Chronique
Droit des sûretés

NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des facultés de droit, Professeur au Centre de droit des affaires, Université Robert Schuman (Strasbourg III)

FRANÇOIS JACOB
Agrégé des facultés de droit, Professeur au Centre de droit des affaires, Université Robert Schuman (Strasbourg III)

Sûretés personnelles

Cautionnement – Mesure d'instruction portant sur les comptes du débiteur principal – Secret bancaire – Opposabilité à la caution (oui)

CA Colmar, 2e civ., section A, 7 juin 2007, consorts X c/ SA BNP Paribas.

Les héritiers d'une caution qui ont effectué un règlement en exécution des engagements de celle-ci au vu de décomptes arrêtés par une banque justifient – dès lors que si l'obligation de règlement survivait à ce dernier, en revanche celle de couverture s'est éteinte avec lui – d'un motif légitime de rechercher, fût-ce par voie processuelle, si les montants réclamés par la banque correspondaient à l'application de ce principe. En application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, ils se trouvent donc recevables à solliciter d'un tiers la communication de pièces en vue d'établir le bien fondé d'une éventuelle action en répétition de l'indu. En revanche, ainsi que l'a exactement décidé le premier juge, la mesure d'instruction revendiquée, consistant en la communication de documents bancaires, qui aurait pour effet d'enfreindre le secret bancaire prévu par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier et opposable au juge civil, n'est pas légalement admissible au sens de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, de sorte que les héritiers de la caution doivent être déboutés de leur demande.

Il n'est pas rare que la preuve d'un droit[1] se heurte à un secret ou à d'autres droits fondamentaux : respect de la vie privée[2], secret des affaires, dont les contours manquent de précision, secret bancaire (cf. art. L. 511-33, al. 1 C. mon. et fin.) et autres secrets professionnels. Le conflit se noue souvent sur le terrain de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile aux termes duquel « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* »[3]. À cet égard, la Cour de cassation a déjà jugé que le secret des affaires ne constituait pas, en lui-même, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du NCPC, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées[4]. En revanche, si le secret bancaire ne peut pas être opposé à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale (cf. art. L. 511-33, al. 2 C. mon. et fin.), la Cour de cassation a considéré qu'il constituait un empêchement légitime opposable au juge civil, alors même que les articles 10 du Code civil et 11 du nouveau Code de procédure civile imposent aux parties et aux tiers d'apporter leur concours à la justice, et notamment aux mesures d'instruction[5]. Pour autant, aucune décision publiée ne s'était prononcée jusqu'à présent, à notre connaissance sur le point de savoir si le secret bancaire pouvait être opposé à une caution lorsqu'il est question de déterminer le montant des sommes dues par elle à une banque. Aussi convient-il de remarquer un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 7 juin 2007[6] qui affirme que la communication de pièces relatives aux comptes du débiteur principal, demandée à une banque par les héritiers d'une caution en application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, n'est pas légalement admissible dans la mesure où elle aurait pour conséquence de violer le secret bancaire.

En l'occurrence, selon un schéma classique dans ce

1. Sur l'importance pratique du droit de la preuve, V. encore récemment Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et Th. Vasseur, D. 2007, Panorama de droit de la preuve janvier-décembre 2006, p. 1901.
2. Sur ce conflit, V. par exemple Cass. com., 15 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n° 130 ; D. 2007, Panorama, p. 2775, obs. A. Lepage.
3. V. l'étude de référence de I. Després, *Les mesures d'instruction* in futurum, Dalloz, 2004, préf. G. Wiederkehr, spéc. n° 277 et s., et n° 290 pour le secret bancaire.
4. V. notamment Cass. 2e civ., 7 janvier 1999, Bull. civ. II, n° 4 ; Cass. 2e civ., 8 février 2006, Bull. civ. II, n° 44 ; D. 2007, Panorama, p. 1907, obs. J.-D. Bretzner.
5. V. notamment Cass. com., 25 février 2003, Bull. civ. IV, n° 26 ; Banque & Droit mai-juin 2003, p. 56, obs. Th. Bonneau ; RTDcom. 2003, p. 343, obs. D. Legeais ; Cass. com., 16 janvier 2001, Bull. civ. IV, n° 12 ; D. 2003, S.C., p. 340, 1re esp., obs. H. Synvet.
6. JCP 2007, II, 10178, note Ph. Simler.

secteur, une banque a souscrit un cautionnement général des dettes d'une société concessionnaire automobile à l'égard du concédant, en bénéficiant d'une contre-garantie sous la forme d'un sous-cautionnement du dirigeant de la société concessionnaire[7]. Après le décès du dirigeant en 1999, la société concessionnaire a fait l'objet, en 2002, d'une procédure de liquidation judiciaire et les héritiers ont payé à la banque, au vu de décomptes arrêtés par celle-ci, les sommes dues au titre de la garantie souscrite par leur auteur. Ayant sans doute pris connaissance ultérieurement de la règle selon laquelle, dans le cadre d'un cautionnement général, le décès de la caution entraîne l'extinction de son obligation de couverture[8], les héritiers ont demandé à la banque, sur le fondement de l'article 145 du NCPC, de leur communiquer des pièces pour vérifier si les montants qui leur avaient été réclamés en exécution du cautionnement de leur auteur n'étaient pas, en tout ou partie, indus.

