au mieux, sur le prix de cette cession, que d'un droit de préférence.

36 C. assur, art. L. 121-13 et C. expr., art. L. 12-3.

37 V. la note préc. A. Cohen. L'auteur relève qu'à ce premier argument en a été ajouté parfois un autre, propre à l'hypothèse du nantissement sur fonds de commerce, selon lequel le privilège qui résulte de ce nantissement ne peut s'exercer qu'en cas de vente de l'universalité que représente le fonds, et non sur une somme représentative de la valeur d'un seul de ses éléments, par exemple le droit au bail commercial.

L'affirmation ne trouve cependant aucune base dans la loi et est en contradiction avec une jurisprudence qui depuis longtemps juge que le droit de préférence peut être exercé même sur le prix d'un élément isolé, dès lors que «le droit du créancier gagiste est indivisible, en ce qu'il affecte, en même temps que l'ensemble du fonds, chacun et chaque partie des objets donnés en nantissement» (Cass. req. 22 avr. 1913, D. 1913, I, 225, note Feuilletoy, cité par A. Cohen).

38 Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2004, n° 406.

39 Procédé ampliatif tirant d'une série finie de règles une conclusion générale qui recouvre les situations régies par le droit et celles qui ne le sont pas (v. Ph. Malaurie et P. Morvan, loc. cit., et les exemples qu'ils donnent).

40 Une addition très courte pourrait même suffire. L'induction, écrit Ph. Malaurie et P. Morvan, «va d'un ou plusieurs cas connus vers une norme abstraite avant de redescendre par voie de déduction vers un cas particulier inconnu» (loc. cit.).

41 V. par exemple J.-Cl. civil, Art. 2114 à 2117, *Hypothèques, Définition-Caractères-Effets*, par Ch. Mouly et F. Jacob, n° 19 s.

42 V. encore la note préc. A. Cohen, précité, qui souligne, raisonnant à propos de l'indemnité d'éviction, que lorsque le bailleur verse cette indemnité il ne fait que se libérer, par le paiement, de son obligation de renouveler le bail. De fait, le bailleur se trouve dans une situation comparable à celle d'un débiteur qui désintéresse son créancier en lui remboursant sa créance par l'un des modes prévus par la convention ou auto-

sur lequel porte évidemment le nantissement ⁴³. Aussi bien formera-t-on des vœux pour que la solution de la Cour de cassation évolue dans l'avenir.

Cette évolution n'étant toutefois qu'hypothétique, il faut conseiller aux créanciers au profit desquels est envisagée la constitution d'un nantissement sur fonds de commerce de faire systématiquement stipuler le report de leur

risés par la loi. Ayant fait ce constat, A. Cohen rappelle que lorsqu'une créance est grevée d'une sûreté réelle, le créancier est fondé à exercer son privilège sur le montant du remboursement.

⁴³ Il est d'ailleurs signalé qu'un tel nantissement n'est pas possible lorsque le commerçant a préalablement consenti un gage de droit commun portant sur le bail commercial, et ce bien que le droit au bail ne soit

droit de préférence sur toute somme ou indemnité qui pourrait venir en compensation de la valeur du fonds ou d'un de ses éléments. Si les juges rechignent à considérer qu'une subrogation réelle puisse intervenir sans qu'aucun texte ne l'ordonne, du moins n'hésitent-ils pas à l'admettre lorsqu'elle peut être rattachée à la volonté des parties ⁴⁴.

F. J.

pas un élément toujours nécessaire au fonds de commerce qui peut exister sans lui (v. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 983, note 119). Cela montre la place que tient le droit au bail dans l'évaluation que l'on fait de la valeur du fonds exploité dans un local loué.

⁴⁴ V. par exemple F. Terré et Ph. Simler, *loc. cit.*