Le juge des référés du tribunal de grande instance de Strasbourg a considéré que le secret bancaire faisait obstacle à cette demande. La cour d'appel de Colmar confirme cette décision : « *Les consorts X qui ont effectué un règlement en exécution des cautionnements de leur auteur au vu de décomptes arrêtés par la BNP en 2002, alors que M. X était décédé en 1999, justifient – en observant que si l'obligation de règlement survivait à ce dernier, en revanche celle de couverture s'est éteinte avec lui – d'un motif légitime de rechercher, fût-ce par voie processuelle, si les montants réclamés par la banque correspondaient à l'application de ce principe. En application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, ils se trouvent donc recevables à solliciter d'un tiers la communication de pièces en vue d'établir le bien fondé d'une éventuelle action en répétition de l'indu. En revanche, ainsi que l'a exactement décidé le premier juge, la mesure d'instruction revendiquée, qui aurait pour effet d'enfreindre le secret bancaire prévu par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier et opposable au juge civil, n'est pas légalement admissible au sens de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, de sorte que la confirmation de l'ordonnance querellée s'impose en ce qu'elle a débouté les consorts X de leur demande ; qu'il est en effet vainement prétendu par les consorts X que la BNP méconnaîtrait l'effet relatif du secret bancaire en l'invoquant à son profit exclusif, et non pas au bénéfice d'un client, en cherchant ainsi à se dispenser de communiquer des pièces qui pouvaient s'avérer défavorables pour elle ; que d'abord la BNP n'a pas refusé de produire les pièces afférentes aux comptes de M. X aux droits duquel ils se trouvaient en leurs qualités d'héritiers, et elle justifie à cet égard de la transmission des pièces réclamées par le notaire en charge de la succession ; que la BNP oppose le secret bancaire dont la société Auto Design, cliente de la BNP, était bénéficiaire, sans qu'il soit établi – ni seulement allégué – qu'elle y aurait renoncé et observation faite que le secret bancaire auquel est tenu un établissement de crédit ne cesse pas avec la disparition – en l'espèce la liquidation judiciaire – de la personne qui en bénéficiait ; que les consorts X ne justifient d'aucune qualité les autorisant à lever le secret bancaire dont bénéficiait cette personne morale ; que leur éventuelle qualité d'associé comme ayant droit de M. X. ne leur confère pas ce pouvoir ; que si venant aux droits de la caution de la société Auto Design, ils ne pouvaient en effet être considérés comme des tiers à cette dernière, leurs droits à être informés de sa situation financière, comptable et économique, ne peut s'exercer que dans les conditions strictement fixées par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, le législateur conciliant ainsi les exigences du secret bancaire et les devoirs contractuels de la banque envers les cautions ; qu'il n'est pas soutenu que la BNP aurait failli au devoir d'information que lui imposait l'article L. 313-22 précité, ni qu'elle aurait fait alors preuve de mauvaise foi, de sorte qu'elle n'était pas tenue de communiquer les pièces litigieuses qui ne ressortissaient pas à la catégorie de celles visées par la loi ; qu'au surplus à supposer, comme le soutiennent les consorts X, que la BNP puisse être considérée comme une partie ordinaire détenant les informations dont s'agit du fait du contrat de cautionnement l'ayant elle-même liée à la société Auto Design, elle demeure néanmoins tenue comme établissement de crédit au secret bancaire envers celle qui était par ailleurs sa cliente et qui n'y avait pas renoncé ; qu'au surplus les opérations réalisées par la société Auto Design peuvent mettre en cause d'autres tiers bénéficiaires du secret bancaire ; que la BNP fait enfin valoir avec pertinence qu'il incombe aux consorts X de se rapprocher du liquidateur de la société Auto Design qui représente exclusivement celle-ci, de sorte qu'il détient les informations réclamées et qu'à tout le moins lui seul a qualité pour délier la banque du secret professionnel dont bénéficiait cette personne morale* ».

Cette solution a été vivement critiquée par le Doyen Philippe Simler[9]. Les enjeux pratiques de la portée du secret bancaire à l'égard de la caution justifient cependant de reprendre dans ces colonnes l'ensemble des éléments de la discussion.

Le secret bancaire, consacré par l'article L. 511-33, alinéa 1 du Code monétaire et financier, est un secret professionnel essentiel car il « *renforce la confiance dans le système bancaire français soumis à une concurrence internationale croissante* »[10]. Toutefois, à la différence d'autres secrets professionnels (et notamment de celui du médecin), le secret bancaire n'a qu'un caractère relatif[11] car il n'est pas institué dans l'intérêt du banquier mais dans celui du client, de sorte que celui-ci peut valablement y renoncer[12] et autoriser le banquier à communiquer à un tiers certaines informations. Le secret bancaire n'est du reste opposable qu'aux véritables tiers et non à certaines personnes qui ont le droit d'avoir accès, en tout ou partie, aux informations couvertes par ce secret, parce qu'elles sont étroitement liées aux intérêts du client ou sont

7. Sur le sous-cautionnement, V. C. Houin-Bressand, Les contre-garanties, Dalloz, 2006, préf. H. Synvet, spéc. n° 47 et n° 237 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, Litec, 7e éd., 2007, n° 34 et 290.

8. V. Cass. com., 29 juin 1982, *D.* 1983, p. 360, note Ch. Mouly ; Cass. com., 13 janvier 1987, *Bull. civ.* IV, n° 9, invalidant la clause contraire ; *adde* M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 355.

9. *Note préc.*

10. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire, Institutions, Comptes, Opérations, Services*, Litec, 6e éd. par J. Stoufflet, 2005, spéc. n° 177.

11. V. notamment Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 174-1.

12. V. notamment Cass. com., 11 avril 1995, Bull. civ. IV, n° 121 ; *D.* 1996, p. 573, note H. Matsopoulou ; sur la relativité du secret bancaire, V. aussi CA Paris, 26 septembre 2001, *D.* 2003, S.C., p. 340, 2e esp., obs. H. Synvet, jugeant que le secret bancaire ne revêt pas un caractère absolu et ne dispense pas les parties à un litige de l'obligation d'apporter leur concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ; *adde* CA Poitiers, 13 mars 2007, JCP E 2007, 2332, n° 7, obs. A. Salgueiro, considérant que le banquier qui communique des informations au notaire chargé de la liquidation d'un régime matrimonial ne viole pas le secret bancaire.

investies d'une mission de gestion de ses affaires[13]. Il est ainsi admis que les associés indéfiniment responsables des dettes d'une société peuvent avoir connaissance des informations bancaires la concernant[14]. Enfin, les exceptions légales au secret bancaire sont de plus en plus nombreuses[15]. Mais en dépit de leur multiplication, ces exceptions, qui sont d'interprétation stricte, n'abolissent pas le principe. Celui-ci reste même « *vigoureux* »[16] comme en témoigne un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 25 janvier 2005[17] qui a jugé que des documents relatifs au fonctionnement d'un compte bancaire étaient couverts par le secret bancaire et que celui-ci « *constituait un empêchement légitime opposable au juge civil, hors les cas, qui n'étaient pas réalisés en l'espèce, prévus par la loi, ce dont il se déduisait que bien qu'ayant la qualité de partie au litige, la banque était fondée à l'opposer pour refuser la communication sollicitée* ». En d'autres termes, le secret bancaire fait échec à toute demande de communication de documents couverts par le secret bancaire même si la banque est partie au procès[18].

L'arrêt rapporté de la cour d'appel de Colmar se place très clairement dans le sillage de cette décision de la Haute juridiction en considérant que la société débitrice, cliente de la banque, n'avait pas renoncé au secret bancaire. Il ajoute cependant que le droit d'une caution et de ses héritiers d'être informés sur la situation du débiteur principal se limite à l'information périodique prévue à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier[19]. Cette analyse n'est pas inexacte en soi. La caution d'une société est un tiers par rapport à celle-ci et sa situation ne peut pas être assimilée à celle de l'associé qui est tenu d'une obligation indéfinie aux dettes sociales d'une société civile ou en nom collectif[20]. On peut donc en déduire que le secret bancaire « *doit être observé à l'égard d'une caution, sous réserve de l'information périodique prévue à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier* »[21]. Ainsi, après la conclusion de son engagement[22], le droit à l'information de la caution est très limité jusqu'au dénouement de la garantie[23].

Mais lorsque le créancier demande à la caution d'exécuter son engagement, un point d'équilibre doit être trouvé entre la protection du débiteur principal, bénéficiaire du secret bancaire, et la sauvegarde des intérêts de la caution qui est en droit de demander à la banque des justifications quant à sa dette et peut opposer des contestations. Il faut alors se souvenir que « *ce à quoi fait absolument obstacle le secret bancaire, c'est à la communication d'informations par le banquier dans un procès opposant un tiers à l'un de ses clients* »[24]. Aussi la banque ne peut-elle pas l'opposer à la caution lorsqu'il s'agit d'établir le montant de sa créance si celle-ci est contestée. La chambre commerciale de la Cour de cassation a du reste déjà jugé « *qu'il ne peut y avoir de cautionnement que si l'obligation du débiteur principal est établie* »[25]. Le professeur Christian Mouly[26] avait souligné l'importance de cet arrêt qui, « *sous son allure bénigne* », rappelle implicitement que le créancier ne peut obtenir condamnation de la caution que s'il peut établir « *le montant détaillé de la créance* » et, le cas échéant, prouver que les contestations de la caution sont infondées[27]. La caution (ou ses héritiers) peut donc exiger de la banque qu'elle fournisse toutes les justifications de l'existence et du montant de la dette du débiteur principal et elle peut *a fortiori* demander toutes justifications quant à sa propre obligation accessoire, peu important que sa demande soit formulée avant paiement ou après dans la perspective d'une action en répétition de l'indu[28]. Ainsi, dans ce contexte, une banque ne devrait pas pouvoir se retrancher derrière le secret bancaire pour se dispenser de rapporter la preuve de l'existence ou de l'étendue de sa créance à l'encontre de la caution. Cette conception plus nuancée du secret bancaire est conforme non seulement aux règles gouvernant la preuve mais aussi au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme[29]. Il n'est sans doute

13. V. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 175 et s. ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7e éd., 2007, n° 415 et s.
14. V. en ce sens T.G.I. La Rochelle, 15 juin 1993, JCPE, 1994, Panorama, 928, jugeant que le secret professionnel ne peut pas être opposé à l'associé d'une société civile professionnelle qui est fondé, en application de l'article 1855 du Code civil, à obtenir communication de tout document intéressant la société ; *adde* en ce sens J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz, 6e éd., 1995, n° 177.
15. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 177 ; *adde* B. Bouloc, « Les limites du secret bancaire », *Mélanges AEDBF France*, 1997, Banque éditeur, p. 71.
16. Th. Bonneau, obs. sur Cass. com., 25 janvier 2005, Banque & Droit mai-juin 2005, p. 70.
17. Bull. civ. IV, n° 13 ; Banque & Droit mai-juin 2005, p. 70, obs. Th. Bonneau ; RTDcom. 2005, p. 395, obs. D. Legeais ; *adde* Cass. com., 13 novembre 2003, Banque & Droit mars-avril 2004, p. 57, obs. Th. Bonneau jugeant que la production, à la demande du débiteur cédé, de documents concernant les relations du banquier cessionnaire d'une créance avec la société cédante et une autre société se heurte au secret bancaire auquel est tenu un établissement de crédit envers son client, qui ne cesse pas du seul fait que cet établissement est partie à un procès, dès lors que son contradicteur n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a lui-même pas renoncé.
18. V. en ce sens Th. Bonneau, *obs. préc.* sur Cass. com., 25 janvier 2005.
19. Comme le relève le Doyen Simler (*note préc.*), ce texte ne pouvait du reste pas être utilement invoqué en l'espèce car il ne peut pas s'appliquer dans les rapports entre une caution principale et sa sous-caution (V. Cass. com., 13 février 2007, Bull. civ. IV, n° 32).
20. V. Cass. 1re civ., 17 janvier 2006, *Bull. civ.* I, n° 15 ; Banque & Droit mars-avril 2006, p. 63, obs. F. Jacob, jugeant que le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnemet.
21. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 175 ; comp. Ph. Simler, *note préc.* : « *cette idée est tout simplement fausse. L'obligation de donner aux cautions une information précise et complète constitue bien au contraire le principe* ».
22. Le Doyen Simler (*note préc.*) rappelle que, nonobstant le secret bancaire, une réticence dolosive peut être reprochée au banquier qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager (V. notamment Cass. 1re civ. 10 mai 1989, *Bull. civ.* I, n° 187 ; Cass. com., 26 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 204 ; *adde* M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 92 et 95).
23. Ph. Simler, *note préc.*, soulignant que si la caution bénéficie d'un large droit à l'information au moment où elle s'oblige, ce droit « *se limite ensuite à l'évolution de la créance garantie ou au périmètre de la couverture consentie* ».
24. H. Synvet, obs. sur Cass. com., 16 janvier 2001 et C.A. Paris, 26 septembre 2001, D. 2003, S.C., p. 340, spéc. p. 341. L'auteur ajoute que « *dans un litige auquel un établissement bancaire est partie, des nuances sont nécessaires* ».
25. *Bull. civ.* IV, n° 113 ; *J.C.P.* 1994, II, 22317, note Ch. Mouly ; *adde* Cass. com., 22 mai 2007, n° 06-13.587, cité par Ph. Simler, *note préc.*
26. *Note préc., in limine.*
27. *Note préc.*, I et II. L'auteur soulignait que « *le créancier doit donc produire tous les éléments permettant à la caution, et au juge saisi, de vérifier le contenu de cette créance qui leur est étrangère* » et ajoutait que cette obligation « *est particulièrement vraie lorsqu'il réclame le solde débiteur d'un compte courant* ».
28. V. Ph. Simler, *note préc.*, relevant aussi que le fait que la caution soit une sous-caution est indifférent ; sur la détermination du montant des poursuites à l'encontre de la caution V. aussi M.-N. Jobard-Bachellier, M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, coll. U, 2007, n° 479.
29. Rappr. Cass. com., 15 mai 2007, *préc.*, jugeant que « *constitue une atteinte au principe*

pas impossible au demeurant de concilier le droit de la preuve et le secret bancaire en ne procédant pas à une communication directe à la caution des documents bancaires du débiteur principal mais en confiant une mesure d'instruction à un technicien qui aura accès à ceux-ci pour examiner le détail des opérations constituant la créance alléguée par la banque[30].

En définitive, la solution retenue par l'arrêt rapporté constitue une illustration des inconvénients de la portée sans doute excessive que la Cour de cassation attribue au secret bancaire[31]. Comme l'avaient déjà relevé d'éminents juristes de banque[32], « *ce secret ne doit pas permettre au banquier de se protéger contre une action qu'engagerait à son encontre un tiers, lui reprochant d'avoir bénéficié déloyalement d'un avantage* ».

N. R.

■ Sûretés réelles

Gage sans dépossession – Gage sur véhicule automobile – Gage sans dépossession de droit commun – Domaines d'application respectifs – Réponse ministérielle (ministère interrogé : Justice) à une question de M. Houillon, parlementaire (réponse publiée au JO du 9 octobre 2007, p. 6172)

Le gage portant sur un véhicule automobile est actuellement toujours régi par le décret n° 53-698 du 30 septembre 1953, relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, en l'absence de texte l'ayant abrogé. Ce décret a donc vocation à régir les sûretés sur les véhicules qui entrent dans son champ d'application et particulièrement celles qui sont consenties par des vendeurs à crédit ou des prêteurs de deniers pour l'achat de véhicule.

Les réponses aux questions écrites posées par les parlementaires aux ministres n'expriment qu'un avis, donné « *sous réserve de l'interprétation souveraine des tribunaux* »[33]. L'importance de ces avis, en réalité porteurs d'un impressionnant potentiel normatif[34], n'est cependant généralement pas contestée[35]. Elle le sera moins encore lorsque l'avis est émis, ainsi que c'est le cas de celui qui nous intéresse, à propos d'un conflit de réglementations qui paraît bien relever de l'application d'un adage – *Generalia specialibus non derogant*[36] – supposé ne valoir « *que dans la mesure où il pourra correspondre à l'intention du législateur* »[37], législateur qui se confond avec le gouvernement pour ce qui est des normes ici en cause.

La question posée était de savoir « *dans quelle mesure il est possible de convenir du gage sans dépossession de droit commun lorsque l'assiette de la sûreté est constituée d'un véhicule terrestre à moteur, ou d'une remorque immatriculée, alors même que ce type d'actif peut également être l'objet d'une sûreté selon les termes du décret 30 septembre 1953* »[38].

La réponse du ministère de la justice à cette question est que le gage sans dépossession de droit commun créé par l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, et qui permet à un constituant d'affecter un meuble corporel en garantie d'une obligation tout en en conservant l'usage, « *a vocation à s'appliquer à tout meuble corporel à défaut de législation spéciale* » mais que le gage le décret du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles n'a pas été abrogé et que « *ce décret a donc vocation à régir les sûretés sur les véhicules qui entrent dans son champ d'application et particulièrement celles qui sont consenties par des vendeurs à crédit ou des prêteurs de deniers pour l'achat du véhicule gagé* ».

Ainsi, le véhicule automobile ne pourrait faire l'objet d'un gage de droit commun. C'est en application des seules règles spéciales, prévues à l'origine par le décret de 1953 et, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, par les articles 2351 et suivants du Code civil, que le véhicule automobile pourrait faire l'objet d'un gage, devenant opposable aux tiers par une déclaration faite auprès de l'administration[39], déclaration suffisante pour que le gage emporte droit de rétention[40]. La réponse ministérielle, du reste, rappelle ce régime, et relève qu'un tel droit de rétention n'existe plus en application du droit commun du gage, comme

de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence » et qui conclut qu'en l'espèce « *la production de pièces relatives à la santé du dirigeant pouvait être justifiée, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires* ».

30. Rappr. CA Paris, 26 septembre 2001, *préc.*, jugeant qu'aucun fait précis n'établit le risque de divulgation illégitime préjudiciable aux droits des tiers invoqué à l'encontre de la communication demandée (liste des noms des clients des établissements bancaires impliqués dans des opérations de fusion avec indication du montant des encours et provisions au 31 décembre 1992) car cette communication a été sollicitée uniquement en vue du règlement du litige opposant l'ensemble des parties à la procédure et que toute autre utilisation des informations est prohibée par l'article 247 du nouveau Code de procédure civile (qui dispose que « *l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée* » ; T. com. Paris, ord. réf., 3 février 2004, inédit, qui, pour assurer le respect du secret des affaires, désigne un huissier-audiencier ayant pour mission de vérifier le contenu, et notamment les clauses relatives au prix, d'un acte de cession d'un « bouquet » de participations.

31. V. aussi Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 417, à propos de la mise en cause de la responsabilité bancaire ; D. Legeais, *obs. préc.* à la RTDcom. 2005, p. 396.

32. F. Crédot et Y. Gérard, obs. sur CA Paris, 23 février 1996, RD Bancaire et Bourse novembre-décembre 1996, p. 235 ; rappr. H. Synvet, *obs. préc.*, p. 341.

33. Cette réserve est parfois affichée expressément dans la réponse ministérielle elle-même. V. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 310, et aussi l'arrêt auquel il est renvoyé (Cass. soc., 31 janv. 1980, Bull. civ. V., n° 96 : c'est à bon droit que les juges du fond « *ont dit sans portée une lettre et une réponse ministérielle à une question écrite* »).

34. R. Libchaber, RTDciv. 1998, p. 217.

35. Pour des illustrations de l'influence des réponses ministérielles aux questions écrites, v. Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, note 155.

36. Que MM. Roland et Boyer traduisent par l'idée que la loi générale n'entraine pas forcément la disparition d'une loi spéciale (malgré *Lex posterior derogat priori*) : H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 152.

37. V. encore H. Roland et L. Boyer, *loc. cit.*

38. Question publiée au JO du 17 juillet 2007, p. 4892.

39. En application du décret du 30 septembre 1953, il s'agit de la préfecture qui a délivré la carte grise, et qui doit faire alors mention du gage sur un registre spécial. Désormais c'est l'article 2351 du Code civil qui fixe la règle. Cet article, qui entrera en vigueur à une date qui sera fixée par décret mais qui ne pourra être postérieure au 1er juillet 2008, pose simplement que « *Lorsqu'il porte sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés, le gage est opposable aux tiers par la déclaration qui en est faite à l'autorité administrative dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

40. L'article 2352 nouveau du Code civil reprend à cet égard la solution traditionnelle, posant que « *Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession* ».

pour souligner que sa position est loin d'être préjudiciable au créancier et peut-être que, de fait, la question de savoir si l'on ne peut recourir plutôt au droit commun n'est pas d'un intérêt considérable.

Deux observations doivent cependant être faites à ce propos.

En premier lieu, il faut observer que le gage automobile sera bien vite beaucoup moins spécial qu'il ne l'est, dès lors que les dispositions nouvelles le concernant (les articles 2351 et suivants du Code civil, dont les modalités d'entrée en vigueur, rappelons-le, doivent être fixées par un décret qui ne saurait intervenir après le 1er juillet 2008) ne le réservent pas aux seuls vendeurs à crédit d'automobile ou prêteur des deniers nécessaires à son acquisition. Ce seront donc bien d'autres créanciers que ceux qui sont actuellement désignés qui demain seront concernés par cette possible interdiction de choisir entre le droit commun et le gage spécial du véhicule automobile.

Par ailleurs et surtout, il faut observer que le conflit entre le gage sans dépossession de droit commun et le gage automobile n'est pas le seul qu'il faut régler. Le conflit entre le gage sans dépossession de droit commun (susceptible de porter sur un ensemble de biens) et le gage sur stocks en est un autre. Et naturellement, pour ce qui est de la solution à donner à ce second conflit, celle qui sera retenue pour le premier aura une valeur exemplaire. Or le gage sur stocks, innovation surprise de l'ordonnance du 23 mars 2006[41], est unanimement jugé plus contraignant et moins attractif que le gage sans dépossession de droit commun. La constitution du gage sur stocks requiert en effet la rédaction d'un écrit, formaliste, qui doit comprendre un intitulé (« Acte de gage des stocks ») et de nombreuses et précises mentions, requises à peine de nullité, mais dont le contenu laisse parfois perplexe. Ainsi l'acte de gage doit-il indiquer, entre autres choses, le nom de l'assureur qui garantit les stocks contre l'incendie et la destruction, le lieu de conservation des stocks, ou encore que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 527-1 à L. 527-11 du Code de commerce. Par ailleurs, l'acte doit être inscrit à peine de nullité dans le bref délai de 15 jours à compter de sa signature, dans un registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le débiteur a son domicile ou son siège social[42]. Enfin, la prohibition du pacte commissoire est maintenue en ce qui concerne le gage sur stocks. Ne conférant aucun droit de rétention, ce gage spécial ne devrait donc guère être recherché.

Dans ces conditions, la question de savoir si un choix existe ou non entre un gage de droit commun et un gage spécial prend une importance particulière. Il convient donc de s'interroger sur les raisons de la solution suggérée par la réponse ministérielle. Est-elle fondée ? On hésite à le dire. Il est cependant certain que les dispositions spéciales relatives au gage de véhicule automobile n'ont pas été abrogées par les dispositions générales nouvelles qui font du gage de droit commun un gage sans dépossession. Au contraire, les dispositions spéciales relatives au gage de véhicule automobile ont été rénovées, simplifiées, et même introduites dans le Code civil (art. 2351 à 2353), comme s'il avait fallu les rendre plus visibles, ce qui fait plus qu'affirmer la volonté du législateur de les laisser subsister. Partant, on se retrouve face à un conflit règles spéciales-règles générales assez classique, et supposé devoir se résoudre en faveur des règles spéciales, qui l'emporteront dans le domaine (plus délimité par hypothèse) qui est le leur quand il y a contradiction et impossibilité de concilier (*Specialia generalibus derogant*)[43]. La question finalement était donc là, de savoir si ces règles générales et spéciales qui certainement diffèrent ne peuvent du moins coexister. On pourrait sans doute l'admettre. Sans qu'un gage de droit commun soit impossible, on se soumettrait aux règles spéciales chaque fois qu'il apparaîtrait nécessaire de pouvoir bénéficier d'un droit de rétention, fut-il fictif. Ou bien, après avoir constitué un gage sur le véhicule en application des règles spéciales, l'on en consentirait un second sur le même véhicule, mais sans droit de rétention, en application du droit commun (le gage de droit commun n'impliquant aucune forme de dépossession, même fictive, de tels gages successifs ne devraient pas être inconcevables). Mais la chancellerie ne l'a apparemment pas voulu, dans un désir peut-être de faire simple, et peut-être de ne pas obliger les tiers à aller consulter différents registres. Et si ce genre de considérations a pu compter ici, il y a des chances pour qu'elles pèsent aussi sur le choix qui sera fait s'agissant du conflit entre le droit commun du gage et le gage sur stocks[44]. À vrai dire, même si l'on ne s'en réjouira pas, les autorités à qui la question se posera (le ministère de la Justice peut-être, à nouveau, ou la jurisprudence encore plus sûrement) pourraient trouver plus de raisons encore d'interdire le recours au droit commun dans le domaine du gage sur stocks (qui est celui des crédits consentis à des fins professionnelles par les établissements de crédit : V. art. L. 527-1 C. com.). Si l'option restait ouverte, le dispositif spécial concernant les stocks risquerait de rester lettre morte en effet. Or le ministère a voulu ce dispositif, avec ses règles protectrices du constituant, que les juges ne voudront peut-être pas voir contourner. Pourtant, on ne pariera tout de même pas tout là-dessus[45], parce que le gage sur stocks paraît « *aussi superflu qu'anachronique* »[46] et aussi parce que souvent l'interprétation livrée par les réponses ministérielles, « *ignorante des réalités concrètes et détachée de tout débat contradictoire* », « *tend à l'erreur et à l'arbitraire* »[47].

F. J

41. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 5e éd., 2006, n° 482.

42. Rappelons qu'aux termes du droit commun (art. 2337 C. civil) la publicité du gage n'est que la condition de son opposabilité.

43. V. bien sûr H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 418.

44. « *Le registre sera-t-il le même que celui prévu pour le gage sans dépossession de droit commun ?* », se demande Dominique Legeais, alors qu'il s'intéresse à l'opposabilité du gage sur stocks. « *Il est permis d'en douter* » poursuit-il (*op. cit.*, n° 486).

45. Certains auteurs se sont du reste exprimés en faveur de la possibilité pour les établissements de choisir entre le gage sur stocks et le gage sans dépossession de droit commun. V. ainsi D. Legeais, *op. cit.*, n° 482 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2e éd., 2006, n° 503.

46. R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », D. 2006, p. 1298. L'auteur considère cependant que le juge ne devrait pas laisser de choix aux établissements de crédit.

47. Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 310.

Privilège du transporteur – Défaut de mention expresse du privilège dans la déclaration de créance – Référence au seul droit de rétention – Créancier admis à titre privilégié

Cass. com. 3 juillet 2007, F-D, n° 05-21.136.

Le créancier titulaire du privilège du transporteur et d'un droit de rétention sur des marchandises peut être considéré comme se prévalant de façon non équivoque du privilège du transporteur lorsqu'il déclare sa créance à titre privilégié « compte tenu du droit de rétention exercé sur les marchandises ».

On n e sait toujours pas vraiment aujourd'hui si le droit de rétention est ou non une sûreté. La jurisprudence, il y a quelques années, lui a dénié cette qualité[48]. La doctrine est quant à elle partagée. Les uns paraissent considérer que la consécration légale de ce droit dans un livre du Code civil consacré aux sûretés en a changé la nature[49]. D'autres continuent de penser qu'il ne s'agit pas d'une sûreté. Ceux-ci soulignent que le droit de rétention ne confère ni droit de préférence ni droit de suite[50]. Ils font valoir aussi que l'argument tiré de la place dans le Code civil du texte où il en est question (l'article 2286) n'est pas pertinent dans la mesure où ce texte fait partie des dispositions générales où sont reprises, par ailleurs, les dispositions des anciens articles 2092 et 2093 qui concernent le droit de gage général, dont nul ne songerait à faire une véritable sûreté[51]. Les mêmes font enfin valoir que la nature du droit de rétention varie en vérité sans doute en fonction du lien de connexité qui lui sert de fondement, mais que de toute façon le débat concernant sa nature est vain puisque les solutions qui le concernent sont certaines.

Précisément, ce que l'on sait de manière certaine, c'est que le droit de rétention peut ne pas être mentionné lors de la déclaration que le créancier fait de ses droits à la procédure collective dont son débiteur peut faire l'objet. La Cour de cassation l'a admis il y a quelques années[52], et la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006 n'aura aucune incidence sur cette solution, réforme qui, en modifiant la sanction du défaut de déclaration de créance (plus d'extinction de la créance non déclarée désormais, mais seulement une impossibilité pour le créancier négligent d'être admis dans les répartitions et les dividendes : C. com., art. L. 622-26), a fait que le créancier pourra même continuer d'opposer son éventuel droit de rétention à la procédure en dépit de l'absence de déclaration de la créance elle-même[53].

Ce dont on pouvait ne pas se douter en revanche, mais que l'on apprend à la lecture d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 juillet 2007, c'est que la référence dans une déclaration de créance à l'existence d'un droit de rétention est susceptible de servir de substitut à la mention du privilège garantissant le recouvrement de cette créance.

En l'espèce, la créance déclarée était celle d'un transporteur. Celui-ci avait précisé faire sa déclaration « *à titre privilégié étant donné le droit de rétention exercé sur quatorze conteneurs* ». Le liquidateur de la société débitrice, relevant que la déclaration ne précisait pas exactement que la créance était garantie par un privilège, celui que l'article L. 133-7 du Code de commerce réserve au transporteur[54], contestait que le déclarant puisse réellement être admis à titre privilégié. La Cour de cassation, à la suite des juges du fond, juge pourtant le contraire, répondant au pourvoi formé par le liquidateur qu'il résultait de l'indication « *étant donné le droit de rétention exercé sur les conteneurs* » que « *le créancier se prévalait de façon non équivoque du privilège du transporteur* ».

Cette solution doit être rapprochée d'une autre, posée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juin 1999, où on lit que « *le droit de rétention dont bénéficie le commissionnaire de transport sur les marchandises qui lui ont été confiées pour l'expédition est la conséquence du privilège institué au profit de tout commissionnaire par l'article 95 du Code de commerce* (aujourd'hui L. 132-2[55]) », ce dont il a été déduit que « *le commissionnaire qui n'a demandé son admission au passif de la procédure collective de son commettant qu'à titre chirographaire, perdant ainsi son privilège, ne peut non plus retenir la marchandise* »[56].

Ce rapprochement effectué, on comprend que, dans le cas du transporteur et du commissionnaire, le droit de préférence et le droit de rétention sont pour la Cour de cassation aussi indissociables que les deux faces d'une seule et même médaille : en se déclarant rétenteur, on se prévaut du même coup du privilège, tandis qu'en omettant de déclarer son privilège, on perd son droit de rétention.

48. V. Cass. com., 20 mai 1997 (où on lit que « *le droit de rétention, qui n'est pas une sûreté, n'est pas assimilable au gage* »), Bull. civ. IV, n° 141, D. 1998, jur., p. 479, note F. Kenderian, D. 1998, som., p. 102, obs. S. Piedelièvre, Defrénois 1997, art. 36703, p. 1427, obs. L. Aynès ; RTDciv. 1997, p. 707, obs. P. Crocq.

49. En ce sens, sur son blog (archives), D. Houtcieff, qui écrit que l'article 2286 clarifie la nature du droit de rétention puisqu'il est inséré dans le Livre consacré aux sûretés (www.dimitri-houtcieff.fr/index.html).

50. V. D. Legeais, *op. cit.*, n° 703.

51. V. A. Aynès, « Consécration légale des droits de rétention », D. 2006, p. 1301, n° 2 ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 453.

52. Cass. com., 20 mai 1997, *préc.*

53. V. P. Crocq, La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, D. 2006, p. 1306 s., n° 11 ; *adde* : A. Aynès, *Lamy Droit des sûretés*, étude 227, n° 71, qui explique qu'auparavant le droit de rétention disparaissait naturellement en cas de défaut de déclaration de la créance dès lors que le droit de rétention constitue un accessoire de celle-ci.

54. « *Le voiturier a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes créances de transport, même nées à l'occasion d'opérations antérieures, dont son donneur d'ordre, l'expéditeur ou le destinataire restent débiteurs envers lui, dans la mesure où le propriétaire des marchandises sur lesquelles s'exerce le privilège est impliqué dans lesdites opérations* » (art. L. 133-7, al. 1 C. com.). « *Les créances de transport couvertes par le privilège sont les prix de transport proprement dits, les compléments de rémunération dus au titre de prestations annexes et d'immobilisation du véhicule au chargement ou au déchargement, les frais engagés dans l'intérêt de la marchandise, les droits, taxes, frais et amendes de douane liés à une opération de transport et les intérêts* » (art. L. 133-7, al. 2 C. com.).

55. Texte dont les termes sont assez proches de ceux de l'article L. 133-7. Selon l'article L. 132-2 alinéa 1, en effet, « *Le commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes ses créances de commission sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures* ».

56. *JCP* 2000, I, 209, obs. Ph. Delebecque ; D. Affaires 1999, p. 1209, obs. J. F. ; D. 2000, p. 388, note S. Piédelièvre ; Banque & droit sept.-oct. 1999, p. 50, obs. N. Rontchevsky. *Adde* : F. Pérochon, « Le droit de rétention, accessoire de la créance », *Mélanges M. Cabrillac*, p. 39, qui observe que « *le rétenteur envers lequel le législateur a fait preuve de sa sollicitude en le gratifiant d'un privilège est moins bien traité – au moins en cas de procédure collective du débiteur – que celui dont il ne s'est pas soucié* », ou encore le rapport de M. Rémery sous cet arrêt, rapport qui avait fait valoir que « *le droit de rétention ne se confond pas nécessairement avec le privilège et il ne serait pas déraisonnable d'admettre qu'il n'en dépende pas entièrement, qu'il n'en soit pas qu'une simple conséquence, qu'il puisse en quelque sorte, s'en détacher pour constituer, même au profit d'un commissionnaire de transport, une "garantie autonome" non sujette à déclaration* ».

La première solution est sans doute favorable au créancier. La seconde ne l'est pas du tout.

Tout cela est assez surprenant, du point de vue logique tout d'abord. Si le droit de rétention est la « conséquence » du privilège, se prévaloir de premier revient sans doute, en quelque sorte, à se recommander du premier. Mais sous l'empire de ce qui était l'article 95 du Code de commerce, la détention du bien était une condition d'existence du privilège du commissionnaire. Aussi bien, c'est le privilège qui apparaissait comme une conséquence du droit de rétention, beaucoup plus que l'inverse. Au demeurant, cela parait vrai également du privilège du transporteur, dont on dit qu'il a été accordé pour limiter l'exercice du droit de rétention, « *dans l'intérêt supérieur de la circulation des biens* »[57].

Au-delà, et ainsi que d'autres ont pu le faire observer[58], le droit de rétention du voiturier, lui au moins, n'est qu'une application particulière du droit commun (aujourd'hui art. 2286 C. civ.), qui reconnaît au créancier qui détient un bien de son débiteur le droit de retenir ce bien jusqu'au paiement de sa créance dès lors qu'il existe entre la détention et la créance un lien de connexité, juridique (c'est à l'occasion de l'exécution du contrat qui a conduit à la mise en possession qu'est née la créance) ou matériel (c'est « *à l'occasion de la détention* » ou de la détention elle-même qu'est née la créance). Or, selon les principes les plus traditionnels (du droit du gage dira-t-on, mais il faut précisément s'en inspirer puisqu'il n'y a aucune raison pour que les questions intéressant le droit de rétention ne fassent pas ici l'objet d'un traitement homogène), le dessaisissement du rétenteur, titulaire par ailleurs d'un droit de préférence, met fin à une situation de fait à laquelle la loi (aujourd'hui, après que la jurisprudence a montré la voie) veut bien faire produire certains effets exceptionnels, mais le dessaisissement ne fait pas perdre à ce créancier le droit de préférence qui peut lui avoir été spécialement reconnu par ailleurs.

Aussi bien, si l'on ne veut pas cela, le mieux serait, quel que soit le domaine concerné, de renoncer à cette idée (qui parait bien expliquer l'arrêt commenté comme celui de 1999) que le droit de rétention puisse être la « conséquence » d'un privilège. Il faut donc condamner en bloc la jurisprudence évoquée. On renoncera toutefois à en rendre les juges totalement responsables puisque la loi elle-même entretient la confusion des idées, posant dans les articles du Code de commerce précités que le créancier (transporteur ou commissionnaire) « *a privilège sur la valeur des marchandises [...] et sur les documents qui s'y rapportent* », alors que de toute évidence, s'il est bien exact que le privilège peut porter sur la valeur des marchandises, il ne saurait grever « *les documents qui s'y rapportent* » et qui, eux, n'ont pas cette valeur marchande intrinsèque qui pourrait rendre concevable qu'on les saisisse et les fasse vendre aux enchères publiques[59]. ■

F. J.

57. V. Z. Zerbo, « Privilège et droit de rétention du voiturier : halte à la confusion ! », D. 2001, p. 2290.

58. V. Z. Zerbo, *art. préc.*

59. Z. Zerbo, *art. préc.*, qui souligne que le transporteur ne peut que refuser de rendre les documents à leur titulaire jusqu'au paiement, et que, ce faisant, il exerce sur eux non un privilège mais un droit de rétention.

Le plus grand choix
de littérature pour ceux qui aiment
les livres d'actions.

www.revuebanquelibrairie.com
La librairie spécialisée dans la banque et la finance

RB REVUE BANQUE

Tapisserie